

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Rodrigo Mendonça Valverde

Orientação: Prof^a. Dr^a. Cintia Rosa Pereira de Lima

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: da análise do instituto à uma nova proposta

Ribeirão Preto
2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Valverde, Rodrigo Mendonça

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: da análise do instituto à uma nova proposta/ Rodrigo Mendonça Valverde - Ribeirão Preto, 2013.

92p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Dr^a. Cíntia Rosa Pereira de Lima.

1. responsabilidade civil. 2. perda de uma chance. 3. Advogado. 4. crítica à doutrina tradicional. 5. nova proposta.

Rodrigo Mendonça Valverde

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: da análise do instituto à uma nova proposta

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para fins da graduação em Direito.

Área de Concentração: Direito civil.

Orientador (a): Prof^ª. Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima.

Ribeirão Preto

2013
Rodrigo Mendonça Valverde

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: da análise do instituto à uma nova proposta

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para fins da graduação em Direito.

Área de Concentração: Direito civil.

Aprovado em:

Banca examinadora

Presidente e Orientadora: Profa. Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima.

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho aos melhores pais do mundo, Sonia de Caires Mendonça Valverde e Ernesto Martins Valverde; ao meu amado irmão Ricardo Mendonça Valverde e aos meus avós João de Caires Mendonça e Angelina de Caires Mendonça, por serem os grandes incentivadores de meus estudos e sonhos, e, principalmente, pelos valores e princípios ensinados e por estarem presentes em mais essa conquista da minha vida.

Agradeço, inicialmente, à toda minha família por todo sacrifício, amor, paciência e ajuda dispensados durante o curso.

De uma forma bastante especial à minha orientadora, Prof^ª. Dr^ª. Cíntia Rosa Pereira de Lima, por toda atenção, apoio e enorme paciência dispensados durante a elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos de longa data Leone e Davi.

Aos meus amigos feitos durante o curso: pelos momentos de risadas, pelos momentos de aprendizado, pela amizade construída e, principalmente, por ajudarem a tornar todos esses 5 anos de convivência em anos especiais dos quais sempre me lembrarei.

“Nós somos aquilo que fazemos repetidas vezes, repetidamente. A excelência, portanto, não é um feito, mas um hábito” (Aristóteles)

RESUMO

A temática relativa ao instituto jurídico da responsabilidade civil revela-se, atualmente, como sendo o objeto de estudo de muitos juristas, sobretudo em razão da grande aplicabilidade prática e consequências financeiras que o seu domínio pode render aos operadores do direito, uma vez que a maior parte das ações que tramitam em nossos tribunais versam sobre ela. Neste contexto, a perda de uma chance surge como um campo novo e propício à criatividade do jurista, principalmente por não ter em nosso sistema jurídico civil consenso quanto à sua forma de aplicação na seara das responsabilidades civis. Tendo em vista tal situação, o presente trabalho visa abordar da maneira mais completa possível este tão intrigante instituto que é o da “responsabilidade civil pela perda de uma chance”, fazendo uma conexão com aqueles casos em que a atuação negligente de um advogado no desempenho de suas funções foi o responsável pelo prejuízo experimentado por um terceiro, e que se relaciona com a perda definitiva da oportunidade de se obter um determinado resultado pretendido por este último. Além disso, aproveitaremos a oportunidade para propor uma nova forma de conceber o mesmo instituto jurídico, tomando por base as críticas que apresentaremos à forma como os autores clássicos o abordaram.

Palavras-chave: responsabilidade civil; perda de uma chance; advogado; crítica à doutrina tradicional; nova proposta.

ABSTRACT

The theme on the institute's legal liability is revealed to day as the object of study of many jurists, mainly because of great practical applicability and financial consequences that can enable your domain to jurists, since most of the lawsuits in our courts deal with it. In this context, the loss of chance emerges as a new field that is conducive to the creativity of the jurist, especially for the lack of civil consensus in our legal system on its application form in the area of civil liabilities. Given this situation, this paper aims to address as fully as possible this so intriguing subject such as the institute's "liability for loss of chance" by making a connection with those cases where the negligent actions of an attorney in the performance of its functions was responsible for the loss experienced by a third party, and which relates to permanent loss of the opportunity to achieve a particular result. Moreover, we take the opportunity to propose a new way of conceiving the same legal institution, based on the present critique of how the classical author had dressed it.

Keywords: civil liability, loss of chance; attorney; critique of traditional doctrine, new proposal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA.....	21
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	28
3.1 CONDOTA ANTIJURÍDICA.....	30
3.2 DANO.....	38
3.2.1 DANO MATERIAL.....	39
3.2.1.1 DANOS EMERGENTES.....	40
3.2.1.2 LUCROS CESSANTES.....	41
3.2.2 DANO MORAL.....	41
3.3 NEXO DE CAUSALIDADE.....	43
3.3.1 TEORIDA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES.....	43
3.3.2 TEORIDA DA CAUSALIDADE ADEQUADA.....	45
3.3.3 TEORIA DA CAUSALIDADE DIRETA E IMEDIATA.....	46
4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: VISÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO.....	48
4.1 FRANÇA.....	48
4.2 ITÁLIA.....	49
4.3 SISTEMA DA COMMOM LAW.....	53
4.4 BRASIL.....	55
5 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	58
5.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.....	58
5.2 A RESPONSABILIDADE CIVL DOS ADVOGADOS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	63

5.2.1 ASPECTOS GERAIS E NATUREZA JURÍDICA.....	64
5.3 NOVA PROPOSTA À TEORIA EM COMENTO.....	78
6 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE.....	84
6.1 “CASO DA AÇÃO RECISÓRIA”.....	86
6.2 “CASO DO JULGAMENTO EXTRA PETITA”.....	88
6.3 “CASO DO RECURSO DESERTO”.....	92
6.4 “CASO DA DISPENSA INJUSTIFICADA DE TESTEMUNHAS PELO ADVOGADO”.....	94
6.5 “CASO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PRESTADA POR SINDICATO”.....	95
7 AS SUMULAS VINCULANTES E SUA INFLUÊNCIA NA APLICAÇÃO DA TEORIDA DA PERDA DE UMA CHANCE À CLASSE DOS ADVOGADOS.....	98
8 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO.

A busca pela responsabilização daquele que causou um dano a outrem, estabelecendo para aquele que agiu de forma ilícita o dever de reparar o mal gerado com o fito de alcançar a paz social, é um assunto que remonta a mais de três milênios de história da humanidade.

Inicialmente, observou-se a existência da chamada “*vindita*” (ou vingança privada) (LIMA, 1960), em que aquele que foi vitimado, em razão da atuação culposa de alguém que lhe imprimiu algum prejuízo, buscava valer-se das próprias forças para tentar causar em seu algoz um prejuízo que fosse capaz de acalmar a sensação da perda sofrida.

Observando as inconveniências de tais práticas, povos de diferentes épocas e regiões do mundo foram introduzindo, paulatinamente, elementos em seus sistemas jurídicos com a intenção de alcançar de forma eficaz a reparação dos danos e o estabelecimento da paz e da ordem.

Como exemplos das inovações apresentadas, podemos citar, dentre outras: a Lei de Talião, que garantia ao ofendido a legitimidade para que, em razão das próprias forças, pudesse causar um mal proporcional ao seu ofensor; e o Sistema Romano, onde o Estado sistemática e paulatinamente, através dos séculos, foi retirando das mãos do particular a legitimidade para exercer a vingança pelo mal sofrido para que esta pudesse ser desempenhada exclusivamente pelo Estado, até o momento em que foi definitivamente estabelecido o sistema da composição financeira dos prejuízos verificados.

Tomando por base os ensinamentos advindos da regulação romana da matéria, os franceses conceberam um sistema de responsabilização civil muito próximo dos que regem a matéria atualmente em nosso país, sendo o Código de Napoleão o primeiro diploma jurídico responsável por este fenômeno (GONÇALVES, 2008b).

Os franceses, assim como os demais povos, buscaram estabelecer meios para que fosse possível a concretização da tão almejada paz social, tentando sempre inovar cada vez mais para tanto. Assim, eles foram os maiores responsáveis pela ampla sistematização e aprimoramento do elemento subjetivo da responsabilidade civil introduzido pelos romanos, qual seja: a culpa.

Com o aprimoramento do elemento culpa, os franceses tentaram disciplinar os diversos casos em que a ocorrência de um dano a uma pessoa, necessariamente, significaria o

dever de outra indenizar. Neste sentido, todas as vezes em que alguém alegasse ter experimentado um prejuízo em razão de uma ação ou omissão de outrem, estaria obrigado a comprovar judicialmente que tais atos se deram em virtude de imprudência, imperícia ou negligência da parte contrária, para que esta pudesse ser compelida a indenizar tal dano sofrido.

Apesar de extremamente inovador, e de ser, como regra, a forma adotada nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países, inclusive no Brasil, o sistema da responsabilidade civil pautada na ideia de culpa representou, em alguns casos, empecilhos para que o mal, injustamente experimentado por algumas pessoas, pudesse ser efetivamente ressarcido pelos seus causadores, ante a grande dificuldade de se provar a ocorrência do elemento culpa no caso concreto.

Para sanar tais limitações, os ordenamentos jurídicos de vários Estados inovaram estabelecendo novas formas de responsabilização, tais como, por exemplo: os institutos da responsabilidade civil baseado na culpa presumida, e da responsabilidade civil independentemente de culpa (responsabilidade objetiva).

Com tais inovações, verificou-se a clara intenção do legislador de deslocar o núcleo contido no instituto da responsabilidade civil, que antes se encontrava centrado na busca por estabelecer formas seguras e precisas para a verificação do dever de responsabilizar; para, em seguida, uma busca mais efetiva reparação dos danos injustamente sofridos por aqueles que em nada contribuíram para o resultado negativo experimentado.

Foi em meio à conjuntura histórica retro apresentada que surgiu o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, objeto desta monografia.

A responsabilização civil pela perda de uma chance, conforme será melhor abordada em capítulo próprio, consiste no dever que surge ao ofensor de indenizar o dano experimentado por uma pessoa relativo à perda da oportunidade da obtenção de um resultado previamente almejado por esta.

Neste sentido, o bem jurídico atingido não será propriamente a perda do resultado pretendido, mas sim a perda da chance de alcançá-lo ante o ato culposo de um agente.

Tendo por base a explicação apresentada, cabe expor que este trabalho de conclusão de curso terá como escopo principal a análise minuciosa dos casos em que o dano, consistente

na perda de uma chance de outrem obter um resultado favorável ou evitar um prejuízo, deu-se em razão da atuação desidiosa do advogado no exercício de suas atribuições.

Para tanto, e tendo em vista o fato de que, para que melhor se faça o estudo da parte, sempre se mostra imprescindível a análise minuciosa do todo no qual aquela está contida. O presente trabalho consistirá basicamente em duas grandes “fases” (não corresponde à divisão física do trabalho, mas apenas a ordem lógica de exposição dos temas relativos a ele) que, apesar de separadas para melhor exposição do assunto proposto nesta monografia, devem sempre ser levadas em conta conjuntamente, posto que a segunda encontra-se contida na primeira.

Na primeira fase deste trabalho, serão expostas todas as questões pertinentes que se relacionam ao instituto da responsabilidade civil como um todo.

Neste diapasão, será inicialmente abordada, ainda que de forma bastante resumida, a temática relativa à evolução histórica do instituto da responsabilidade civil em geral, mostrando as principais mudanças ocorridas na matéria ao longo dos séculos até que esta alcançasse o formato e sistematização atuais.

O entendimento histórico revela-se como sendo um dos melhores métodos que o pesquisador pode lançar mão para compreender o desenvolvimento de uma dada teoria, sobretudo no que diz respeito às várias críticas sofridas por esta ao longo do tempo. Tal método possibilita ao estudioso entender as verdadeiras razões que justificaram as mudanças verificadas pelo seu objeto de estudo, bem como lhe possibilita encontrar um panorama seguro, através do aprendizado com as experiências passadas, das formas mais satisfatórias de se alcançar um determinado resultado futuro pretendido. Assim, tendo-se em vista que tal constatação aplica-se a todas as ciências, de maneira diversa não deve o pesquisador do Direito agir ao elaborar estudo sobre determinado instituto jurídico.

Em seguida, e dentro ainda da primeira fase deste trabalho, serão expostos, de forma bastante aprofundada, todos os elementos necessários para que se possa verificar a ocorrência de toda e qualquer forma de responsabilidade civil no caso concreto. Assim, serão expostas todas as teorias relativas aos elementos “conduta”, “dano”, “nexo de causalidade” e “culpa”.

A compreensão destes elementos, como também será melhor explicado em capítulo destinado a tal fim, será de grande relevância para a correta compreensão do instituto da

responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, posto que esta não será possível de ser verificada no caso concreto, se os elementos que compõe todo, e qualquer tipo de responsabilização civil, não estiverem presentes.

Por fim, a primeira fase deste trabalho consistirá em uma exposição acerca da temática envolvendo a responsabilização civil do profissional da advocacia, sobretudo à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e das leis referentes ao Código de Ética e Estatuto da Advocacia.

A análise dos diversos casos possíveis em que o advogado poderá se ver responsabilizado civilmente em razão do desempenho de sua função será de grande relevância, na medida em que, conforme será oportunamente justificado, somente alguns atos danosos do profissional do direito poderão ser devidamente enquadrados na rubrica da teoria da perda de uma chance, posto a especificidade de esta forma de responsabilização.

Nesse sentido, será de grande importância a correta compreensão dos casos de responsabilização do advogado previstos na lei, para que seja possível um melhor entendimento deste novel instituto da perda de uma chance, que até hoje causam grandes confusões nos doutrinadores, bem como naqueles que diretamente aplicam o direito.

A segunda fase deste trabalho, por sua vez, consistirá em uma análise mais aprofundada do tema relativo ao objeto desta monografia propriamente dita. Contudo, como já foi ressaltado anteriormente, deverá o leitor sempre se atentar às considerações expostas na primeira fase da pesquisa elaborada, posto existir relevante conexão entre elas.

Inicialmente, será abordada, nesta segunda fase desta monografia, a evolução histórica sofrida pela teoria da responsabilidade de uma chance, até que chegasse aos moldes atuais.

A análise histórica consistirá na busca de explicações que levem o leitor a entender as principais dificuldades encontradas pelos estudiosos do instituto para que este pudesse ser razoavelmente aceito nos mais importantes sistemas jurídicos em seus moldes atuais.

Assim, será iniciada a pesquisa no referido tópico com a exposição das principais dificuldades e superações encontradas pela teoria da perda de uma chance no sistema jurídico francês, vez que este é o seu berço.

Posteriormente, serão abordados os principais entraves encontrados por aquela mesma teoria ao ser tratada pela primeira vez no direito italiano, bem como o raciocínio adotado por alguns juristas daquele país para que pudesse ser aceito o referido instituto jurídico.

Em outro momento, será explorada, ainda no citado tópico histórico, a evolução e as formas de aceitação da teoria da perda de uma chance na grande família da *Common Law*, com uma análise resumida do sistema jurídico inglês e estadunidense.

Por fim, ainda no ponto do trabalho que se refere à análise do instituto da perda de uma chance nos mais variados sistemas jurídicos será abordada, ainda que de maneira mais detida, a forma como o aludido instituto foi, paulatinamente, sendo introduzido no sistema jurídico pátrio, bem como alguns das principais discussões que o envolvem dentro do ordenamento civil nacional. Tal metodologia adotada neste trabalho se justifica, sobretudo, no fato de que existe, conforme dito outrora, a necessidade de se olhar o trajeto histórico traçado pelo instituto, bem como todas as dificuldades vividas por aquele, para que se possa definir, com maiores seguranças, os fins que se pretendem alcançar futuramente com a sua implementação.

Em seguida, na continuação da segunda fase deste trabalho, será abordado o tema da responsabilização do advogado pela perda de uma chance propriamente dita, sendo que nesta oportunidade serão expostas as opiniões de alguns dos mais renomados juristas brasileiros sobre o tema, restando clara a existência de algumas divergências de opiniões entre eles. Além disso, serão feitas algumas análises das diferentes abordagens apresentadas por alguns daqueles juristas, bem como de alguns julgados, quanto às polêmicas temáticas relativas à natureza jurídica, requisitos para a configuração e forma de quantificação da indenização concernente à perda de uma chance, quando esta se dá em razão da atuação antijurídica de um advogado no desempenho de suas funções.

Posteriormente, após a exposição minuciosa e aprofundada dos posicionamentos apresentados pelos aludidos doutrinadores, será elaborada neste trabalho uma crítica relativa à postura majoritária assumida pela doutrina e pela jurisprudência com relação aos requisitos que deverão estar presentes, para que, aquele advogado que atuou de forma desidiosa, frustrando assim os justos interesses de seu constituinte em ver sua pretensão judicialmente apreciada, possa ser responsabilizado pelo dano relativo à perda de uma chance.

Conforme melhor será exposto em capítulo próprio, a doutrina e a jurisprudência pátria majoritária entendem que as chances perdidas somente poderão ser indenizadas se estas forem consideradas “sérias e reais”, sendo que, em alguns casos, somente admitem tal indenização, se a chance que restou frustrada contava com o aporte inicial de pelo menos cinquenta por cento de sucesso de ser alcançada, caso não tivesse sobrevivendo o evento danoso.

Contudo, conforme será apresentado em momento oportuno deste trabalho, será feita uma crítica ao posicionamento assumido pelos doutrinadores e aplicadores do Direito quanto a teoria da perda de uma chance, buscando sempre fundamentá-la nos princípios que norteiam o próprio instituto.

Após a exposição das críticas que se fizerem pertinentes com relação à postura doutrinária e jurisprudencial majoritárias, será proposta uma forma alternativa de se conceber a aplicação do instituto no caso concreto, que, em nosso ver, se mostra mais alinhado com o mandamento constitucional referente à busca de reparar todos os tipos possíveis de dano, bem como com o verdadeiro fim o que instituto deveria alcançar ao ser elaborado.

Tal ideia inovadora apresentada nesta monografia, conforme será melhor elaborada em momento oportuno, deve-se ao fato de que, uma vez constatada a existência mínima de chances no caso concreto (não confundir chances com simples esperanças sem fundamento empírico), deverão elas ser indenizadas quando perdidas.

O alegado se justifica na medida em que, apesar do que acredita a maior parte dos estudiosos do assunto, o dano, na hipótese aventada, encontrar-se-á demonstrado, e não poderá, por essa razão, o juiz da causa simplesmente negar procedência a eventual demanda indenizatória proposta pelo ofendido, sob o argumento de que as chances frustradas eram simplesmente insignificantes.

Por fim, este trabalho concluirá com uma breve análise sobre a temática que envolve a edição de súmulas vinculantes pelo STF e a sua implicância relativa à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao advogado negligente que, ao não tomar as medidas processuais necessárias, acaba por gerar a impossibilidade de seu cliente alcançar o provimento de sua pretensão consubstanciada na ação proposta.

Assim, como exemplo de uma relação existente entre a edição de uma súmula vinculante que regule a matéria abordada na ação proposta e a teoria da perda de uma chance, tem-se a desídia de um advogado negligente que perde o prazo para recorrer de uma decisão equivocadamente prolatada por juiz que deixou de observar o disposto na referida orientação dada pela corte máxima de nosso país sobre o tema constante nos autos. Neste caso, ficará demonstrado que não poderá se falar em chances perdidas, posto que o dano experimentado pelo cliente, não será relativo à perda da oportunidade de ver a demanda reapreciada pelo Tribunal, mas sim na perda do próprio bem pretendido com a propositura da ação.

Portanto, apresentada a maneira como será elaborado o estudo proposto neste trabalho, não existem razões outras que impeçam o início da efetiva exposição das matérias, conforme *supra* explicadas, fazendo-se imperiosa a inauguração do próximo capítulo que se segue.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA.

O presente capítulo deste trabalho tem como principal objetivo situar o leitor, ainda que de forma não tão aprofundada, sobre os caminhos percorridos pelo instituto da responsabilidade civil, bem como os de sua evolução, para que seja possível melhor compreender os fins buscados pelo ordenamento jurídico pátrio quando dispõe de normas que regulam a matéria.

Nesse sentido, assim como um estudioso da história, o jurista deve sempre buscar encontrar, através da análise de determinado instituto do Direito, as transformações sofridas por este, como forma de melhor compreender a ordem vigente. Além disso, a dinâmica apresentada se presta como forma de se traçar com maiores propriedades, tendo em vistas as lições aprendidas com a observação do passado, os rumos futuros a serem alcançados com a edição de leis que terão como pano de fundo a temática analisada.

Conforme dito anteriormente, não há neste capítulo a menor pretensão de expor de maneira exauriente, em tão poucas páginas, o equivalente a mais de três mil anos de história, vez que, além do fato de que este que escreve não ter o mesmo conhecimento técnico que aqueles nobres juristas os quais dedicaram uma vida inteira pesquisando sobre o assunto, o presente trabalho não tem tal proposta.

Tendo sido feitas tais ponderações, faz-se imperativo adentrar de vez na análise do tema a que se propõe o presente capítulo deste trabalho.

A busca pela responsabilização de alguém que gera prejuízo a outrem através de uma ação ou omissão é um tema que remonta a mais de três milênios de história, sendo a justificativa pela sua existência calcada na incessante busca pelo estabelecimento da paz social.

De acordo com a teoria clássica, a responsabilidade civil restará verificada quando conjugado três elementos: um dano, a existência de uma ação ou omissão culposa que cause tal dano, e o estabelecimento de uma relação lógica que ligue o primeiro elemento ao segundo, aqui denominado nexos causal (GONÇALVES, 2008b).

Apesar do que dispõe a teoria clássica, observou-se que em sociedades mais antigas não se fazia necessária a conjugação simultânea de todos os elementos apresentados (dano,

culpa e nexa causal) para que um indivíduo que gerasse um prejuízo a outrem se fosse “responsabilizado”.

Muitas dessas sociedades eram marcadas pela existência da denominada “pena privada” (ou vingança privada) como forma de reparação de danos, posto que o Estado, muitas vezes inexistente, buscava tratar apenas de interesses tidos como públicos.

A primeira forma de pena privada que se estabeleceu naquelas sociedades foi marcada pelos altos índices de violência, bem como pela existência de clara desproporção entre o dano experimentado pelo ofendido, e a forma em que este empregava para se ver “ressarcido” do mesmo prejuízo.

Nesse sentido, por exemplo, se uma pessoa acidentalmente acabasse decepando o dedo de um vizinho ao deixar que caísse sobre este, e em seu terreno, a ferramenta que utilizava para arrumar defeitos causados em sua moradia em razão de uma intempérie ocorrida no dia anterior; o agente do dano poderia correr sérios riscos de morte, posto que a ordem jurídica vigente não só deixava de impedir, bem como legitimava que o ofendido pudesse buscar, da maneira que melhor lhe aprouvesse, a reparação de seu dano, inclusive ceifando a vida de seu algoz.

Percebendo o surgimento de crescentes inconvenientes sociais relativos a tais condutas, um dos primeiros povos a tomar medidas buscando resolver a questão foi os babilônios, que estabeleceram a chamada “Lei de Talião” (LIMA, 1960).

De acordo com referida lei, sempre que alguém viesse a causar dano a outrem, o ofendido somente estaria autorizado a causar ao seu ofensor um dano semelhante ao sofrido. Assim, por exemplo, se um indivíduo viesse a matar um integrante de uma família, ainda que por ato puramente acidental, poderia ter alguém de sua família morta por aqueles que sofreram a primeira perda, vez que a ordem legal da época assim o permitia.

Como é possível de se imaginar, apesar de ter significado um grande avanço à época, o sistema do “olho por olho, dente por dente”, ainda consistiria em uma vindita (vingança), estando longe de estabelecer a tão buscada paz social, vez que as atitudes vingativas existentes entre os envolvidos na tragédia nunca haveriam de terminar em razão do sentimento de inconformismo pela perda que sempre iriam assombrar aqueles.

Com o passar dos séculos, alguns povos, percebendo as grandes inconveniências de se estabelecer a manutenção do sistema da reparação civil baseada da pena privada, buscaram praticar atos alternativos à aquela medida, que, por força dos novos costumes, o ofendido poderia à sua vontade propor àquele que causou seu dano a escolha de pagar determinada monta em dinheiro, ou outra prestação qualquer, em substituição à pena pessoal. Este é conhecido como o “período da composição” (GONÇALVES, 2008b).

Assim, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o período da composição pode ser conceituado como sendo aquele em que “o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica” (GONÇALVES, 2008a, pag.7).

Mais adiante no tempo, alguns povos, buscaram aprimorar o sistema relativo à reparação civil. Eles buscaram trazer para o Estado o dever de tutelar os conflitos decorrentes do fato do ofendido, inconformado por ter sofrido um dano, buscar de seu ofensor compensação pelo seu prejuízo.

Nesse sentido, com o crescimento e soberania do Estado, passou-se a se vedar por completo a prática da vindita, tornando-se obrigatória a composição econômica entre as partes.

Para que fosse possível tal situação, o Estado criou leis pelas quais estabelecia de forma prévia o quantum a ser desembolsado pelo causador do dano, em favor do ofendido, caso viesse a praticar determinado ato que o prejudicasse.

Nessa dinâmica, algumas tabelas foram esboçadas para conter alguns dos mais diferentes tipos de danos possíveis, bem como as suas respectivas indenizações, tais como: o dever de pagar determinada quantia em razão da morte de um homem livre, e outra em razão de um escravo; se menor o membro decepado em razão do ato danoso, proporcionalmente deverá ser o valor indenizatório a ser fixado quando um membro maior foi retirado da vítima (SILVA, W., 1962).

Mais adiante, quando já havia se consolidado nas mãos do Estado a exclusividade na punição daqueles que causassem os chamados “delitos penais”, estabelecendo somente para eles as penas pessoais, foram surgindo as ações de indenização, sendo bastante desenvolvidas na denominada *Lex Aquilia* (ALVES, 1989).

A *Lex Aquilia* foi aquela desenvolvida pelos romanos, em que se estabeleciam as bases para que se pudesse configurar naquela sociedade a responsabilização civil do agente que, por um ato culposo (entenda-se aqui o termo “culpa” em seu sentido lato senso), viesse a causar mal a outro cidadão romano. A responsabilidade civil no caso nada mais seria do que a obrigação de reparação que se seguiria à prática de determinado ato lesivo por alguém.

Ainda que bastante inovador a disciplina dada pelos romanos à questão advinda do dever de reparar quando da prática de um ato lesivo culposo por outrem, o instituto da responsabilidade civil somente veio a ganhar os contornos modernos com o desenvolvimento da teoria implementada pelos franceses.

Com os franceses, buscou-se desenvolver ainda mais o conceito relativo à “culpa”, e de também analisar os casos em que efetivamente haveria a necessidade de se indenizar eventual dano sofrido por alguém (DIAS, 1995).

No século XIX, com a criação do Código de Napoleão, foram desenvolvidos ainda mais os princípios atinentes ao instituto da responsabilidade civil, sempre buscando consolidar, através da análise da culpa, formas consideradas justas para que se figurasse o dever de indenizar do ofensor, tais como: culpa contratual, culpa extracontratual, culpa leve etc.

No sistema jurídico pátrio, por sua vez, pode-se dizer que o instituto da responsabilidade civil sofreu grande influência da abordagem francesa dada à matéria, adotando, como regra, a obrigação do causador do dano em reparar o ofendido com base na responsabilização subjetiva (aquela em que a verificação da culpa exerce fator determinante na sua configuração).

A constatação acima exposta pode ser facilmente verificada através da análise dos artigos 1527, 1528 e 1529 do Código Civil de 1916, vez que todos apresentam como requisito para a configuração da responsabilidade do agente a culpa.

No Código Civil de 2002, por sua vez, observa-se claramente que a tendência adotada pelo legislador pátrio foi a de conceber, como regra, a responsabilização civil com base na verificação do elemento subjetivo com relação ao ofensor. Porém, como é possível de se constatar por meio da atenta leitura dos artigos 933, 936 e 937, por exemplo, o legislador procurou estabelecer no sistema, além daquelas previstas em leis esparsas anteriores ao

próprio código (CDC; Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei n. 6.453/77, Lei dos ferroviários – Decreto Legislativo n. 2.681 de 1912; Lei de acidentes de trabalho etc), algumas situações em que a responsabilização do causídico ocorreria independentemente da verificação do elemento culpa no caso concreto.

Tal fato se justifica basicamente com relação à mudança de paradigma observada ao longo do século XX, pois se buscava precipuamente estabelecer a responsabilização do ofensor e não a reparação do dano propriamente dita.

De acordo com a análise de todo o percurso histórico desenvolvido pelo instituto, observa-se que, inicialmente, a preocupação daqueles que estabeleciam as normas que regeriam a matéria estava mais focada em definir as situações em que deveria ocorrer a responsabilização do ofensor, sem que isso, em algumas vezes, pudesse significar o alcance da verdadeira justiça. Com a nova abordagem dada à matéria, buscou-se firmar a preocupação na efetiva reparação do mal sofrido pelo ofendido, através da implementação de meios que efetivamente fizessem justiça àquele, que muitas vezes se via impossibilitado de comprovar a ocorrência do dolo ou culpa do causídico.

A primeira grande inovação trazida pelo sistema jurídico pátrio que pode ser citada é a previsão da possibilidade de se estabelecer a responsabilização do ofensor tendo em vista o fato de ser presumida a sua culpa pelo evento danoso protagonizado.

No caso da culpa presumida, ocorre em favor do ofendido a inversão do ônus de provar a ocorrência de negligência, imperícia ou imprudência por parte daquele que lhe causou o dano. Assim, toda vez que se verificar a ocorrência de um evento danoso, cuja lei estabeleça como presumidamente responsável o ofensor, deverá este último, em caso de eventual ação de reparação proposta contra si, provar a inexistência de sua culpa pelo prejuízo experimentado pelo ofendido (CAVALIERI FILHO, 2008).

Apesar do fato de que, em algumas situações, o ordenamento jurídico pátrio ter previsto a possibilidade de se presumir a culpa do ofensor pelo dano experimentado pelo lesado como sendo um grande avanço em favor do estabelecimento da justiça; um dos grandes méritos contidos no novo Código Civil foi o estabelecimento de algumas previsões, além daquelas já presentes em leis esparsas, da possibilidade de se responsabilizar aquele que causa prejuízo a outrem, independentemente da ocorrência de sua culpa pelo evento danoso. Trata-se da denominada responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva pode ser conceituada como sendo aquela taxativamente prevista na Lei, surgindo ao ofensor, por consequência dela, a obrigação de indenizar aquele sofreu um dano, com a prática de um ato legalmente tipificado, sem, contudo, que importe a ocorrência de culpa ou não para a sua configuração (ALVIM, 1965).

Nestes casos, o sistema jurídico dispõe como requisito para a atribuição da responsabilização civil objetiva, a necessidade de o evento danoso estar tipificado em Lei, ou quando ocorrerem aquelas situações em que, conforme bem dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a atividade desenvolvida, em razão de sua natureza, for capaz de causar riscos aos direitos de outrem.

Com base na análise de todo o desenvolvimento histórico apresentado neste capítulo, constata-se a crescente busca pelo legislador, no que concerne à matéria relativa à responsabilidade civil, pelo estabelecimento de regras visando à reparação dos danos sofridos, vez que estas apresentam o condão de gerar uma das formas mais tangíveis de justiça, bem como possibilita o alcance da tão buscada paz social. Tal fato tem se refletido de forma perceptível no cotidiano, sendo possível observar suas consequências tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Na atualidade, observa-se que a temática relativa à responsabilização civil vem adquirindo cada vez mais importância, posto que, progressivamente, tenha aumentando o interesse dos estudiosos sobre o assunto, bem como número de elaborações científicas e jurisprudenciais relativas a ele.

O fato acima narrado se deve, sobretudo, à evidência de que o brasileiro, cada vez mais consciente de seus direitos e deveres, vem, valendo-se do uso de seu direito constitucionalmente garantido de ação, para procurar obter da justiça provimento contra aqueles que, através de algum ato antijurídico, tenham lhe causado algum prejuízo material ou moral.

Nesse sentido, percebendo que o Judiciário tem gastado a maior parte de seu tempo buscando resolver conflitos no qual pelo menos uma das partes pleiteia contra a outra a obtenção de uma indenização, bem como tendo em vista a insuficiente previsão legal sobre o tema contida no atual Código Civil e leis esparsas, restaram às demais fontes jurídicas buscar integralizar e atualizar o sistema.

Por todo o exposto, faz-se necessário cada vez mais a dedicação dos juristas pesquisadores aos estudos do tema aqui trabalhado, posto que a correção das falhas contidas no sistema poderá possibilitar, não só o alcance de uma forma de se atenderem melhor as reais necessidades daqueles que se veem prejudicadas ante a prática de um ato antijurídico de terceiro, mas também a tão buscada justiça.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

O Código Civil estabelece em seus artigos 186 e 927, combinadamente, os pressupostos para a fixação do dever geral de reparar os danos advindos da prática de condutas ilícitas de um agente com relação a outrem. A tal dever, conforme bem assentado pelos juristas ao longo de séculos, denominou-se “responsabilidade”.

Os estudiosos do Direito costumam classificar a responsabilidade civil em dois grandes grupos, cada qual com suas especificidades: responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual.

A responsabilidade extracontratual, ou responsabilidade aquiliana, pode ser entendida como sendo a obrigação que surge a alguém de reparar o dano causado a outrem pela não observância dos deveres gerais de cautela e abstenção, que podem ser resumidos no princípio romano do *neminem laedere*, também disciplinado no artigo 186 do Código Civil.

Já a responsabilidade contratual, por sua vez, é aquela decorrente do dever de indenizar advindo àquele que não observou o avençado em contrato pelas partes. Neste caso, diferentemente do que ocorre na responsabilidade aquiliana, a responsabilidade contratual decorre não da inobservância do dever geral de cautela, mas sim do descumprimento da vontade das partes consubstanciada no acordo firmado entre elas.

Os aspectos atinentes à responsabilidade contratual encontram previsão expressa nos artigos 389 e seguintes do Código Civil, em que, de acordo com o mesmo diploma legal, sempre que uma das partes contratantes deixar de cumprir com alguns de seus deveres voluntariamente assumidos (mesmo aqueles tidos como anexos, tais como: boa-fé objetiva, dever de honestidade, informação dentre outros.), surgirá à outra a possibilidade de pleitear judicialmente a resolução do contrato, o recebimento forçado da prestação avençada, ou a indenização pelas perdas e danos sofridos. Tal modalidade de responsabilidade, ao contrário do que ocorre na aquiliana, isenta o prejudicado de demonstrar a ocorrência do elemento subjetivo (culpa ou dolo) em eventual ação judicial indenizatória, para que possa pleitear que o descumpridor do contrato indenize as perdas e danos advindos do não cumprimento do avençado, bastando para tanto, que aquele alegue o simples o descumprimento voluntário do que foi avençado entre as partes.

Dessa forma, diante do que foi anteriormente exposto, à parte que inadimpliu a obrigação contida no contrato competirá demonstrar a ocorrência de qualquer uma das excludentes de responsabilidade (força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da parte adversa) para que se veja livre de ser compelido a reparar os danos advindos de tal fato.

Apesar da divisão clássica estabelecida acima entre responsabilidade contratual e extracontratual, existe corrente doutrinária, como a esposada por Aguiar Dias, que acredita não haver qualquer tipo de necessidade prática na separação dos institutos, fazendo-se imperiosa a sua junção bem como a necessidade de tratamento dos temas, posto que, para ela, o não cumprimento de um dever, seja ele fixado no dever genérico de não lesar ou no acordo firmado entre as partes, sempre ensejará a obrigação de reparar o mal causado com relação àquele que não agiu da maneira determinada no acordo ou nas regras de conduta. A esta corrente doutrinária denomina-se monismo.

Por outro lado, e em contraposição à teoria monista da responsabilidade, a teoria clássica apresenta-se como aquela que defende a necessidade de divisão lógica entre os dois tipos de responsabilidades, por entender que existem certos aspectos diferenciadores entre elas, seja com relação ao ônus da prova em eventual processo de responsabilização, suas fontes, gradação da culpa etc. (GONÇALVES; 2008b) ¹.

Apesar do interessante duelo de argumentos apresentados entre monistas e dualistas acerca do tema atinente à necessidade prática de se dividir o instituto da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, tal estudo não mostra grande relevância prática para o presente trabalho, sendo citado apenas para título de elucidação do leitor acerca de sua existência, podendo este, após o estudo dos argumentos apresentados por um ou outro, filiar-se àquele que mais julgou correto.

Contudo, mesmo havendo grande divergência entre eles no que se refere a aceitação da necessidade de divisão da responsabilidade civil nos grupos citados, tanto os monistas quanto os dualistas são concordes quanto à necessidade de verificação de alguns pressupostos no caso concreto para que seja possível de se falar, em princípio, do tema relativo à responsabilidade. São eles: a conduta antijurídica; culpa (lato senso); nexo de causalidade e dano.

¹ Para melhor compreensão da diferenciação estabelecida pelos dualistas acerca das especificidades relacionadas aos elementos citados, vide páginas 28-30 do Livro “Responsabilidade Civil” de Carlos Roberto Gonçalves.

Mais adiante, serão estudados aprofundadamente cada um destes pressupostos para que seja possível uma melhor compreensão do instituto jurídico aqui tratado.

Antes de mais nada, convém elucidar que há certa divergência doutrinária sobre quais seriam os elementos essenciais para que, presentes, configurem o dever do causídico em reparar com base no instituto da responsabilidade civil.

Para alguns, como Raynaud e Marty (MARTY; RAYNAUD, 1962 apud DINIZ, 2007), os elementos essenciais que devem estar presentes para a caracterização da responsabilidade civil são o fato danoso, o dano e o nexo de causalidade. Para outros, como Traubucchi (TRAUBUCCHI, 1977 apud DINIZ, 2007), devem estar presentes os elementos fato danoso, antijuridicidade da conduta e dano para que se configure o dever de reparar pautado no instituto em questão. Há terceiros, ainda, como o doutrinador Savatier (SAVATIER, 1951 apud DINIZ, 2007), que acreditam na necessidade da presença simultânea dos elementos culpa e imputabilidade para que se configure o já aludido dever no caso concreto.

Contudo, conforme já foi exposto anteriormente, a doutrina majoritária acredita na necessidade da presença obrigatória de apenas três elementos para que surja a imposição do dever de reparar a alguém com base no instituto da responsabilidade civil, e que serão, à seguir, objeto de nossa análise.

3.1 CONDOTA ANTIJURÍDICA.

Em sua renomada obra, Maria Helena Diniz apresenta um conceito bastante amplo e elucidativo acerca do que seria o termo “conduta antijurídica”. Neste sentido, faz-se imperativa a transcrição literal do trecho do referido livro, bem como a análise pormenorizada dos elementos que o compõe, para que possa o leitor entender em que consiste este pressuposto, tão importante no instituto da responsabilidade civil. Senão vejamos:

[Ação], elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano à outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2007, pag. 38-39).

Da leitura do referido excerto, observa-se, inicialmente, o significativo status que o elemento conduta apresenta para o instituto da responsabilidade civil, posto que foi classificado pela autora como sendo o “elemento constitutivo da responsabilidade”, ou seja,

sem o qual não se pode nem cogitar em imputar a outrem o dever de reparar algum eventual dano sofrido com base no referido instituto.

O posicionamento apresentado pela autora encontra fundamento no próprio Código Civil, em seu artigo 186, uma vez que este descreve a necessidade da ocorrência de uma conduta qualificada para que seja possível, no caso concreto, imputar a outrem o dever de indenizar com base no instituto civilista.

Neste sentido, não deverá ocorrer apenas uma conduta do agente lesante, mas esta deverá ser juridicamente qualificada, para que o instituto jurídico da responsabilidade civil possa operar os seus efeitos plenamente.

No caso, a conduta poderá ser tanto comissiva quanto omissiva, ou seja, o fato gerador da responsabilidade poderá advir da atuação positiva do agente, que praticou um ato contrário aos preceitos legais de abstenção, causando um dano a outrem por agir quando deveria se omitir; ou mesmo, o aludido fato gerador poderá decorrer da omissão do agente, quando há um dever legal que lhe impunha a necessidade de uma atuação positiva e este se abstém. Um exemplo do primeiro caso, conduta comissiva, é aquele em que o agente, ao descumprir uma norma de trânsito, abalroa um veículo alheio que se encontrava devidamente estacionado em lugar permitido. No segundo caso, conduta omissiva, pode ser citada a título de exemplo, uma situação em que um indivíduo, tendo condições para tanto, deixa de socorrer uma pessoa que passa mal ao seu lado, causando, com isso, a sua morte.

Por outro lado, para que a conduta praticada seja juridicamente relevante, a ponto de ocasionar ao agente o dever de reparar o dano causado, ela deverá ser qualificada quanto à sua licitude.

Assim, não basta que o agente tenha praticado um ato que veio a causar a outrem um prejuízo para que surja àquele, imediatamente, o dever de reparar tal dano, posto que a conduta deverá ser juridicamente relevante e contrária aos preceitos estabelecidos no próprio ordenamento. Com base nessa constatação, a conduta poderá ser classificada como ilícita ou lícita.

A conduta ilícita pode ser entendida como sendo aquela violadora não só da lei (estrito senso), mas do ordenamento jurídico como um todo, compreendendo neste quadro todos os princípios nele contidos. O ato ilícito, neste diapasão, pode ser considerado a fonte primordial

da obrigação de indenizar, posto que o artigo 186, combinado com o dispositivo contido no artigo 927 do Código Civil, estabelece as bases em que se assenta a teoria da responsabilidade civil no sistema jurídico pátrio.

Conforme já foi bem explicitado anteriormente, impera em nosso ordenamento jurídico a ideia de que, em regra, a conduta praticada, para que gere ao agente o dever de indenizar outrem com base nos ditames da responsabilidade civil, deverá ser culposa. Assim, a conduta do indivíduo deverá ser juridicamente censurável, avaliadas as circunstâncias do caso concreto, para que haja a sua responsabilização civil.

Tal elucidação apresentada no parágrafo anterior mostra-se de grande relevância para o tema aqui tratado em razão do fato de que alguns grandes doutrinadores entendem que o ato ilícito somente será qualificado pela verificação da culpa, a ponto de que, ausente este último elemento, não surgirá ao causador do dano o dever de indenizá-lo. (DINIZ, 2007).

A culpa, em sentido amplo, pode ser conceituada, conforme bem preceitua Maria Helena Diniz, como sendo “a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência de cautela (...)” (DINIZ, 2007, pag. 41).

Neste sentido, conforme já bem exposto anteriormente, a ideia de culpa está diretamente relacionada ao grau de reprovabilidade da conduta do agente que causou um dano a um terceiro. Assim, a conduta culposa poderá ser classificada como dolosa ou como culposa estrito senso.

O dolo pode ser tido como sendo a intenção livre e consciente do agente em alcançar determinado resultado. Portanto, o indivíduo sabe, desde o início, que sua conduta é contrária ao direito como um todo, e que, por conseguinte, é passível de causar dano a outrem, mesmo assim a praticando.

A culpa, estrito senso, pode ser conceituada como sendo a prática de uma conduta que resulte na transgressão de um dever de não lesar em razão de aquela ser qualificada como negligente, imprudente ou imperita.

Sobre a diferenciação acerca do significado de cada um dos elementos que compõem a ideia de culpa, “negligência”, “imprudência” e “imperícia”, faz-se necessária a transcrição do que escreveu a jurista Maria Helena Diniz:“(...) A imperícia é a falta de habilidade ou

inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela” (DINIZ, 2007, pag. 41).

Além disso, deve ser levada em consideração a clássica classificação feita pela doutrina acerca da gradação da culpa estrito senso, e suas consequências práticas para a imposição de dever de indenizar o prejuízo a alguém civilmente responsável. Neste diapasão, tem-se que a culpa poderá ser classificada em grave, leve e levíssima.

Para a averiguação de qual o grau da culpa do agente pelo dano por ele causado, os doutrinadores costumam tomar por base a medida adotada pelos romanos, que é aquela que considera o *bonus pater familiae* como sendo o assim chamado “homem médio”. Neste sentido, quando mais escusável fora imputação da responsabilidade ao indivíduo, fazendo-se sempre o exercício hipotético de qual seria a ação do típico homem médio na mesma situação em que se encontrou o autor no momento da prática lesiva, menor será a gradação da culpa deste.

Assim, deverá ser considerada uma culpa levíssima aquela que é praticamente escusável, e que, nem mesmo o homem médio poderia evitara prática do ato lesivo tendo em vista a sua diligência habitual. Alguns doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves, afirmam que no caso da culpa levíssima a “prática do ato lesivo somente seria evitável ante uma postura de atenção extraordinária, ou com especial habilidade ou com conhecimento singular”(GONÇALVES, 2008a, pag. 532).

A culpa leve, por sua vez, pode ser conceituada como sendo aquela caracterizada pela inobservância dos deveres básicos de diligência, ou seja, pode ser tida como a falta, ou um pequeno desvio de conduta capaz de causar um dano a outrem pela falta da atenção ordinária que teria o clássico homem médio na mesma ocasião.

Por fim, a culpa grave é aquela que ao dolo pode ser comparada, de tão grotesco que é o desvio da conduta típica de um homem médio por parte do causador do dano. Alguns doutrinadores afirmam que a culpa grave é aquela que pode ser considerada imprópria ao mais comum dos homens.

Contudo, apesar da importância acadêmica que pode ter a diferenciação aqui apresentada entre a culpa, em seus mais variados graus, e o dolo, convém dispor que, na

prática, o ordenamento jurídico pátrio não faz qualquer distinção entre tais modalidades para a imputação do dever de indenizar àquele que, por uma conduta sua, veio a causar dano a outrem.

O Código Civil brasileiro dispõe, em seu artigo 944, que a indenização a ser atribuída ao lesado, será equivalente ao dano por ele suportado. Assim, em princípio, pouco importa que o dano sobreveio à prática de um ato que seria praticamente inevitável ao mais diligente dos homens, posto que se aquele ocorreu, deverá o seu autor ressarcir aquele que sofreu com sua conduta. Esta sistemática adotada por nosso ordenamento jurídico privado tem por razão de ser a busca da tão almejada paz social, posto que jamais haveria fim aos conflitos, caso aquele que eventualmente sofresse algum dano pela conduta de outrem, ainda que por uma culpa levíssima deste, não se visse restabelecido ao status que se encontrava antes de ser lesado em um evento para o qual não concorreu.

Contudo, tal posicionamento adotado por nosso legislador seria, a princípio, capaz de gerar no indivíduo que, ao praticar uma conduta que era praticamente inevitável de resultar em dano a outrem, ainda que fosse executada pelo mais diligente dos homens, uma grande sensação de injustiça com a imputação à sua pessoa do dever de indenizar.

Para tentar atenuar tal sentimento, o legislador apresentou a sagacidade de incluir no corpo do artigo 944 do Código Civil um parágrafo único que dispunha sobre a possibilidade de o magistrado da causa poder reduzir de forma equitativa, diante da análise individualizada do grau de culpa em que incorreu o autor do dano no momento em que este se efetivou, o quantum a ser fixado na indenização do ofendido.

A presença do referido parágrafo único no citado artigo foi capaz de causar a sensação de alta satisfação aos estudiosos do direito civil, pois se acredita que este tem o condão de trazer ao caso concreto a verdadeira pacificação social, vez que mais injusto do que não ressarcir um dano injustamente sofrido por alguém, é imputar a alguém que, praticamente não teve como evitar a ocorrência do evento danoso, o dever de arcar sozinho com a integralidade das despesas para remediá-lo (*Lex Aquilae levíssima culpa venit*). Sobre isso convém colacionar a opinião de Silvio Rodrigues:

(...) Tal solução, que é a da lei, não me parece justa, principalmente nos casos de culpa extremamente leve. Em tais hipóteses, quando o dano adveio de negligência ou imprudência do agente, portanto de culpa, mas de culpa levíssima, como a em que ocorre mesmo a pessoa extremamente prudente e cautelosa, devia o legislador recomendar ao juiz que usasse de benignidade

no fixar a indenização. Aliás, tenho para comigo que em muitos casos de culpa levíssima a sentença absolutória se funda na existência de culpa, embora seja inegável a existência daquela (RODRIGUES, 2007, pag. 149).

Tendo em vista o acima concluído, observa-se que o magistrado jamais poderá deixar de fixar em favor do ofendido uma quantia indenizatória, posto que, uma vez verificada a ocorrência do dano, surge àquele o direito de pleitear a sua indenização. Contudo, o juiz poderá reduzir gradativamente tal quantia quando se verificar no caso concreto a graduação da culpa do agente ofensor no evento. Assim, se agiu com dolo ou culpa grave, deverá o causador do dano arcar com a integralidade do prejuízo sofrido pelo ofendido. Contudo, se leve ou levíssima for a culpa do causídico, este poderá responder uma quantia relativamente inferior com relação a arcada na primeira situação descrita.

Neste momento, mostra-se importante continuar a análise dos elementos apresentados pela doutrinadora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2007) sobre o conceito de conduta danosa, buscando analisar o viés da legalidade capaz de ensejar o dever de indenizar, com base no instituto da responsabilidade civil.

Conforme visto anteriormente, as condutas tidas como ilícitas tem o condão de imputar a responsabilização do agente, sempre que desta resultar um dano a terceiro. Todavia, conforme se demonstrará adiante, nem sempre serão as condutas ilícitas que poderão impor o dever indenizatório a alguém que gerou um dano a outrem, mas também haverá casos em que condutas tipicamente lícitas poderão gerar o mesmo desfecho.

Inicialmente, mostra-se importante a compreensão do significado do termo lícito para que seja possível analisar em que medida este poderá ser considerado um fato gerador de responsabilidade.

O termo “lícito” pode ser compreendido por alguns com base em seu significado residual, ou seja, como sendo tudo aquilo que não se enquadra dentro do conceito do termo ilícito. Para outros, a expressão encontra conotação de algo que é certo, justo e conforme o direito. Contudo, para nós, a tal palavra pode ser conceituada como sendo a prática de quaisquer atos que não vedados pelo ordenamento jurídico vigente e que, a priori, não teriam o condão de gerar mal injusto a outrem decorrente do seu regular exercício.

Parece inevitável o surgimento da dúvida na mente do estudioso da matéria acerca de em qual medida a prática de determinado ato considerado como lícito, em sua origem, terá o condão de causar ao agente o dever de reparar eventual dano daí surgido, vez que tal conduta

estaria agasalhada pelas regras de direito. Isso poderá ocorrer em três situações, conforme serão à seguir explicitadas.

A primeira dessas situações é a decorrente daquilo que a doutrina descreve como sendo a ação inicialmente lícita que se torna ilícita em razão da ocorrência do denominado “excesso de direito” por parte do indivíduo que a perpetrou. Assim, neste caso, o agente encontra-se diante de uma situação em que, a priori, a sua atuação estaria tutelada pelo ordenamento jurídico, não sendo capaz de lhe gerar o dever de arcar com qualquer eventual dano que surja em decorrência do exercício de seu direito, mas que, em razão de extrapolar os limites do aceitável e do permitido, aquele deverá arcar com as eventuais consequências materiais de seu ato.

Dessa forma, a conceituar a ideia de abuso de direito anteriormente apresentada, convém citar os ensinamentos de Silvio Rodrigues:

(...) O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do empréstimo que a norteia” (RODRIGUES, 2007, pag. 49)

A segunda das situações possíveis de se verificar a responsabilidade civil decorrente da prática de ato lícito por um indivíduo é aquela em que este, mesmo agindo em legítima defesa ou em estado de necessidade, acaba causando prejuízo a terceiro. Neste caso, o autor da conduta que causou o dano deverá indenizar o lesado, mesmo que a sua conduta seja considerada em perfeita harmonia com os preceitos legais, vez que o indivíduo lesado em nada concorreu para a situação que gerou a necessidade da conduta lesiva. Neste caso haverá a possibilidade de direito de regresso daquele que ressarcir contra quem foi o responsável pela causa do evento que gerou a necessidade da medida de defesa.

Por fim, a última das situações diz respeito àquilo que os doutrinadores chamam de teoria do risco. De acordo com essa doutrina, o agente se dispõe a exercer uma atividade que é capaz de causar graves riscos a terceiros, muito embora esta seja lícita, deverá ser responsabilizado por eventuais danos causados àqueles, independentemente de ter ocorrido a sua culpa pelo evento.

Tal modalidade de responsabilização civil pautada na ideia do risco da atividade surgiu pela primeira vez na França com o advento do grande surto industrial. A sua razão de existir, conforme já tivemos a oportunidade de explicar em momento anterior deste mesmo trabalho, veio com a necessidade de proporcionar aos trabalhadores das grandes fábricas dos séculos XIX e XX a oportunidade de se verem indenizados pelos eventuais danos sofridos em razão do desempenho de seus trabalhos (MONTEIRO, 2012).

Conforme já foi dito, em alguns casos a produção da prova relativa à existência da culpa do agente que causou o dano mostra-se, muitas vezes, quase que diabólica, posto que nem sempre será possível de se estabelecer com absoluta precisão o animus subjetivo daquele no momento da prática do ato. Foi por este motivo que surgiu a teoria do risco, que, dentre outras coisas, veio a estreitar a ideia de responsabilidade objetiva, no qual vige o princípio de que, quem vai usufruir dos bônus, deverá igualmente suportar objetivamente os ônus que eventualmente possa advir de sua atividade. (GONÇALVES, 2008b).

Continuando a análise dos elementos constitutivos que compõem a ação na teoria da responsabilidade civil, temos que além de lícita ou ilícita, a conduta deverá ser voluntária para gere ao causador do dano o dever de repará-lo com base no mesmo instituto jurídico.

Entende-se por voluntário todo ato que emane de vontade própria do agente, ou seja, é todo aquele que o indivíduo por livre escolha o pratica pretendendo algum resultado. Nesse diapasão, excluí-se do conceito de voluntário todos aqueles atos praticados sob coação absoluta, ou sob efeito de psicotrópicos, posto que no primeiro caso, a vontade não é livre, enquanto que no segundo o agente não tem consciência dos resultados que pretende alcançar com a sua prática.

Acontece que em ambos os casos expostos acima, não surgirá, em princípio, àquele que causou um dano o dever de repará-lo com base nas regras da responsabilidade civil. Contudo, a vítima não ficará por inteiro desamparada, vez que poderá demandar o ressarcimento de seu prejuízo frente ao coator, ou mesmo poderá requerer que o agente que estava embriagado o indenize, se comprovar que este se utilizou propositadamente do composto químico com o único fim de tentar se escusar da responsabilização civil pelos seus atos.

Além disso, convém dizer que estão isentos do dever de ressarcir, em princípio também, aquelas pessoas que estavam tutelando um bem ou direito, mas que viram estes

perecerem em razão de ato invencível, caso fortuito ou força maior. Nestes casos, só haverá a responsabilização do agente se este se encontrava em mora com o dever para com o titular de tal bem ou direito (responsabilidade contratual).

Por fim, convém analisar o último elemento constitutivo do conceito de ação exposto pela doutrinadora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2007), que é o de imputabilidade objetiva do agente praticante do ato lesivo.

A imputabilidade pode ser conceituada como capacidade atribuída juridicamente a um indivíduo de responder pelas eventuais consequências de seus atos, desde que estes tenham advindos de uma manifestação de vontade livre e consciente. (PEREIRA, 2010).

Não adentraremos aprofundadamente na análise deste elemento constitutivo justamente pela pouca relevância que a matéria apresenta para o estudo do objeto principal deste trabalho, contudo, apenas a título de curiosidade, convém descrever alguns casos colocados pela doutrina como sendo exceções à imputabilidade: (i) menoridade; (ii) anuência da vítima; (iii) demência do agente; (iv) estado de necessidade; (v) legítima defesa; e (vi) exercício regular de direito.²

Para finalizar este tópico, faz-se necessário esclarecer que os elementos constitutivos do conceito de ação proposto pela doutrinadora podem estar presentes de forma cumulada ou não, tudo a depender do caso concreto. Contudo, deverão estar presentes os outros dois elementos da responsabilidade civil como um todo, para que se possa imputar ao agente o dever de indenizar o lesado pelos danos por aquele praticados através de sua conduta lesiva. A seguir será analisado o primeiro deles, o dano.

3.2 DANO.

O dano pode ser compreendido como o resultado injusto suportado por alguém em decorrência da prática, por um agente, de um ato contrário a determinadas normas e preceitos gerais contidos no ordenamento jurídico vigente. Conforme exhaustivamente visto no tópico anterior, o termo “prática de um ato” pode ser compreendido como sendo uma conduta comissiva ou omissiva, ilícita ou lícita que, desde que voluntária e imputável ao agente capaz possibilita gerar um resultado danoso tutelado pelo Direito.

² Para um melhor estudo sobre o tema: Diniz; Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro –Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. Pag. 45 a 50.

Como um dos pressupostos da responsabilidade civil, o elemento dano apresenta relevante importância dentro do instituto jurídico aqui analisado, a ponto de ser possível afirmar de forma peremptória que não se imputará a responsabilização civil a um agente, ainda que sua prática tenha sido contrária a diversas normas e preceitos jurídicos postos, se deste evento não resultar qualquer prejuízo a terceiros. Neste sentido, deverá imperar o mandamento contido no artigo 944 do Código Civil que declara sobre a necessidade da certeza do dano para que este possa surgir a terceiro o interesse jurídico de impor contra aquele que praticou conduta lesiva o dever da reparação.

Segundo a doutrina, para que o dano sofrido possa ser indenizável, ele deverá preencher cumulativamente alguns requisitos, quais sejam: (i) a lesão a um bem jurídico; (ii) certeza quanto à ocorrência do efetivo dano; (iii) que o dano surgido tenha sido decorrente da conduta lesiva de alguém; e (iv) que não tenha se verificado na ação do agente causador do dano nenhuma das causas excludentes de ilicitude contra o ofendido. Assim, ausentes quaisquer um destes requisitos, aquele que sofreu o dano não poderá deduzir qualquer pretensão, pautada na busca pela imputação de responsabilidade civil contra seu ofensor, posto que o ordenamento jurídico assim o veda.

Segundo a lei, o dano suportado pelo terceiro lesado poderá repercutir em dois grandes aspectos de sua vida, o patrimonial e o moral.

Em seguida serão analisados separadamente, e aprofundadamente, cada um dessas espécies de danos passíveis de serem suportados por alguém que injustamente foi vítima da conduta antijurídica de um agente. Este estudo mostra-se de fundamental relevância para que se possa estabelecer em bases sólidas o entendimento sobre a correta aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, vez que boa parte da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema se dá justamente sobre a dificuldade em se classificar a natureza jurídica do dano decorrente da perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

3.2.1 DANO MATERIAL.

O dano material pode ser conceituado como sendo o prejuízo experimentado por alguém em seu patrimônio, ou seja, em uma universalidade de bens jurídicos que contenham em si, por sua natureza, uma mensuração econômica.

A modalidade de dano aqui estudada tem como principal característica a possibilidade de sua avaliação e quantificação, a ponto de que seja razoavelmente possível no caso concreto, ante a ocorrência do evento danoso, que a indenização possa restabelecer o indivíduo prejudicado ao *status quo ante*, uma vez que o pagamento do prejuízo poderá se dar in natura, quando possível, ou pelo seu equivalente em dinheiro. Essa situação tem o condão de possibilitar o estabelecimento da paz social ao caso concreto, fim este último do instituto da responsabilidade civil.

Verifica-se o valor a ser fixado a título de indenização por danos materiais, através da comparação existente entre a situação patrimonial da pessoa lesada antes e depois da ocorrência do evento danoso. Assim, o dano deverá consistir na perda da parte do patrimônio que tinha o ofendido antes da efetivação daquela situação que lhe prejudicou, de forma que seja certa, e passível de apuração financeira, tal diferença. (DINIZ, 2007).

Da atenta leitura dos artigos 402 e 403 do Código Civil, é possível de se concluir que a indenização pelos danos materiais sofridos poderá compreender tanto aquilo que o agente lesado efetivamente perdeu, bem como tudo aquilo que razoavelmente deixou de lucrar. Os juristas civilistas chamaram de danos emergentes a primeira situação, e de lucros cessantes a segunda, estabelecendo consequências diversas, à luz da lei, a cada um destas subespécies de dano.

Em seguida, será analisado separadamente cada uma dessas duas espécies de dano material, estabelecendo-se as suas principais características e as suas consequências práticas para a fixação do valor indenizatório ao ofendido.

3.2.1.1 DANOS EMERGENTES.

Os danos emergentes, conforme já foi bem introduzido no tópico anterior deste capítulo, compreendem todos aqueles valores efetivamente perdidos pelo lesado em decorrência da prática de uma conduta lesiva por terceiro.

A espécie de dano material aqui tratada tem como principal característica a possibilidade de sua apuração exata pelo órgão julgador, de forma a ocasionar a situação em que o ofendido possa ser restabelecido *ao status quo ante*. Para tanto, aquele, no momento da avaliação das provas no processo e fixação da sentença, deverá fazer o exercício de liquidação do dano para a que ocorra a sua futura reparação pelo agente causador.

Neste sentido, diferentemente do que ocorre no caso dos lucros cessantes, conforme será melhor exposto adiante, o *quantum deabentur* que o causador deverá suportar para pagar a indenização devida pelo dano emergente por ele gerado a terceiro, poderá ser fixado de forma objetiva desde o momento da ocorrência do evento

3.2.1.2 LUCROS CESSANTES.

Os lucros cessantes compreendem, nos termos do artigo 402 do Código Civil, tudo aquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar em razão da prática de um ato danoso por outrem. Trata-se, portanto, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2008a, pag. 706), “da frustração da expectativa de lucro” ou da “perda de um ganho esperado”.

No caso dos lucros cessantes, o ofendido ao propor a ação indenizatória, deverá fazer prova robusta acerca do fato de que, caso não tivesse sobrevindo o episódio danoso contra sua pessoa, ele efetivamente alcançaria um lucro esperado em um dado período futuro. Assim, muito embora a expressão “razoavelmente” contida no dispositivo de lei citado possa incutir no interprete a ideia de que essa modalidade de dano deverá ser aferida por um juízo probabilístico, na verdade, o valor a ser fixado deverá levar em consideração uma realidade certa, e não provável, de modo a possibilitar ao julgador que, através de um cálculo complexo acerca dos ganhos habitualmente obtidos pela pessoa lesada, possa fixar uma quantia que, ao seu entender, este receberia caso não tivesse sobrevindo o evento danoso.

Assim, diferentemente do que ocorre no caso dos danos emergentes, a averiguação do valor indenizatório pelo juiz não poderá ser feito de plano, mas dependerá de uma análise complexa dos lucros futuros frustrados do lesado em razão da sobrevinda do evento danoso. Contudo, tal situação não tem o condão de tirar o caráter de certeza do dano, posto que, uma vez fixado a monta indenizatória, este valor deverá ser calcado em parâmetros de certeza e não de probabilidade.

3.2.2 DANO MORAL.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, V e X; o ordenamento jurídico pátrio passou a prever a possibilidade de se indenizarem danos que não tivessem características puramente materiais.

Tal inovação no ordenamento pátrio surgiu como um reflexo das grandes mudanças implementadas no instituto da responsabilidade civil de outros países, que passaram a se

atentar às injustiças advindas da inexistência de previsão legal que viesse a amparar aqueles que, apesar de se sentirem lesados pela prática de um ato ilícito implementado por outrem, não poderiam obter contra seu algoz a devida indenização pelo mal experimentado, haja vista que tal modalidade de dano não era reconhecida ante o seu aspecto não patrimonial.

Apesar da grande resistência e incompreensão apresentadas por alguns estudiosos do direito ao tomarem um primeiro contato com o novo instituto jurídico, a doutrina e a jurisprudência pátrias passaram a delinear os limites de aplicação daquele, de forma a buscar estabelecer o verdadeiro escopo a ser alcançado com sua implementação.

O dano moral, conforme ressaltado anteriormente, tem como principal característica o fato de não se vincular sua ocorrência a uma perda de ordem material, mas sim a uma transgressão a um direito personalíssimo do ofendido por parte do ofensor, e que lhe é capaz de gerar grande sofrimento, cuja determinação não está atrelada a um valor econômico pré-existente.

A indenização pela transgressão de um direito da personalidade não visa ressarcir o prejuízo experimentado pelo ofendido, ante o fato de que este não pode ser quantificado através de cálculos matemáticos ou contábeis, mas visa dar um alento para o sofrimento por aquele protagonizado, e que não deve ser confundido com simples aborrecimentos quotidianos.

Dessa feita, além da ausência da natureza patrimonial, pode-se dizer que o dano moral tem como principal característica (essa sim importante para o tema objeto deste trabalho), o fato de que sua quantificação não está atrelada a um valor que possa ser apurado através de perícias ou rigorosos cálculos, principalmente em razão da dificuldade de se efetuar a sua prova, mas sim deverá ser arbitrado pelo juiz diante da análise do caso concreto.

Portanto, pode-se afirmar de forma absoluta que toda vez que um dano não puder ser quantificado, em seu aspecto econômico, por meios contábeis, este deverá ser classificado como sendo de ordem extrapatrimonial, sendo o raciocínio contrário igualmente verdadeiro.

Por fim, cabe expor que muitas discussões interessantes poderiam ser travadas acerca do tema atinente ao dano moral, contudo, como não teriam pertinência com o objeto do presente trabalho, foram deixadas propositadamente de lado.³

3.3 NEXO DE CAUSALIDADE.

O estudo do tema relativo ao presente elemento integrante da responsabilidade civil mostra-se de grande relevância para a matéria, uma vez que será a sua presença ou ausência no caso concreto que terá o condão de imputar ou afastar de determinado agente o dever de indenizar o dano sofrido por outrem.

Tal tema mostra-se de tamanha relevância e complexidade, que alguns doutrinadores tais como Rafael Peteffi da Silva (SILVA, 2007) e Sergio Cavaliere Filho (CAVALIERI FILHO, 2008), por exemplo, buscaram estudar a matéria estabelecendo algumas teorias acerca de sua aplicação prática sobre o instituto da responsabilidade civil.

O nexo de causalidade é, conforme dito anteriormente, um elemento cuja identificação é crucial para que se possa estabelecer a obrigação de indenizar com base no instituto da responsabilidade civil, uma vez que somente através da análise deste elemento no caso concreto poderá afirmar qual conduta foi responsável pelo dano experimentado por outrem. Assim, é fundamental que se dedique um espaço neste trabalho para a exposição das principais teorias desenvolvidas sobre a matéria para, por fim, identificar a escolhida pelo ordenamento civil pátrio.

Por fim, cabe expor que o tema neste tópico tratado, além de ter grande relevância para a aplicação prática do instituto da responsabilidade civil, a sua correta compreensão apresenta especial função na aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, tema deste trabalho, uma vez que a investigação do nexo de causalidade não deverá ocorrer sobre o ato antijurídico e a perda da vantagem esperada, mas sim entre aquele a perda da chance de o ofendido obtê-la.

Vamos à análise das principais teorias relativas à temática envolvendo o elemento “nexo de causalidade” que compõe o instituto da responsabilidade civil.

3.3.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES.

³ Para um aprofundamento acerca do tema, recomenda-se a leitura da obra de Silvio Rodrigues; Direito Civil – Responsabilidade Civil; Saraiva – 2007, pag. 189 – 200.

A análise do nexa causal apresenta grande relevância para a aplicabilidade prática do instituto da responsabilidade civil, na medida em que permite a determinação de quais condutas foram as responsáveis pelos danos experimentados pelo ofendido, possibilitando, assim, que os agentes que as praticaram venham a indenizar este último.

A teoria da equivalência das condições é aquela que busca obter, através de um exercício mental de exclusão de causas, uma identificação de quais foram os eventos que, de fato, contribuíram para os danos experimentados pelo ofendido. Assim, sobre o assunto já se pronunciou Sérgio Cavalieri Filho em sua obra “Programa de responsabilidade civil”:

(...) para saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não a será. Destarte, condição é todo o antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito (CAVALIERI FILHO, 2008, pag. 47).

De acordo com essa teoria, uma causa somente será condição para a ocorrência do evento danoso se ela foi capaz de ensejar o resultado dano, independentemente de seu grau de contribuição para este último. A referida causa, para que gere o dever de indenizar, deverá representar uma verdadeira “*conditio sine qua non*” para o resultado danoso experimentado pela vítima.

Tal teoria é amplamente criticada pela doutrina atual, ante a possibilidade de se estabelecerem injustiças no caso concreto, pois, de acordo com ela, seria igualmente responsável pelos prejuízos injustamente experimentados por um indivíduo, tanto aquele que diretamente contribuiu para o seu estabelecimento, bem como aquele que, apesar de não ter agido no sentido de causá-lo poderia tê-lo evitado através de uma conduta sua, ainda que tal conduta não possa ser imediatamente ligada ao referido dano.

Nesse sentido, imagine-se uma situação hipotética em que um indivíduo tenha agredido fisicamente outro, de forma que este último deva ficar hospitalizado para submeter-se a uma cirurgia de reparações. Se durante o procedimento cirúrgico o ofendido vier a falecer em razão de uma complicação gerada por uma infecção hospitalar devido ao contado com bactérias de outro paciente, de acordo com a teoria da equivalência das condições, o agressor deveria ser responsabilizado civilmente pela morte da vítima, ainda que seu ato não tenha contribuído diretamente para tanto. A mesma situação dar-se-ia, por exemplo, se o falecimento da vítima hospitalizada adviesse de um erro médico.

Portanto, em razão das possíveis iniquidades práticas que a sua aplicação possa ensejar, a teoria da equivalência das condições não é a melhor a ser utilizada para a identificação de qual agente deve ser responsabilizado pelos danos experimentados por outrem, sendo necessária, portanto, a busca por outra teoria que venha a exercer tal função.

3.3.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA.

Na presente seção será analisada a teoria da causalidade adequada como meio de determinação dos acontecimentos responsáveis pelos prejuízos injustamente experimentados por terceiro, bem como no estabelecimento de quem deverá arcar com tal indenização dentre um universo de possíveis responsáveis.

Inicialmente, convém expor que a teoria em comento não se distancia ou mesmo se contrapõe de forma radical da teoria da equivalência das condições, anteriormente abordada, mas sim pode ser vista em seu aspecto de complementaridade.

A teoria da equivalência das condições, conforme visto anteriormente, busca estabelecer de forma hipotética, através de um exercício de verificação de todos os eventos que possam circundar aquele relacionado ao dano experimentado, quais foram os responsáveis pelo surgimento deste último. Assim, de acordo com a referida teoria, pouco importa se, na prática, determinado evento não tenha relação direta com o dano para que aquele que deu causa lhe possa ser responsabilizado por este último (vide caso hipotético abordado no tópico anterior).

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, apesar de se utilizar de meios hipotéticos de raciocínio para averiguar quais foram os possíveis eventos que circundam o dano, busca, por sua vez, através de um exercício de probabilidade e utilização de regras de experiência, o estabelecimento de quais desses eventos de fato foi o mais adequado para contribuir para o resultado danoso experimentado pela vítima.

Sobre a teoria da causalidade adequada, mostra-se importante a citação do entendimento esposado por Caio Mario em sua obra dedicada exclusivamente ao tema da responsabilidade civil:

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização,

o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo em sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói nesse processo técnico se diz da *causalidade adequada*, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade (PEREIRA, 2002, pag.17).

No exemplo elaborado no tópico anterior, por exemplo, o resultado seria diverso daquele verificado na ocasião em que a teoria aplicada foi a da *conditio sine qua non*, pois caso a teoria da causalidade adequada fosse utilizada, o agressor não poderia ser responsabilizado pelo evento morte experimentado pelo ofendido, na medida em que sua ação não foi a mais adequada para tal resultado, mas sim uma infecção hospitalar que sobreveio de forma independente àquele evento anterior, e que o ofensor em nada contribuiu para tanto.

Conforme é possível de ser notado, a aplicação da teoria da causalidade adequada mostra-se muito mais afinada com os objetivos do instituto da responsabilidade civil do que a aquela tratada na seção antecedente, uma vez que possibilita uma maior segurança ao aplicador do direito na determinação dos responsáveis pelos danos experimentados por um terceiro, evitando-se as costumeiras injustiças advindas da aplicação da outra teoria.

Em razão do fato anteriormente exposto, é que a teoria da causalidade adequada encontra amplo respaldo em nosso ordenamento pátrio, sendo preterida pelos nossos julgadores e doutrinadores civilistas em relação à sua antecessora.

3.3.3 TEORIA DA CAUSALIDADE DIRETA E IMEDIATA.

Alguns doutrinadores afirmam que, apesar de ser amplamente aceita em nosso ordenamento jurídico pátrio, a teoria da causalidade adequada não foi a escolhida por nosso legislador para reger a aplicação do instituto da responsabilidade civil no Brasil. Para eles, a teoria “oficial” no direito brasileiro e que aborda o tema atinente ao nexo causal é a da causalidade direta e imediata, posto existir dispositivo legal que a preveja expressamente.

O artigo 403 do Código Civil Brasileiro dispõe que: “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”.

Da leitura atenta do referido dispositivo legal, surgiria ao interprete duvidas acerca da aplicabilidade da teoria da causalidade direta e imediata, inaugurada por aquele, nos casos não compreendidos na rubrica da responsabilidade contratual, bem como acerca do significado correto da expressão “efeito direto e imediato” no caso concreto.

Sobre a primeira questão, restou pacificado na doutrina e jurisprudência que a aplicação do dispositivo supera o campo da responsabilidade exclusivamente contratual, devendo a teoria da causalidade direta e imediata ser estendida ao campo da responsabilidade aquiliana.

Por outro lado, no que se refere à aplicabilidade do correto significado da referida expressão por parte dos juristas, a questão não se mostrou tão pacífica, pelo menos no início, uma vez que incorretas interpretações podiam gerar indesejáveis iniquidades, vez que se buscavam indenizar apenas aqueles danos advindos dos eventos mais próximos à sua causa, ainda que tais eventos não fossem efetivamente determinantes para o resultado danoso.

Ao revés do que ficou consagrada no início, a expressão “efeito direto e imediato” contido no artigo 403 do Código Civil não está relacionado com uma causa temporalmente conectada ao evento danoso, mas sim estabelece uma relação de causalidade lógica, que será determinante para a configuração da responsabilidade, não a conduta mais próxima do dano, mas sim aquela que efetivamente foi capaz de causá-lo (CAVALIERI FILHO, 2008, pag. 50-51).

Nesse sentido, não importa que para o evento danoso tenham concorrido várias causas (concausas), somente será determinante para a configuração da responsabilidade civil aquela que com ele tiver uma relação direta e determinante para com o dano sofrido, ainda que esta se localize temporalmente distante do resultado danoso.

Portanto, cabe concluir o presente tópico deste capítulo, uma vez que sua citação apenas visou a dar sustentação conceitual ao leitor para que venha a compreender o tema principal deste trabalho, qual seja: a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: VISÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO.

Este capítulo tem como principal função a de expor de forma bastante sucinta o longo caminho percorrido para que o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance pudesse começar a ser aceito tanto no grande sistema da *Civil Law* (isto se dará através da análise dos direitos francês, italiano e brasileiro), bem como no grande sistema jurídico da *Common law* (será abordado, de forma sucinta, o instituto nos direitos britânico e estadunidense).

Tal estudo se faz importante para que possamos observar e aprender com a experiência desenvolvida em outros países, aos quais somos mais ou menos influenciados na produção de nosso direito, sobretudo quanto à melhor forma de se aplicar o novo instituto em comento, tendo sempre por base a busca de se indenizar os danos injustamente causados, ainda que os prejuízos resumam-se na simples perda da possibilidade de alcançar um determinado resultado, como é o caso da perda de uma chance.

4.1 FRANÇA.

O instituto jurídico tema, deste trabalho, apareceu pela primeira vez na França no início do século XX, onde doutrinadores e juristas do país passaram a considerar a possibilidade de se indenizar um dano que, pelas peculiaridades incitas que apresentava, era tido como impossível até aquele instante (SAVI, 2006).

Os juristas franceses observaram a existência de uma “injustiça” advinda do fato de alguém, mediante a sua atuação culposa, viesse a impossibilitar que o detentor de uma justa expectativa pudesse vê-la realizada, sem que tal conduta fosse punida nos ditames da responsabilização civil.

Por outro lado, o ordenamento jurídico pátrio da França não previa a possibilidade de se indenizar um dano incerto (impassível de ser quantificado), o que fazia com que aqueles que sofressem a perda da oportunidade de obter um resultado favorável, ou mesmo evitar um prejuízo, em razão da atuação culposa de outrem, pudessem ver o causador de sua dor ser responsabilizado por tal ato.

Para remediarem tal situação, os juristas da época estabeleceram um raciocínio que possibilitasse o fim de tal injustiça, e o denominaram *perte d'une chance*.

De acordo com o raciocínio desenvolvido, o dano sofrido por aquele que visse suas justas expectativas de obter um resultado vantajoso, ou mesmo evitar um prejuízo, em razão do ato antijurídico de outrem não poderia mais ser considerado como incerto, logo podendo ser indenizado.

Como exemplo da situação anteriormente apresentada, pode ser citado o caso de um proprietário de um cavalo de corrida que perde a chance de participar de um torneio em razão da negligência de terceiro que deixou de transportá-lo para o local avençado dentro do prazo estabelecido no contrato.

Assim, verificou-se que não poderia o proprietário do animal requerer que lhe fosse pago, a título de indenização, o valor correspondente ao prêmio da corrida. Entretanto, diante de um patente caso de dano, necessário seria o estabelecimento de uma maneira alternativa de se indenizar o prejuízo experimentado pelo lesado, e que não significasse a este, e ao mesmo tempo, a impossibilidade de se ver restabelecido ao seu status quo ante, ou que a indenização lhe caracterizasse um enriquecimento sem causa.

Para que tal situação pudesse se justificar, observou-se que a indenização a ser pleiteada em razão do ato danoso jamais poderia se confundir com o valor contido na vantagem perdida, posto que esta jamais poderia ser alcançada, uma vez que não haveria alguma maneira de estabelecer certeza quanto ao fato de que o resultado pretendido seria obtido caso não tivesse ocorrido a ação culposa do autor do dano.

Seguindo o raciocínio apresentado, os franceses concordaram com a existência de um bem jurídico presente na esfera patrimonial do ofendido, muito antes mesmo da ocorrência do próprio dano que justificaria a futura ação postulando a sua indenização. A esse bem jurídico convencionou-se denominar “chance”.

Assim, quando alguém, através de um ato antijurídico viesse a causar a impossibilidade de outrem obter um resultado favorável, deveria surgir ao ofendido o direito de postular a indenização pelo dano sofrido, sendo que tal dano não corresponderia ao equivalente do valor econômico do resultado favorável, mas sim da possibilidade de tê-lo obtido (SILVA, 2007).

4.2 ITÁLIA.

Enquanto na França o desenvolvimento da teoria que possibilitou a admissão da indenização de danos provenientes da perda da oportunidade de obter um resultado favorável calcou longo caminho para chegar aos moldes atuais, na Itália não foi muito diferente.

Conforme se buscará expor mais adiante neste capítulo, a jornada enfrentada pelos juristas italianos para admitirem a possibilidade de se indenizar um dano, que até então era considerado incerto (logo impossível de ser indenizado), percorreu um caminho muito mais longo do que o enfrentado pelos juristas franceses, sendo que, o mais curioso, a teoria já havia se estabelecido no vizinho europeu quando começou a ser trabalhada na Itália.

O primeiro jurista italiano a abordar o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi o professor da Universidade de Milão Giovanni Pacchioni em 1940.

O professor italiano, analisando alguns casos típicos de perda de uma chance contidas na doutrina francesa começou a se indagar sobre a real possibilidade de se indenizar tal dano (SAVI, 2006).

Após muito analisar os casos clássicos expostos pelos juristas franceses, dentre eles aquele em que um advogado deixa de interpor um recurso contra decisão que foi contrária aos interesses de seu cliente, Pacchioni chegou à conclusão de que as vítimas dos atos antijurídicos de fato tinham razão para se queixarem do prejuízo experimentado (sensação de injustiça), mas não via qualquer tipo de possibilidade de que o mesmo dano fosse indenizado, ante a aparente impossibilidade de se demonstrar que o dano sofrido pela vítima era tido como certo.

Para o mesmo autor, o fato anteriormente descrito se justificava na medida em que eram inúmeras as possibilidades de ocorrência de eventos aleatórios que poderiam obstar o alcance do resultado pretendido pela parte lesada, ainda que não se tivesse verificado a ação do ofensor do ofensor que justificou as justas expectativas de seu cliente ter seu recurso judicial apreciado pela instância superiora (PACCHIONI, 1940, pag. 117 apud SAVI, 2006).

O jurista italiano Francesco Donato Busnelli, em 1965 (BUSNELLI, 1965, pag. 46-52 apud SAVI, 2006), buscou verificar a teoria da perda de uma chance através da análise de um julgado do Tribunal de Apelação de Paris, sendo que, ao final acabou por alinhar-se ao posicionamento de seu conterrâneo no sentido de ver impossibilitada juridicamente, no ordenamento pátrio italiano, qualquer tipo de pretensão que viesse pleitear indenização em

razão da perda da possibilidade de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo decorrente de ato lesivo de outrem, em razão de semelhantes argumentos levantados por Pacchioni (PACCHIONI, 1940, pag. 109 apud SAVI, 2006) cerca vinte e cinco anos antes.

Em 1966, Adriano de Cupis, professor da Universidade de Perugia publica sua obra “O dano: teoria da responsabilidade civil”, onde passa a analisar os mesmos casos citados outrora por Giovanni Pacchioni.

De Cupis, após muito estudar os clássicos casos abordados pela doutrina francesa acerca da teoria da perda de uma chance, chega à conclusão diversa de seus conterrâneos acreditando na viabilidade jurídica do tema, mesmo em solo italiano, justamente por acreditar que o dano sofrido por alguém que perde a possibilidade de obter um lucro deverá ser classificado como certo, e não hipotético como pregavam os outros dois autores italianos analisados.

Segundo de Cupis, ainda que nos casos postos à sua análise não seja possível de se prever, com absoluta certeza, qual seria o resultado final a ser alcançado caso não tivesse ocorrido a interrupção do evento pela conduta culposa de um terceiro, deveria ocorrer a indenização do dano sofrido, posto que a chance de obter aquele resultado almejado já se encontrava no patrimônio do ofendido muito antes mesmo de ter sofrido o dano (DE CUPIS, 1966, pag. 263 apud SAVI, 2006).

Contudo, segundo o referido autor, para que seja possível de se indenizar a chance perdida, deverão ser conjugados simultaneamente dois requisitos: a certeza e a seriedade da possibilidade de ter-se alcançando o resultado pretendido pelo ofendido.

No sentido do que expôs o referido autor, chega-se à conclusão de que, muito embora tenha ocorrido a prática de um ato lesivo por parte de terceiro que venha a fulminar as justas expectativas do ofendido em alcançar um determinado resultado, o dano sofrido por este somente terá relevância jurídica sendo, portanto, passível de indenização, quando não estiver baseado em expectativas meramente hipotéticas ou de pequena possibilidade de serem alcançadas.

Além disso, a outra contribuição dada pelo doutrinador italiano aqui estudado quanto ao reconhecimento da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico italiano foi o

reconhecimento de que, o prejuízo sofrido por aquele que perde a chance de alcançar um resultado favorável tem natureza jurídica de dano emergente, e não de lucros cessantes.

Conforme se observa, tal constatação foi de fundamental relevância para que fosse reconhecida a aplicabilidade da novel teoria no ordenamento jurídico italiano, posto que derrubou as barreiras relativas à dificuldade de se estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta lesiva do agente e o real dano experimentado pelo ofendido.

Nesse sentido, quando, por exemplo, um competidor de corridas de cavalo se vê impossibilitado de participar da prova para qual tanto se preparou em razão do atraso na entrega do animal, haverá para este um dano condizente com a perda da possibilidade de se sagrar vitorioso na competição, e não com a perda do prêmio em si.

Com base em tal constatação, depreende-se que a chance de ser campeão encontrava-se no patrimônio do cavaleiro desde o momento em que se inscreveu no campeonato para o qual pretendia participar, sendo que tal possibilidade de vitória já encontra um valor econômico em si preservada. Assim, quando ocorre, por culpa de outrem, a impossibilidade de se competir e alcançar o resultado pretendido, o valor indenizatório a ser pleiteado pelo ofendido e fixado pelo magistrado da causa deverá ser o equivalente às chances previamente existentes, e não ao valor correspondente ao resultado pretendido, posto a impossibilidade de se verificar a sua ocorrência.

Para explicar tal situação Sergio Savi, em brilhante obra sobre o tema em que analisa os ensinamentos de Adriano de Cupis sobre o tema, expõe:

[...] Isto porque, repita-se, ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da chance de vitória e não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano (SAVI, 2006)

Por fim, convém expor que o doutrinador italiano aqui tratado também apresentou significativa contribuição para resolver um grande problema relativo à aplicação da teoria da perda de uma chance: a quantificação da indenização a ser paga.

Segundo Adriano de Cupis, a quantia a ser paga ao ofendido que perdeu a chance deverá ser fixada de forma equitativa pelo juiz da causa, sempre tendo em vista as reais e

sérias possibilidades que tinha aquele de alcançar o resultado pretendido caso não tivesse sido injustamente impossibilitado de ao menos tentar.

Nesse sentido, seguindo a linha de raciocínio do autor, a indenização a ser concedida ao ofendido será tanto maior quanto foram as suas chances de alcançar o resultado pretendido por aquele, caso não tivesse ocorrido o evento danoso, mas nunca será equivalente ao total que receberia se tivesse realmente alcançado, posto a impossibilidade de se demonstrar a certeza de tal ocorrência.

4.3 SISTEMA DA COMMON LAW.

Apesar de não apresentar grande influência em nosso sistema jurídico da *civil Law*, faz-se necessário, ainda que superficialmente, a análise da evolução do instituto jurídico da responsabilidade civil pela perda de uma chance no sistema jurídico anglo-saxônico.

Tal situação tem por motivo a necessidade de se observar e constatar a forma com que determinados países, como Inglaterra e Estados Unidos, ainda que não venham da mesma base jurídica dos Estados latinos americanos, procuraram abordar o tema aqui tratado, ainda que de forma muitas vezes similar à maneira como tem sido feito nestes últimos, traduzindo uma compreensão sobre a matéria que poderá ajudar a estabelecer as bases doutrinárias do instituto até mesmo no Brasil.

O grande doutrinador nacional que procurou estudar, de uma forma mais aprofundada, a maneira como se desenvolveu a teoria da perda de uma chance nos países provenientes do sistema da *Common Law* foi Rafael Peteffi da Silva, sendo que boa parte desse tópico tratado neste trabalho baseou-se no resultado por aquele elaborado.

De acordo com o doutrinador, a primeira aparição da teoria da perda de uma chance no sistema da *Common Law* se deu em 1911 na Inglaterra, através de um emblemático caso envolvendo uma mulher que havia sido injustamente impedida de participar da fase final de um concurso de beleza por culpa do organizador do evento.

Segundo a autora da ação, a fase final do respectivo concurso para o qual havia se inscrito, e sido injustamente impedida de participar, consistia em uma apresentação a um júri que elegeria a vencedora, sendo que as cinquenta finalistas estavam concorrendo a doze prêmios.

Após bem analisar o caso, os juízes da causa decidiram que, após a elaboração de cálculos probabilísticos, a demandante injustamente prejudicada pelo ato lesivo do organizador do certame tinha a chance de vinte e cinco por cento de ganhar pelo menos um dos prêmios, devendo, portanto, ser indenizada proporcionalmente.

Tal decisão proferida pela corte daquele país revela, de forma bastante clara, que os juristas saxônicos apresentavam uma noção acerca das especificidades do dano envida na matéria em análise por eles, chegando à conclusão de que o prejuízo experimentado pela participante do concurso de beleza, era diverso da perda o prêmio final esperado por aquela.

Contudo, apesar de emblemática a decisão proferida pela corte no caso apresentado, convém expor que a matéria envolvendo a teoria da perda de uma chance não se mostra pacificada nos países de origem anglo-saxônica, justamente pelo fato de que neles a principal fonte jurídica não é a doutrina, mas sim a jurisprudência, o que faz com que acabe não havendo grande consenso por parte dos aplicadores da lei sobre a matéria, vez que a análise será sempre casuística (SILVA, 2007).

De acordo com Pefetti, a situação acima descrita torna-se ainda mais evidente nos Estados Unidos, posto que o sistema federalista do país possibilita que cada estado federado possa decidir de maneira diversa, de acordo com ordenamentos jurídicos diversos, casos semelhantes, dificultando ainda mais a pacificação com relação à aplicação do instituto. Sobre isso afirmou o referido autor em sua obra:

[...] Dessa forma, a controvérsia gerada pela teoria da perda de uma chance ainda é tão intensa que se torna imperioso comentar os julgados norte-americanos, indicando o seu Estado de origem, já que não existe uma linha amplamente dominante, como se observou nas análises do direito francês e do direito da *commonwealth* (SILVA, 2007, pag.83).

O autor reparou que nos casos envolvendo demandas propostas pleiteando a indenização pela chance perdida em razão de erro médico, as cortes americanas, dos mais variados estados estadunidenses, têm sido mais favoráveis em declarar a procedência daquelas, do que nos casos tidos como clássicos para a doutrina francesa.

No entendimento dos magistrados que analisaram os casos a eles postos, e que tinham como causa de pedir a ocorrência de erros médicos que impossibilitaram a chance de cura ou de sobrevivência dos pacientes, aqueles julgadores conseguiram conceber com maior facilidade a

existência de um nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano, seja através da concepção extensiva do conceito de dano ou da análise das mais variadas teorias envolvendo a causalidade; do que o caso em que, por exemplo, um cliente perde a oportunidade de ver seu direito reconhecido ou a sentença desfavorável reformada em razão da desídia de seu advogado (caso julgado pela Suprema Corte de Washington – *Daugert v. Pappas*), ainda que a fundamentação que serviu para declarar procedente um tipo de demanda se encaixaria perfeitamente para dar o mesmo provimento para a outra que restou sucumbente (SILVA, 2007).

Por fim, convém elucidar que, ainda que muito interessante o tema referente à perda de uma chance na seara médica, deixarei de abordá-lo para que não haja confusão com o assunto objeto deste trabalho, posto que, como já foi relatada anteriormente, a matéria tem sido tratada de forma diversa do que nos demais casos.

Nesse sentido, convém apenas reforçar a ideia de que o estudo do sistema jurídico anglo-americano tratado nessa pequena sessão, ainda que pouca influência cause em nosso ordenamento jurídico, apenas teve o condão e demonstrar que a temática envolvendo a responsabilidade civil pela perda de uma chance calçou longo caminho para que efetivamente começasse a ganhar reconhecimento e aceitação pelos juristas, assim como ocorreu no direito italiano e como está a ocorrer no direito brasileiro, devendo levar algum tempo para que venha a se firmar de forma pacífica e correta naquele ordenamento jurídico tendo em vista a finalidade da reparação dos danos injustamente sofridos.

4.4 BRASIL.

Neste tópico, será elaborada uma exposição muito resumida acerca da forma em que evoluiu a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, tanto no diz respeito à sua análise pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria.

A situação acima narrada se justifica em razão do fato de que haverá oportunidades melhores para que sejam abordadas, de forma minuciosa, os principais temas atinentes às características do instituto aqui tratado.

Conforme é passível de se concluir através da observância da pesquisa doutrinária atinente ao instituto jurídico da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o tema

mostra-se muito tímido e pouco explorado no Brasil, muito embora apresente um certo grau de crescimento.

Tal fato, conforme acima exposto, apresenta significativo reflexo na produção jurisprudencial nacional, vez que a falta de uma vasta pesquisa doutrinária que deveria se dedicar a desvendar os pontos obscuros relativos às incertezas que envolvem ao tema, fixando as bases conceituais para a sua correta compreensão, causou a nefasta consequência de fazer injustiças em casos concretos, seja por que os magistrados das causas não admitiam, por ignorância ou mero conservadorismo, a possibilidade de se indenizar um dano diverso do que a perda da vantagem esperada pelo ofendido; ou em razão do fato de que os nobres julgadores não sabiam aplicar corretamente no caso concreto a teoria.

A grande razão para que o instituto da perda de uma chance fosse amplamente aceito em nosso ordenamento jurídico se deveu ao fato de que os doutrinadores, bem como os aplicadores do direito em si, consideravam que aquele dano, advindo da impossibilidade de o ofendido alcançar um determinado resultado pretendido em razão de um ato antijurídico de outrem que frustrou suas justas expectativas, não era tido como certo.

Conforme bem preceitua o artigo 944 do Código Civil Brasileiro, o valor da indenização será sempre correspondente à extensão do dano sofrido pelo ofendido.

Da leitura do dispositivo legal retro mencionado é possível de se obter duas conclusões, que terão efeitos diretos sobre a possibilidade ou não de se conceder eventual indenização decorrente de uma ofensa: 1º) deverá ter ocorrido um ato ilícito que gere um dano a alguém; e 2º) o dano sofrido deverá ser sempre certo.

Com base em tal constatação, depreende-se que a dificuldade existente na mente de alguns doutrinadores e na maioria dos magistrados brasileiros, quanto à possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil, diz respeito ao fato de que estes não conseguem enxergar que o dano relativo à oportunidade de se obter um resultado pretendido, constitui dano diverso do que a perda do próprio resultado, e que tal dano, além de real, será certo e passível de ser quantificado (SILVA, 2007).

Além disso, muitos doutrinadores e julgadores encontram grande dificuldade de aceitar o instituto jurídico aqui estudado em razão do fato não saberem qual é a sua verdadeira

natureza jurídica do dano em questão, o que dificulta, sobretudo, na forma de quantificação da respectiva indenização (SAVI, 2006).

Apesar de tal situação, convém fechar este tópico trazendo uma notícia animadora, posto que cada vez mais a pesquisa na área vem crescendo buscando fixar de vez no âmbito jurisprudencial e doutrinário a correta compreensão à cerca do tema relativo à perda de uma chance.

Contudo, deve ser levado em conta que há longo caminho a se calcar, vez que na medida em que vão aumentando a quantidade de trabalhos sobre o instituto, alguns novos pontos controvertidos vão se tornando mais aparentes (alguns deles serão expostos nesta monografia) fazendo com se enriqueça ainda mais o debate acerca do tema, até que, enfim, se pacifique as discussões propondo justiça em um campo que já foi marcado muitas vezes por sua ausência.

5 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

O presente capítulo terá como principal objetivo expor, de forma aprofundada, o tema objeto deste trabalho de conclusão de curso, qual seja: a responsabilidade civil do advogado pelos prejuízos experimentados por seu constituinte consistente na perda da oportunidade de este último ter a sua pretensão judicial analisada e, eventualmente provida, em razão da desídia do profissional que contratou para representá-la.

A metodologia a ser utilizada neste tão importante capítulo consistirá, basicamente, na divisão deste em três grandes partes, ou subcapítulos, nos quais serão abordados os seguintes temas: (a) aspectos gerais da responsabilidade civil do advogado; (b) a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance; e (c) uma nova proposta à teoria em comento .

Tal divisão do tema no presente capítulo, conforme disposta no parágrafo supra, terá como principal objetivo uma abordagem mais didática de um tema que, apesar de crescentemente ter encontrado mais espaço entre os doutrinadores e julgadores pátrios, apresenta, ainda, grande dificuldade na fixação de suas corretas bases no sistema jurídico brasileiro.

Assim, uma vez apresentada a forma como este tão importante tema será por este trabalho abordado, sem mais delongas poder-se-á iniciar a nossa investigação sobre o mesmo assunto, inaugurando em seguida o primeiro subcapítulo.

5.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.

O profissional do direito que se dedica a atuar na seara da advocacia, assim como em várias outras carreiras, está obrigado a pautar sua atividade da maneira mais diligente possível para que, com isso, possa alcançar os fins almejados por aqueles que confiaram à sua pessoa, o sucesso de um empreendimento ou uma causa.

Tal dever de diligência, conforme acima referido, quando não observado pelo profissional em questão, terá o condão de gerar, àquele que depositou suas justas expectativas na execução de um trabalho bem feito, uma pretensão de se ver ressarcido por todos os prejuízos que eventualmente vier a experimentar em razão de tal fato.

Os advogados assumem perante seus clientes obrigações tipicamente contratuais, e que podem consistir, basicamente, na elaboração de pareceres jurídicos ou mesmo representação daqueles mesmos clientes em juízo. Apesar de existirem outros tipos de serviços que a contratação de um advogado possa envolver, tais como a elaboração de um contrato, por exemplo; estas outras modalidades não serão abordadas, por não terem maior relação com o tema deste trabalho.

No primeiro caso (elaboração de pareceres), o profissional do direito é contratado para, sob determinado assunto que envolvam dúvidas legais de seu cliente, emitir a sua opinião técnica, que poderá vir a ser consubstanciada em um documento, para que aquele possa tomar as melhores decisões em seu empreendimento pessoal ou profissional.

Na segunda hipótese de atuação do advogado (representação em juízo), por sua vez, o profissional, através da assinatura do contrato de mandato, é designado para representar judicialmente os interesses de seu constituinte, de forma a zelar pelo reconhecimento de suas pretensões no processo em que é parte, sendo-lhe, para tanto, atribuídos determinados poderes através do instrumento da procuração “*ad judicium*”.

Contudo, cabe informar que, diferentemente do que ocorre na maioria das outras profissões (cite-se como exceção, a título de elucidação, os médicos), o profissional do direito atuante na função de advogado não deve ser compelido a responder pelo insucesso da causa para a qual foi contratado, se tal resultado surgiu de um evento diverso da sua falta de empenho ou diligência no desenvolvimento de seu trabalho. Tal situação se explica em razão de que as obrigações assumidas pelos advogados são tidas, em regra, como sendo de meio, e não de resultado, com exceção da hipótese em que o profissional é contratado para elaborar um parecer técnico, vez que este deverá revelar, neste caso, os reais direitos do contratante.

Assim, diferentemente do que ocorre nas obrigações de resultado, nas obrigações classificadas como sendo de meio, o profissional não poderá se obrigar pelo resultado do empreendimento, uma vez que este independe exclusivamente de sua diligente atuação, mas sim de condições outras insuscetíveis de seu controle.

Nesse sentido, somente será responsabilizado pelos danos que sua conduta, na condução da causa em que for representante, vier a causar ao seu constituinte o advogado que atuar de maneira grosseira e grave em relação à postura do profissional médio, tais como os exemplos colocados por Aguiar Dias em sua obra “Da responsabilidade”: ”desatenção à

jurisprudência corrente, o desconhecimento do texto expresso de lei de aplicação frequente ou cabível no caso, interpretação abertamente absurda etc” (DIAS, 1995, pag. 343).

O advogado enquanto profissional médio pode ser compreendido, em nosso entender, e por consequência dos exemplos anteriormente citados por Aguiar Dias, como sendo aquele que atua em consonância com as diligências mínimas que se pode esperar da profissão.

Assim, conforme visto, a atuação do advogado capaz de ensejar a sua responsabilização civil, e o conseqüente dever de reparar os danos experimentados pelo representado, deverá ser classificada como sendo absurda ou grosseira, devendo-se utilizar como parâmetro para tal constatação, a comparação de sua conduta profissional com a de um profissional médio da mesma classe.

Portanto, faz-se imperioso ressaltar que a atuação do procurador em juízo - ou mesmo antes da fase judicial, em alguns casos (prestação de uma consulta jurídica que poderá vir a sustentar futura pretensão judicial, por exemplo) – para que impute a ele o dever de indenizar seu cliente não está necessariamente relacionada ao insucesso da demanda proposta, posto o fato de que, por mais que o resultado pretendido pelo constituinte não tenha sido alcançado, se os meios utilizados pelo advogado foram idôneos para tanto, não haverá que se falar em responsabilização do profissional, ainda que dentre um universo de possibilidades igualmente idôneas, aquele tenha optado pela menos eficaz.

Essa situação, conforme narrada no parágrafo anterior, justifica-se pelo fato de que é garantida ao profissional da advocacia a ampla autonomia para que possa elaborar a sua estratégia de atuação na causa, sendo vedada apenas a escolha absurda dos meios para tanto e incompatíveis com a conduta média esperada para a classe, tendo em vista as tendências já pacificadas pela doutrina e jurisprudência sobre o tema objeto da ação, bem como sobre as disposições expressamente contidas no texto da lei.

Assim, para que tal situação seja possível, o profissional em questão necessitará manter-se sempre atualizado com as mudanças e tendências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como deverá informar o seu cliente acerca das reais possibilidades de obtenção de sucesso em seu pleito (GONÇALVES, 2008).

O “erro grosseiro” cometido pelo advogado, conforme a expressão inaugurada pelo ilustre doutrinador civilista Rui Stoco, pode ser entendida como sendo a atuação do causídico

incompatível com as exigências mínimas da profissão, capaz de manchar a imagem do próprio profissional ante sua classe e seus clientes, posto a sua conduta inadequada para a causa a ele confiada (STOCO, 1997).

Contudo, cabe expor que pode ser considerado como o maior exemplo de erro grosseiro a ser praticado por um advogado no exercício de sua profissão, a perda do prazo para adotar as medidas processuais necessárias, fazendo com que o direito de seu constituinte venha a perecer em razão de tal fato.

Tal modalidade de erro pode ser com segurança considerada a falta mais inescusável que pode vir a ser praticada por um advogado, pelo fato de que todos os prazos processuais encontram-se de forma expressa nos diversos textos de lei, sendo estes de obrigatório conhecimento do profissional em questão, devendo este, em caso de dúvida sobre a extensão do prazo processual a ser escolhido, adotar as medidas necessárias da forma mais rápida possível como se pequeno aquele fosse (GONÇALVES, 2008).

A perda do prazo para a tomada de medidas processuais necessárias a impedir com que o interesse do cliente venha a se perder de forma definitiva, pode causar ao advogado o dever de reparar todos os danos eventualmente experimentados por aquele, sobretudo o mais comum deles, e tema principal deste trabalho de conclusão de curso, a perda de uma chance (assunto a ser tratado com a devida profundidade mais adiante).

Além disso, cabe ainda expor neste pequeno subcapítulo que, além do Código Civil e do Código de Processo Civil (artigos 16 a 18), outros três diplomas cuidam da matéria relativa à responsabilização do advogado em razão de sua conduta incompatível com o bom ofício esperado dos profissionais atuantes na carreira, a saber: Lei federal 8906/1994 (artigo 35); Código de Ética Profissional; e Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Os dois primeiros diplomas retro citados tratam basicamente das hipóteses de responsabilização do advogado no âmbito administrativo disciplinar. Assim, quando o profissional age de maneira incompatível com a conduta legitimamente esperada, poderá sobre este recair sanções de cunho disciplinar, sendo que, em certos casos, poderá uma mesma conduta ensejar a sanção daquele profissional nos aspectos administrativo, civil e penal simultaneamente.

Por outro lado, no que diz respeito a atuação dos advogados, há que se ressaltar o fato de que a prestação de serviço de tais profissionais está contida dentro da rubrica do conceito de fornecedor, presente no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicado àqueles, todos os deveres inerentes a esta última classe, sobretudo quanto ao seu dever de informação, transparência, boa-fé e prestação de serviço adequada, conforme já tivemos a oportunidade de expor anteriormente neste subcapítulo.

A classe dos advogados inclui-se no espectro daquilo que se denomina “profissional liberal”, sendo aplicada a esta a exceção da responsabilidade subjetiva disposta no artigo 14, §4º do diploma consumerista. Assim, diferentemente do que ocorre nos demais casos envolvendo fornecedores de produtos ou serviços, para que o advogado possa ser responsabilizado por sua atuação, deverá provar o cliente prejudicado, ao deduzir sua pretensão em juízo, demonstrar, além da ocorrência dos elementos conduta, dano e nexo de causalidade; a presença da culpa do causídico pelos prejuízos por ele (cliente) experimentados.

Tal situação poderia vir a suscitar grandes debates entre os juristas, vez que, por existir como razão de ser uma opção legislativa, não existe razão lógica para que o Código de Defesa do Consumidor viesse a estabelecer tal discriminação entre os profissionais liberais e os demais prestadores de serviços enquadrados no âmbito de incidência do artigo 3º do CDC.

Entretanto, para alguns doutrinadores, como Zelmo Denari, a razão de ser da diferenciação de tratamento franqueada aos profissionais liberais pelo Código de Defesa do Consumidor se justificaria em razão na natureza “*intuitu personae*” da prestação de serviço oferecida por aqueles a seus clientes. Dessa forma, diante da estreita relação de confiança que deve existir entre o advogado e seu cliente, no entender do autor, não se justificaria que aquele último fosse responsabilizado objetivamente em razão da má prestação de um serviço (DENARI, 2000).

Por outro lado, existe posicionamento doutrinário, como o esposado por Sílvia Vassilieff (VASSILIEFF, 2006), que declara que, em razão do fato de o contrato a ser celebrado entre o cliente o advogado não poder ser classificado como de adesão, haveria justificativa para a atribuição da exceção da responsabilidade civil subjetiva a esses profissionais prevista no CDC, muito embora tal razão não seria suficiente a afastar a

incidência deste ultimo diploma legal quanto aos outros deveres previstos para a classe dos prestadores de serviços .

Assim, concluí-se essa exposição acerca dos específicos aspectos que circundam a temática acerca da responsabilização do advogado nas mais variadas esferas do direito, com especial ênfase no plano da responsabilidade civil. Adiante, será abordado da maneira mais aprofundada possível o tema principal deste trabalho, onde serão expostas todas as questões que se referem ao instituto da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, bem como serão apresentadas as considerações feitas pelos principais doutrinadores pátrios acerca deste tema.

5.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

No presente capítulo será abordado de maneira aprofundada o tema principal deste trabalho de conclusão de curso, qual seja, o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance aplicado à classe profissional dos advogados.

Importante se faz ressaltar que, neste tópico do trabalho, será feita a intersecção de todos os assuntos anteriormente abordados nos demais capítulos, buscando demonstrar ao leitor que o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, apesar de ser considerado como sendo de recente adesão no ordenamento jurídico pátrio, encontra amplo respaldo com os objetivos traçados pelo legislador ao estabelecer os princípios e bases do instituto da responsabilidade civil como um todo, sobretudo na busca da pacificação social.

Para uma melhor compreensão do tema a ser abordado, já que, conforme dito anteriormente, se trata de um instituto recentemente acolhido em nosso ordenamento jurídico tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, muito embora ainda existam algumas divergências entre os juristas quanto à sua forma de aplicação e natureza jurídica; serão expostos os posicionamentos dos principais doutrinadores pátrios acerca da matéria, possibilitando, assim, que o leitor possa adotar aquela que julgar mais correta.

Além disso, deve ser ressaltado o fato de que o presente estudo tem sua razão de ser, na medida em que, a falta de sistematização do tema em nosso ordenamento, acaba por gerar graves confusões acerca das hipóteses concretas de sua aplicação. Dessa forma, serão

expostas ao longo deste capítulo algumas situações em que o instituto jurídico da perda de uma chance poderá ser aplicado.

Assim, feitas as considerações iniciais necessárias, imperioso se faz, sem mais delongas, a exposição minuciosa do interessante instituto jurídico que inspirou a elaboração deste trabalho de conclusão de curso.

5.2.1 ASPECTOS GERAIS E NATUREZA JURÍDICA.

Consoante foi possível de se observar em capítulo anterior deste trabalho, quando se abordou o tema relativo ao instituto da responsabilidade civil em seu aspecto geral, para que um determinado agente possa ser compelido judicialmente a indenizar os danos que sua conduta causou a outrem; deverá o lesado comprovar a ocorrência, no caso concreto, dos elementos formadores do mesmo instituto, quais sejam: a conduta danosa; o dano sofrido; o nexo de causalidade existente entre os dois primeiros elementos; e o elemento subjetivo da culpa, naqueles casos em que a lei não instituir de forma contrária, como nos de responsabilidade civil objetiva, por exemplo.

Assim, caso o indivíduo que sustente a pretensão indenizatória deixe de demonstrar de forma clara a ocorrência de quaisquer dos elementos supra descritos, conforme é ônus seu nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, não logrará êxito em seu intento de obter o ressarcimento dos prejuízos injustamente experimentados em razão da conduta antijurídica do causídico⁴.

Tal ônus probatório, conforme acima relatado, muitas vezes mostra-se de difícil cumprimento, principalmente no que se refere à demonstração da ocorrência do nexo de causalidade, mesmo naqueles casos mais correntes, posto o fato de que nem sempre resta claro se determinada conduta foi capaz de gerar o dano alegado sobre o qual se pleiteia a indenização.

Quando a questão gira em torno do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a dificuldade relatada mostra-se, sobremaneira, mais elevada, seja em razão da falta de correta compreensão daquele por nossos julgadores, ou mesmo pelas grandes

⁴ Atualmente o projeto do novo CPC busca estabelecer uma forma dinâmica de atribuição do ônus da prova entre as partes dentro do processo, tendo em vista a constatação fática da maior facilidade de cada uma provar um determinado fato. Para uma melhor compreensão do tema, vide o disposto no artigo 358 do projeto.

divergências doutrinárias acerca de sua natureza jurídica e correta quantificação dos danos resultantes da conduta danosa.

No instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o causador do dano é responsável pela perda da oportunidade do ofendido obter um determinado resultado pretendido e que julgue mais vantajoso, e não pela perda do próprio resultado que este último visava a alcançar.

A teoria da perda de uma chance, estabelece grande discussão acerca dos temas concernentes ao conceito de dano indenizável e de nexos de causalidade, na medida em que pressupõe uma modalidade nova de responsabilização, cujos elementos constitutivos acabam por não ser tão óbvios quanto nos demais casos.

Sobre o afirmado anteriormente, convém expor a colocação feita por Rafael Peteffi da Silva, no livro em que teve participação com diversos doutrinadores; “Responsabilidade Civil Contemporânea”:

“(…) Talvez por isso a teoria da perda de uma chance tenha se tornado, na doutrina internacional, verdadeiro campo de batalha, ocupado por inúmeras correntes com posicionamentos diversos sobre o mesmo tema. Podemos afirmar que o epicentro da celeuma relaciona-se com a própria natureza jurídica da teoria da perda de uma chance: um pequeno número de doutrinadores acredita que a noção de chance perdida como dano indenizável não possui consistência e tudo não passa de uma utilização da causalidade parcial; enquanto outra corrente pensa que as chances perdidas devem ser consideradas como danos autônomos e indenizáveis. A maior parte da doutrina estrangeira, contudo, leciona que apenas algumas modalidades de utilização da perda de uma chance utilizam-se da causalidade parcial, sendo que a chance perdida representa, na maioria dos casos, um novo tipo de dano indenizável” (RODRIGUES JÚNIOR; MAMEDE; VITAL DA ROCHA, 2011, pag. 151).⁵

Portanto, nota-se que existem três grandes questões que necessitam ser enfrentadas para que o jurista possa corretamente compreender o instituto jurídico em comento, quais sejam: (I) o conceito de “chance perdida”; (II) a análise do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano consistente na perda de uma chance; e (III) a natureza jurídica do dano relativo à perda da chance.

⁵ Para uma melhor compreensão acerca da temática relativa às diversas teorias acerca dos elementos “dano” e “nexo de causalidade” abordados no excerto, recomenda-se a leitura do capítulo deste trabalho que trata sobre o instituto da responsabilidade civil, bem como se recomenda a leitura da obra escrita pelo doutrinador citado, qual seja: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2007. Pag. 49-111.

Para que se possa sanar a primeira questão acerca do real conceito do termo “chance perdida”, importante se faz lançar mão do significado atribuído por dois dos mais conceituados dicionários brasileiros ao verbete “chance”.

De acordo com o dicionário Michaelis, o verbete discutido é de proveniência do idioma francês e apresenta a seguinte conceituação: “1. Acaso favorável; 2. Oportunidade, ensejo” (MICHAELIS, 2012).

O bastante conceituado dicionário Aurélio, por sua vez, atribui ao verbete em comento, além do conceito de “sorte ou acaso”, aquele também citado pelo dicionário Michaelis, qual seja: o de “oportunidade” (AURÉLIO, 2010).

Nota-se que ambos os dicionários utilizados atribuíram de forma comum o termo “oportunidade” como sendo o sinônimo do verbete “chance”, de forma a compreender que a expressão “chance perdida” a que se refere o instituto jurídico em análise está diretamente relacionada com a perda da oportunidade que um indivíduo tem de obter determinado objetivo que visava a alcançar, podendo este consistir na obtenção de um lucro ou mesmo na diminuição de um prejuízo anterior.

Assim, quando, por exemplo, um advogado negligente perde o prazo para a propositura de uma ação, fazendo com que seu cliente perca o direito de pleitear judicialmente a pretensão que tinha em mente, poder-se-á falar na ocorrência de um dano relativo à perda de uma chance, posto o fato de que haverá a discussão acerca do perecimento da oportunidade de seu direito ser judicialmente apreciado com a eventual propositura da ação, e não da perda do resultado pretendido em si.

Neste sentido, concluí-se pela total pertinência do termo “chance” para designar o bem da vida perdido em razão da conduta negligente de outrem, e sobre o qual recairá a pretensão indenizatória do ofendido, vez que estabelece corretamente a ideia de um dano específico e diverso do objetivo final não alcançado por este último indivíduo.

No que diz respeito à temática acerca da análise da questão envolvendo o nexo de causalidade na teoria da perda de uma chance, por sua vez, convém expor que este tema é motivo de grande debate doutrinário, conforme já bem ficou explicitado no excerto, anteriormente colacionado, da obra em que Rafael Peteffi contribui com seu artigo. Assim, para uma melhor compreensão acerca da matéria atinente ao nexo causal, convém retomarmos

alguns conceitos anteriormente abordados no capítulo deste trabalho relativo aos elementos constitutivos do instituto jurídico da responsabilidade civil.

O nexo de causalidade é o elemento integrador do instituto da responsabilidade civil, e que deve ser comprovado pelo autor da ação indenizatória para que sua pretensão seja acolhida pelo julgador da causa, sendo tal elemento responsável por demonstrar a existência de relação lógica de causa e efeito entre o ato danoso do ofensor e o prejuízo suportado pelo ofendido.

Na ocasião, foram apresentadas três grandes teorias sobre o elemento “nexo de causalidade” em comento (equivalência das condições; causalidade adequada; e do dano direto e imediato), sendo que ficou assentado que o sistema jurídico pátrio tem apresentado grande receptividade às duas últimas, sendo a teoria do dano direto e imediato a classificada como tendo o status de positivada por nosso ordenamento civil .

A grande discussão que envolve a temática relativa ao nexo causal e o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, relaciona-se, em grande medida, com a dificuldade encontrada por alguns aplicadores e estudiosos do direito de conceber a existência de um dever de indenizar imposto a um sujeito que, frustrando as justas expectativas de outro em obter determinado resultado, arcará com um prejuízo tido como incerto. Tal situação se justifica na que medida em que, os objetivos buscados pelo ofendido, jamais poderiam ser comprovados quanto à sua ocorrência, caso a ação antijurídica implementada por aquele (ofensor) não tivesse gerado a interrupção dos acontecimentos que naturalmente levariam a eles.

O elemento nexo de causalidade, em sua correta compreensão, é de tamanha importância para o entendimento do instituto em estudo, tanto que o doutrinador Rafael Peteffi chegou a exaltar o fato de que a teoria da perda de uma chance está calcada em uma ideia de uma teoria nova de nexo de causalidade: a da “causalidade parcial”; e que, em alguns casos (como na seara médica, por exemplo), revela-se até mais relevante para a correta compreensão do instituto, do que a concepção do dano relativo à “chance perdida”, como sendo autônomo e diverso do resultado final frustrado.

Neste sentido, de acordo com a teoria em comento, para avaliar a ocorrência da chance perdida no caso concreto, o julgador deverá ponderar em que medida a ação ou omissão do causador do dano contribuiu para a perda da possibilidade de se obter uma vantagem ou evitar

um prejuízo por parte do ofendido, de forma que, ainda que esta tenha, de fato, tido sua parcela no resultado danoso, somente haverá o dever do ofensor em indenizar caso, diante da comparação de outros eventos que também influíram para o mesmo desfecho, aquele ato antijurídico foi determinante para a frustração do alcance do resultado final (SILVA, 2007).

Portanto, em última análise, constata-se que a grande dificuldade relativa ao enfrentamento da questão envolvendo o nexo de causalidade na teoria da perda de uma chance, relaciona-se diretamente com a dificuldade de se conceber a existência do dano relativo à “chance perdida”, como sendo independente e autônomo com relação ao resultado final pretendido pelo ofendido, mas não alcançado em razão da conduta lesiva implementada por outrem.

No caso hipotético envolvendo um advogado que, após constatar que o processo em que atuava foi julgado integralmente improcedente, deixa de interpor, no prazo da lei, o recurso para reverter a decisão desfavorável, fazendo com que pereça seu cliente em obter a possibilidade de reapreciação da ação que movia contra um terceiro; os grandes críticos da teoria da perda de uma chance acreditam inexistir o dever do causídico em indenizar o seu cliente, em razão do fato de que o resultado pelo cliente esperado era aleatório (dano incerto), sendo impossível de se estabelecer o liame de causalidade entre a conduta daquele e a perda da vantagem pretendida (SILVA, 2007).

Contudo, ocorre que tais críticos não conseguiram enxergar o fato de que o dano em comento não é incerto, bem como a teoria do nexo de causalidade relacionada ao dano direto e imediato tem ampla aplicação no instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois, como é possível de ser observado no caso utilizado como exemplo, o dano sofrido pelo cliente do advogado negligente, é diverso do dano representado pela perda resultado pretendido e perdido por aquele, bem como é possível de se constatar, em razão de tal fato, que o ato lesivo foi o idôneo a causar o prejuízo que deverá ser indenizado, posto que o bem lesado encontrava-se presente no patrimônio do ofendido muito antes da ocorrência do próprio o dano, sendo este resultado direto da negligência do advogado.

Com relação à natureza jurídica do dano referente às “chances perdidas”, há que se ressaltar que este é o ponto de maior divergência entre os doutrinadores e aplicadores do direito, vez que uns consideram a perda de oportunidade de obtenção de um lucro ou de se evitar um prejuízo como sendo uma modalidade de dano moral; outros, por sua vez, entendem

tratar-se de um dano material da classe dos lucros cessantes; enquanto uns terceiros acreditam pertencer à categoria dos danos emergentes.

O dano moral, consoante bem explicado em capítulo próprio deste trabalho, pode ser conceituado como sendo aquele relativo à transgressão de um direito não patrimonial do ofendido, e que se relaciona diretamente aos atributos de sua personalidade e intimidade. Justamente em razão de tal fato, a indenização a ser paga ao ofendido não tem o escopo de ressarcí-lo, mas sim de gerar um alento ao seu sofrimento que não pode ser traduzido em termos patrimoniais, bem como se presta a um desestímulo para que o ofensor volte a perpetrar a conduta sancionada.

Já os danos materiais, costumam ser divididos pela doutrina clássica em duas subespécies: lucros cessantes e danos emergentes. O primeiro, de forma resumida, relaciona-se com a perda de todos aqueles bens que o ofendido razoavelmente receberia caso não se sobreviesse o resultado danoso que frustrou as suas expectativas. O segundo (danos emergentes), por sua vez, diz respeito a todos os prejuízos que imediatamente resultaram do evento gerador do dano.

Assim, colocadas essas explicações, imperiosa se faz, a seguir, a exposição dos posicionamentos encabeçados pelos principais doutrinadores civilistas pátrios acerca da controversa natureza jurídica do dano consistente na perda de uma chance, para que, com isso, possa o leitor inclinar-se de maneira segura e fundamentada sobre o assunto.

Iniciaremos a exposição supra proposta com o posicionamento adotado por Sérgio Savi que, após fazer aprofundada pesquisa sobre o instituto jurídico da responsabilidade civil pela perda de uma chance, inclusive indo beber em fontes internacionais, tais como o direito francês e italiano⁶, chega inicialmente à conclusão, assim como ficou assentado entre os civilistas daqueles países, após longo amadurecimento do instituto com o passar das décadas, de que o dano relativo às chances perdidas devem ser enquadradas como sendo uma subespécie de dano material, ante a possibilidade de sua quantificação e indenização em dinheiro (SAVI, 2006).

⁶ Para uma melhor compreensão acerca da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, bem como para tomar contato com as ideias refletidas pelos principais estudiosos franceses e italianos sobre o mesmo tema, vide capítulo próprio deste trabalho de conclusão de curso, bem como recomenda-se leitura de : SAVI, Sergio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance; São Paulo: Atlas, 2006. Pag. 7-35.

Entretanto, para o citado escritor, o dano indenizável relativo às chances perdidas, apesar de enquadrar-se dentro da rubrica do dano material, aquele dano específico pertence ao universo contido dentro do grupo relativo aos danos emergentes. Tal fato se justifica, em seu entender, em razão da existência da natureza material da “chance perdida” como sendo um dano diverso daquele representado pelo bem da vida sob o qual as chances de obtê-lo sucumbiram, de forma que será de possível verificação daquele bem, independentemente da perda do próprio resultado pretendido.

Assim, para o doutrinador em comento, haverá sempre a possibilidade de verificação das chances de um indivíduo obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, antes mesmo que sobrevenha qualquer evento danoso que frustrasse suas justas expectativas de alcançar o resultado inicialmente almejado. Sobre tal previsibilidade, deverá recair a valoração e quantificação do dano relativo à perda da chance, quando esta sobrevier.

Neste sentido, para ilustrar o anteriormente afirmado com um exemplo, imagine-se um caso hipotético envolvendo um advogado que, deixando de observar o prazo legal para interpor recurso de apelação contra decisão de primeira instância desfavorável à pretensão de seu cliente, regularmente formulada em uma ação indenizatória, fazendo, com isso, que transite em julgado tal decisão que, se apreciada em segunda instância teria razoável probabilidade de ser reformada.

Inicialmente, mostra-se bastante razoável entender que a conduta negligente do advogado do exemplo supra citado foi capaz de gerar um dano a seu constituinte. Todavia, a grande discussão existente entre os doutrinadores sobre o tal assunto, diz respeito na dificuldade de identificar sobre o que deverá recair a pretensão do cliente caso venha a propor futura ação judicial indenizatória contra o causídico, ou seja, qual deverá ser o pedido formulado em sua petição inicial.

De acordo com Sérgio Savi (SAVI, 2006), a pretensão indenizatória do cliente prejudicado deverá recair sobre o valor correspondente à perda da possibilidade de obtenção do provimento judicial no primeiro processo, e nunca sobre a quantia que efetivamente receberia caso sua pretensão fosse acolhida, vez que, não poderia o prejudicado demonstrar que, caso efetivamente tivesse sido interposto tempestivamente o recurso idôneo contra a decisão judicial desfavorável ao seu intento, aquele de fato seria acolhido ante a

jurisprudência oscilante do tribunal sobre o tema, mas apenas seria possível estabelecer um juízo matemático de probabilidade sobre a tais chances.

Além disso, o citado doutrinador é bastante enfático em afirmar que as chances perdidas somente serão passíveis de serem indenizadas, conforme ficou assentado pela doutrina italiana sobre o tema, se estas forem consideradas “sérias e reais”, ou seja, se representarem algo mais do que simples esperanças subjetivas desprovidas de probabilidade de ocorrência (SAVI, 2006).

Portanto, para o escritor, em razão do fato de que as chances perdidas podem ser verificadas através de um raciocínio lógico e matemático, através do uso da ferramenta da probabilidade, as chances tomadas em si, somente poderão ser consideradas como sendo reais e sérias se representarem um importe mínimo de 50%, ou seja, unicamente poderão ser acolhidas as pretensões indenizatórias com base na teoria da perda de uma chance, somente se, caso não sobreviesse o resultado danoso que impediu o seguimento dos acontecimentos aleatórios até o seu fim, o resultado final esperado pelo cliente tinha, pelo menos, a probabilidade de um para cada dois eventos em acontecer.

Neste sentido, tomando-se por base o caso hipotético envolvendo o advogado negligente que perde o prazo para recorrer contra decisão judicial que julgou improcedente a pretensão de seu cliente, conforme anteriormente exposto; este somente lograria êxito em eventual ação indenizatória a ser proposta contra seu advogado, caso demonstra-se em sua petição inicial que tinha pelo menos cinquenta por cento de chance de obter sucesso na demanda originária, caso em eventual recurso tivesse sido interposto dentro do prazo assinalado pela lei.

Tal demonstração, mostra-se por vezes tormentosa, vez que a parte com interesse em obter a procedência de sua ação contra o causídico, deverá demonstrar de forma clara que dentre o universo de desembargadores e turmas que poderiam vir a apreciar o recurso, caso tivesse sido regularmente interposto, metade deles se alinham com a tese jurídica de argumentação e defesa esposada na ação em que houve a negligência de seu advogado. Isso poderia se dar, principalmente, por meio da análise de toda a recente jurisprudência existente sobre o tema tratado naquela ação, bem como na formulação de cálculos probabilísticos quanto à possibilidade de eventual recurso for distribuído para os julgadores que

eventualmente pudessem acolher a pretensão contida no aludido processo em que o requerido figurou como advogado.

Dessa maneira, por exemplo, caso o prejudicado pela ação do advogado tivesse pleiteando na ação originária uma quantia de dez mil reais contra terceiro, e esta viesse a ser julgada improcedente e a decisão se tornasse definitiva por efeito da coisa julgada em razão da negligência do advogado do sucumbente; aquele somente lograria êxito na ação indenizatória, em razão da ocorrência do dano atinente à perda da chance de obter reforma na decisão que lhe foi desfavorável, se demonstrasse, como explicado anteriormente, que a tese jurídica sobre a qual recaia sua pretensão na referida ação originária tivesse, pelo menos, 50% de chances de ser acolhida no recurso caso fosse interposto. Essa alíquota, na explicação do doutrinador, deverá incidir sobre o valor pleiteado na primeira ação, de forma a resultar no quantum devido, a título de indenização na segunda ação.

Partindo-se desse raciocínio, se o cliente prejudicado tinha cinquenta por cento de chances de vitória no recurso, o valor a ser atribuído pelo juiz na ação indenizatória movida por aquele contra seu advogado, em razão do dano relativo à perda da chance de vitória judicial, será de cinco mil reais (R\$ 10.000,00 x 50%). De acordo com o autor, mesmo raciocínio deve ser aplicado para outras alíquotas, desde que sejam maiores ou iguais a cinquenta por cento.

Todavia, tomando-se o caso hipotético utilizado anteriormente, há casos em que a ação originária poderia não versar sobre questões que estivessem diretamente relacionadas a um cunho patrimonial, dificultando, dessa forma, a realização do cálculo da indenização relativa à perda de uma chance. Em tais situações o doutrinador Sérgio Saviflexibiliza seu entendimento de que o dano sofrido tem natureza eminentemente material, mas sim o considera como de uma natureza intermediária, ou seja, como sendo um “agregador do dano moral sofrido” (SAVI, 2007).

Portanto, imagine-se uma ação judicial envolvendo parentes que discutam quem ficará com a guarda de um menor. Neste caso, à parte sucumbente em primeira instância, e que teve a perda da chance de obter reforma da decisão em razão da negligência de seu advogado, não poderá requerer em ação indenizatória que o causídico pague um determinado valor sobre a quantia pleiteada no processo originário, justamente pelo fato de aquele não envolver questões econômicas.

Neste caso, o juiz que está a apreciar a ação movida pelo sucumbente, e que tem como pedido a indenização pela perda da oportunidade de obtenção da guarda do menor em razão impossibilidade da reforma judicial da ação originária, poderá utilizar o valor obtido através da análise das probabilidades formadoras da chance de sucesso, para servir como um agregador do valor a ser atribuído, por equidade, a título de danos morais, ou seja, por poder ser considerada bastante reprovável a conduta do advogado negligente no caso em comento, ele deverá arcar com um valor maior a título indenizatório em favor de seu cliente.

Tomando-se por base as explicações elaboradas por Savi sobre o tema, importante se mostra ressaltar que outros doutrinadores de grande importância nacional na seara do direito civil também dedicaram parte de seus estudos para a exploração do tema relativo ao instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, consoante será adiante demonstrado.

O autor Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2008), em importante obra dedicada ao tema da responsabilidade civil, “Programa de Responsabilidade Civil”, dedica poucas páginas à discussão do instituto da perda de uma chance, alocando o tema no tópico relativo à responsabilidade profissional dos médicos, mas sem deixar de entender a possibilidade da extensão de seus conceitos a outros casos.

O citado autor, assim como Sérgio Savi, posiciona-se no sentido de que as chances perdidas, representam um dano diverso e autônomo com relação à perda da própria vantagem esperada, e para que possam ser indenizadas, necessitam ser encaradas com algo diverso de simples esperanças aleatórias; mas sim, devem representar uma probabilidade séria e real de ocorrência em, pelo menos, cinquenta por cento.

A grande novidade trazida pelo doutrinador em comento, diz respeito à sua compreensão acerca da natureza jurídica do dano representado pelas chances perdidas. Para Sérgio Cavalieri Filho, o citado dano enquadra-se na modalidade de dano moral, devendo, como tal, o seu valor indenizatório correspondente ser arbitrado pelo magistrado no momento da prolação de sua decisão. Isso se observa o seguinte excerto da obra comentada:

(...) Pela perda de uma chance os Tribunais têm concedido indenização a título de dano moral, em valor mitigado, pois a chance de sucesso, repita-se, terá sempre valor menor que o próprio sucesso, o que deve refletir no montante da reparação. Também aqui, a indenização deverá ser arbitrada pelo juiz de forma equitativa, atentando para o princípio da razoabilidade (FILHO, 2008, pag. 380).

Deve ser destacado que a visão do referido autor acerca da natureza moral do dano atinente às chances perdidas encontra apoio em parte da jurisprudência, conforme se demonstra na ementa do acórdão abaixo colacionado.

APELAÇÃO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE DESÍDIA EM SERVIÇOS DE ADVOGADOS QUE NÃO INTERPUSERAM O RECURSO CABÍVEL EM OUTRA DEMANDA. LEGITIMIDADE DO ADVOGADO SUBSTABELECIDO. REVELIA QUE TRAZ A REBOQUE A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL QUE NÃO SÃO NEGADOS PELOS APELANTES E SIMULTANEAMENTE APELADOS. DANOS MATERIAIS QUE NÃO SÃO INDENIZÁVEIS POR FALTA DE NEXO CAUSAL. DANOS MORAIS QUE SE RECONHECE DEVIDOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, QUE NÃO SE CONFUNDE COM INDENIZAÇÃO POR DANO EVENTUAL OU HIPOTÉTICO. INDENIZAÇÃO QUE NÃO SE CALCULA SOBRE O VALOR DO BENEFÍCIO ESPERADO, MAS COM BASE NA CHANCE EM SI QUE FORA DESPERDIÇADA. VERBA ARBITRADA ATENDENDO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n°. 2008.001.03832, Des. Rel. Myriam Medeiros, RJ, 01/04/2008)

Assim sendo, pode se concluir que, além da variada divergência existente entre os doutrinadores, a falta de sistematização do instituto em comento tende a gerar certa insegurança jurídica àqueles que pretendem se utilizar dele em juízo, na medida em que tendem a desconhecer a opinião dos julgadores sobre o assunto. Assim sendo, nota-se que poderá ser determinante para o sucesso da demanda a ser proposta a definição da natureza jurídica atribuída pelo magistrado ao dano das chances perdidas.

Já Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2008a), após fazer em seu livro “Responsabilidade Civil” uma vasta e aprofundada análise acerca dos aspectos gerais que envolvem a responsabilização civil do profissional do direito, dedica poucos parágrafos de sua obra a explorar o aspecto atinente à responsabilização do advogado pelas chances perdidas por seu cliente de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo em razão de uma omissão sua.

Contudo, o autor, apoiando-se no entendimento consubstanciado por outros doutrinadores, forma sua opinião no sentido de que as chances, para que possam ser indenizadas, necessitam conter os atributos da seriedade e realidade, ou seja, precisa haver a demonstração e comprovação, por parte do prejudicado ao intentar a respectiva ação indenizatória, que, caso o causídico não tivesse agido com negligência, o resultado por ele esperado teria boas probabilidades de serem alcançadas. Além disso, o aludido autor se

posiciona no sentido de que o dano correspondente pela perda de uma chance deve ser encarado como sendo um dano autônomo e diverso daquele representado pela perda da vantagem esperada pela cliente, devendo, por isso, a indenização de tal dano ser quantificada em um valor menor do que o aporte que seria recebido pelo prejudicado, caso o dano consistente na perda da chance não tivesse sobrevivendo.

Entretanto, dentre os doutrinadores civilistas clássicos, merece maior destaque, pela maior atenção que deu ao instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2008), que em seu manual de direito civil dedica considerável estudo sobre o tema.

Para o referido autor, o termo “chance”, de origem francesa, seria melhor substituída em nosso ordenamento pátrio pelas expressões “oportunidade” ou “expectativa”, para representar a modalidade de dano relativo à perda da possibilidade de obtenção de um lucro em razão da conduta lesiva de outrem.

Venosa, em sua obra, optou por tratar do tema relativo a esta modalidade de dano no mesmo ponto em que tratou do conceito de “dano emergente” e “lucros cessantes”. Assim, observa-se que o citado doutrinador formou seu entendimento no sentido de que o dano advindo da perda de uma chance não se enquadra dentro da rubrica dos danos materiais.

Não obstante o fato acima descrito, compreende-se, da atenta leitura da obra do autor em comento, que este acredita que o dano representado pelas chances perdidas forma uma terceira espécie de dano material, não se enquadrando no conceito de danos emergentes, nem, tão pouco, no de lucros cessantes, uma vez que admite que a indenização a ser concedida ao prejudicado jamais representará o valor total correspondente à vantagem perdida por aquele, mas apenas uma porcentagem em razão das probabilidades de êxito em sua pretensão, caso o evento danoso não sobreviesse.

Além disso, Venosa, claramente inspirado por Sérgio Savi, posiciona-se no sentido de que as chances, para que possam ser indenizadas, necessitam ser consideradas como sendo sérias e reais, ou seja, não devem pautar-se em meras esperanças sem fundamento probabilísticos. Isso se observa no seguinte excerto de seu livro:

(...) Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A “chance” deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, *um prognóstico de certeza*, segundo avaliamos (VENOSA, 2008, pag. 292).

Para exemplificar seu posicionamento, o autor cita vários exemplos, dentre eles, um caso envolvendo a atuação de um advogado negligente que perde o prazo recursal para impugnar a decisão desfavorável a seu cliente, senão vejamos:

(...) podemos colocar a hipótese de um advogado que perde o prazo para interpor recurso (...). Nada aponta que o cliente teria absoluto sucesso, mas há efetiva perda de chance por parte do cliente, que se traduz na impossibilidade de revisão da decisão judicial por outro grau de jurisdição. Nesses aspectos, estaremos avaliando a perda da chance. Como anotamos, a certeza do dano, em se tratando de avaliação futura, guarda certa relatividade, mas não pode ser meramente hipotética (VENOSA, 2008, pag. 292).

Continuando nossa exposição acerca do posicionamento adotado por alguns dos principais doutrinadores civilistas pátrios acerca do tema objeto deste trabalho, a seguir, interessante se faz citar o entendimento elaborado por José Aguiar Dias (DIAS, 1995) sobre o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance. O referido autor traz relampejos de admissão da teoria acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Em uma passagem importante de seu livro, inclusive utilizada como referência por muitos escritores que se aventuraram a escrever sobre o tema relativo ao dano advindo das chances perdidas, acaba por citar e criticar amplamente um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual o desembargador da causa não reconheceu a possibilidade de o advogado negligente indenizar seu cliente em razão da perda do prazo recursal, ante o fato de que caberia a este último demonstrar que, caso fosse tempestivamente interposto o referido recurso, seria dado a ele total provimento.

Aguiar Dias reconhece a necessidade de imputar a responsabilização civil pelo ato antijurídico do advogado no caso em que analisou. Contudo, por inconscientemente formar uma ideia de que o dano em questão seria pertencente ao grupo dos lucros cessantes, e em razão da dificuldade prática de se demonstrar a ocorrência do mesmo no caso concreto, o citado autor acaba por reconhecer que fatalmente a ação indenizatória a ser proposta pelo cliente, apesar de possível, fatalmente seria julgada improcedente.

Com a devida vênia, não nos parece ser o caso, pois, o autor não compreendeu a verdadeira natureza jurídica do dano representado pelas chances perdidas, acabando por classificá-la como sendo equivalente à modalidade dos lucros cessantes, enquanto que o correto seria enquadrá-la como sendo uma espécie de danos emergentes, o que tornaria mais facilitada a sua concepção de que o referido prejuízo poderia ser indenizado pelo advogado,

ante a sua natureza diversa do dano final pretendido no processo em que este atuara de forma negligente.

Assim, diante da grande importância que o autor representa para o tema relativo ao instituto da responsabilidade civil como um todo, bem como pela sua ousadia em reconhecer a existência da necessidade de se responsabilizar o advogado que atua de forma negligente e que, com isso, causa a frustração de seu cliente obter uma tutela jurisdicional que lhe seria mais favorável, convém citar o trecho de seu livro em que há a crítica a que nos referimos anteriormente:

(...) Se o advogado, porém, deixa de recorrer, não obstante os desejos do cliente, incorre em responsabilidade. Por que desobedecer-lhes às instruções, tanto mais que tem o direito, se com ela não se conforma, de renunciar ao mandato, desde que não faça intempestivamente? Por pensar assim é que não nos podemos conformar à opinião manifestada pelo Tribunal de São Paulo, ao decidir que a simples possibilidade de ser reformada uma decisão mediante interposição de recurso, não preparado no prazo pelo advogado, não autoriza a ação de reparação contra o profissional. Esse aresto (...) deixou de decretar uma responsabilidade que, de sua própria leitura, nos parece irrecusável, porque não há advogado digno desse título que não avalie a gravidade da falta de não preparar o recurso. Contudo – e é o que sucederá na maioria dos casos – o autor não fizera prova do prejuízo e, nessas condições, não obstante reconhecida a responsabilidade, não seria, realmente possível uma condenação (DIAS, 1995, pag. 296).

Por outro lado, dentre os doutrinadores civilistas brasileiros clássicos que reconhecem a viabilidade do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, encontra-se Caio Mário da Silva Pereira.

O citado autor, em obra dedicada exclusivamente ao tema da responsabilidade civil, acaba por reconhecer que à um indivíduo que teve tolhida a oportunidade de obter uma vantagem em razão da conduta lesiva de outrem, nascerá uma pretensão indenizatória, que somente poderá ser acolhida judicialmente se esta tiver baseada em chances sérias e reais. Tal fato pode ser constatado da leitura do trecho contido em sua obra, e que à seguir é reproduzido: “(...) é claro então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da ideia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano” (PEREIRA, 2002, pag. 42).

Já o doutrinador Serpa Lopes, por sua vez, também admite a possibilidade de se indenizar, como modalidade de dano autônomo, os prejuízos advindos da perda de uma chance. Para o autor, assim como se pronunciou Caio Mário, a responsabilização civil do

causídico, somente poderá ocorrer se as subtraídas oportunidades de lucros da vítima do dano eram consideradas consistentes, ou seja, desde que fossem mais do que simples esperança representantes de um dano hipotético, conforme se nota na seguinte transcrição:

(...) Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance (...). Tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das circunstâncias de que revista cada caso, e apurar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética (LOPES, 2000, pag. 391).

Além disso, convém expor o posicionamento dado pelos autores Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GALIANO; PAMPLONA FILHO, 2008) sobre a temática envolvendo a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Para os citados doutrinadores, a modalidade de dano relativa às chances perdidas acontece, principalmente, naqueles casos envolvendo a atuação omissiva de advogados que ao deixar de exercer negligentemente a sua função, causa um prejuízo ao seu cliente relativo ao perecimento de sua pretensão judicial, devendo tal dano, que é diverso da perda da pretensão em si, somente ser indenizado ante a sua certeza e a comprovação de seu nexos de causalidade.

Por fim, encerrando essa exposição sobre tais posicionamentos, cabe concluir que muitos outros autores, além dos já aqui citados, também destacaram em suas obras, ainda que em poucas páginas e de forma superficial, sobre a temática relativa à responsabilidade civil pela perda de uma chance, alocando tais considerações, geralmente, no tópico acerca da responsabilidade dos profissionais da advocacia, justamente por ser nesta seara a sua maior incidência.

Assim, em razão de tempo, e também por não pretender esgotar este tema, que ainda trilha o seu caminho para firmar suas corretas bases em nosso ordenamento pátrio, este trabalho deixará de elaborar outros comentários às obras de outros doutrinadores sobre o objeto deste trabalho, passando-se, a seguir, à particular exposição da opinião do autor deste TCC com relação ao seu assunto principal.

5.3 NOVA PROPOSTA À TEORIA EM COMENTO.

No presente subtópico deste trabalho será exposta a opinião do escritor deste TCC com relação teoria da perda de uma chance, fazendo, sempre que necessário, a contraposição com relação a leitura clássica esposada pelos principais autores sobre o mesmo tema.

Conforme visto no subcapítulo anterior deste trabalho, boa parte dos mais tradicionais doutrinadores civilistas brasileiros reconhece o dano referente às chances perdidas como tendo um caráter autônomo com relação à perda da vantagem esperada, cuja oportunidade de ser alcançada viu-se frustrada em razão da conduta lesiva de outrem.

Muito se discutiu, também, sobre qual seria a natureza jurídica do dano representado pela perda da oportunidade de se obter um lucro ou evitar um prejuízo. Alguns doutrinadores o classificaram como sendo uma modalidade de dano moral; outros, ainda, identificam-no como um dano material pertencente à classe dos lucros cessantes, enquanto um terceiro grupo de escritores, composto pela maioria deles, entende tratar-se de um dano material relacionado à classe dos danos emergentes.

Além disso, constou-se, como sendo um consenso entre os doutrinadores que se adotaram o desafio de escrever sobre o tema aqui tratado, o fato de que as chances perdidas pelo ofendido, para que possam ser passíveis de indenização, precisam representar muito mais do que simples esperanças hipotéticas e subjetivas, mas, ao contrário, devem conter as características da "realidade" e da "seriedade", sendo esta última, equivalente a, pelo menos, 50% de possibilidade das chances se concretizarem.

Justamente com relação a este último ponto é que se encontra a nossa crítica sobre os atuais moldes em que se tem aceito a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que não nos parece a melhor forma de concebê-la, vez que teria o condão de causar grandes injustiças e, com isso, não alcançar o fim primordial do instituto, o estabelecimento da pacificação social.

Os doutrinadores brasileiros que se dedicaram a escrever sobre o tema da perda de uma chance, apresentaram a tendência de reproduzirem os ensinamentos originados no sistema jurídico civil italiano, no qual, pela primeira vez, construiu-se a ideia de que as chances perdidas, para que pudessem ser indenizadas, deveriam ser consideradas sérias e reais.

Sérgio Savi, após elaborar aprofundado estudo sobre o instituto jurídico em comento, revelou ser um grande adepto da ideia de que, caso as chances perdidas não contivessem em si grandes probabilidades de serem alcançadas, equivalentes a pelo menos cinquenta por cento, estas não deveriam ser consideradas sérias e, portanto, impassíveis de serem indenizadas. Assim, imagine-se o caso hipotético envolvendo um advogado que, por não prestar atenção no prazo contido na lei, faz com que a decisão judicial proferida em primeira instância e desfavorável a seu cliente, seja alcançada pelos efeitos da coisa julgada, uma vez que o idôneo recurso não fora interposto.

De acordo com os atuais moldes com que se tem concebido a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o cliente do caso supra descrito, caso venha a propor uma ação judicial indenizatória contra seu advogado, deverá pleitear que este o indenize pela perda da oportunidade de ver a sua pretensão ser analisada pelo Poder Judiciário, bem como, para que a segunda ação venha a ser julgada procedente, ele deverá produzir prova no sentido de que, caso o evento danoso implementado por seu advogado não tivesse ocorrido, a primeira ação teria, em termos probabilísticos, um importe de, no mínimo, 50% de êxito ante a tendência jurisprudencial do Tribunal de Justiça sobre o assunto tratado naquele mesmo processo em que sucumbiu. Tal situação pode ser verificada no acórdão abaixo colacionado.

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ADVOGADO - PERDA DE PRAZO - INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO - DANOS MATERIAIS - PERDA DE UMA CHANCE - ANÁLISE DA EFETIVA CHANCE DESUCESSO.

- É cediço que a obrigação do advogado, como profissional liberal, é uma obrigação de meios, não podendo haver uma garantia de que a causa do cliente efetivamente será ganha. O que o advogado pode garantir é uma efetiva prestação de serviços de forma zelosa e técnica, de forma a buscar os direitos do seu constituinte.

- Verificada a desídia ou a má aplicação da técnica pelo advogado, impõe-se a condenação deste a indenizar a parte pelos gastos que sofreu em virtude das demandas propostas.

- Para a aplicação da teoria da perda de uma chance, é necessária uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a interposição de apelação, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. Recurso Não Provido. (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação nº. 1.0699.09.095327-3/001, Des. Rel. Nilo Lacerda, MG, 31/10/2012).

Portanto, de acordo com este raciocínio, ainda que o cliente, em sua ação indenizatória contra seu representante judicial venha a demonstrar que as probabilidades de a decisão desfavorável a ele, e que se tornou definitiva em razão da negligência daquele, teria cerca de dez por cento de chances de ser reformada, a mesma ação deveria ser julgada improcedente, por faltar à chance perdida o atributo da seriedade.

Em nosso entender, com a máxima vênia aos consagrados autores que pensam de maneira diferente, tal decisão, que eventualmente viesse a julgar a segunda ação indenizatória improcedente por faltar às chances perdidas a qualidade da seriedade, mostrar-se-á absurda e contrária os próprios fins buscados pelo próprio instituto, uma vez que, além de não decretar a responsabilização civil do autor do dano, negará àquele que foi vítima da negligência do causídico o direito de ser indenizado pelo prejuízo experimentado.

Tal posicionamento, por nós defendido neste trabalho, conforme supra exposto, se justifica em razão do fato de que não caberia ao juiz, uma vez constatado a ocorrência do dano atinente às chances frustradas, negar o direito do prejudicado em ser indenizado, por acreditar que, pela baixa probabilidade de vitória no recurso, caso este fosse tempestivamente interposto, o dano experimentado pelo cliente na ação judicial não era expressivo o suficiente para receber a tutela do Estado. A decisão judicial, que nega o direito a indenização em razão de não reconhecer a seriedade do dano representado pelas chances perdidas, em nosso entender, posiciona-se de forma contrária ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Essa afirmação se justifica na medida em que este princípio não representa apenas o direito da pessoa em propor uma determinada ação perante o Poder Judiciário (direito de petição), mas sim a possibilidade de se obter o reconhecimento de sua pretensão resistida, quando presentes todos os requisitos para tanto, que no caso de uma ação indenizatória é a prova da ocorrência dos elementos constitutivos do instituto da responsabilidade civil (conduta lesiva, dano, nexo de causalidade e culpa).

Neste sentido, imagine-se uma ação judicial proposta por um credor, na qual viesse a cobrar de um conhecido que lhe tomou dinheiro emprestado a quantia de cinco reais. Neste caso, o juiz da causa, uma vez demonstrado pelo autor que a prestação realmente é devida pelo demandado, não poderá julgar improcedente a sua demanda pelo só fato de o bem da vida pleiteado ser de irrisório valor, uma vez que não lhe compete fazer tal juízo.

De modo analógico, e em nosso entender, quando se propõe uma ação pleiteando-se uma indenização pela perda de uma chance, não cabe ao magistrado, uma vez verificado a ocorrência deste dano específico, negar o direito do autor em ser indenizado por considerar que as chances perdidas eram menores, em termos de probabilidade, do que a cinquenta por cento, conforme valor estipulado pela doutrina.

Importante se faz ressaltar, contudo, que este posicionamento visa apenas a contrapor-se àquele estabelecido pela doutrina majoritária de que as chances perdidas, para que sejam passíveis de serem indenizadas, devem ser consideradas sérias. No que diz respeito a necessidade da presença do atributo da realidade deste dano específico, convém explicitar que nosso posicionamento se mostra alinhado à aquele esposado pelos demais autores. Assim, não será possível de se indenizar aquelas hipóteses em que o evento frustrado, no qual se recai a pretensão indenizatória pela perda de uma chance, mostra-se fundado em esperanças subjetivas ou hipotéticas, justamente por inexistir no caso a presença do elemento “chance perdida”.

Por fim, importante se faz ressaltar nessa rápida crítica por nós feita à clássica teoria da perda de uma chance, que nos alinhamos também ao posicionamento esposado por Sérgio Savi em sua obra no que se refere à natureza jurídica do dano atinente às chances perdidas. Para este autor, o dano representado pela perda da oportunidade de se obter a apreciação judicial de uma demanda em razão da má atuação do advogado, representa uma espécie de dano emergente.

Em nosso entender, não é possível de se conceber as chances perdidas como sendo uma modalidade de lucros cessantes, justamente por ser impossível de se prever, ante a natureza aleatória dos eventos envolvidos no caso, que o resultado almejado por aquele que sofreu o dano seria de fato alcançado, caso a conduta lesiva implementada pelo causídico não lhe tivesse frustrado tal possibilidade.

Por outro lado, o dano representado pelas chances perdidas não pode ser classificado como sendo uma espécie de dano moral, justamente pelo seu claro caráter material; podendo servir, todavia, naqueles casos em que o objetivo frustrado não versar sobre questões patrimoniais (vide exemplo citado neste capítulo, em que o pai que busca obter a guarda judicial de sua filha, acaba por perdê-la em razão da conduta negligente de seu advogado), como um agregador do valor indenizatório a ser concedido a título de danos morais.

Dessa maneira, portanto, a melhor classificação que se poderá atribuir à natureza do dano relativo às chances perdidas será o de danos emergentes, pois além de seu caráter material, o dano mostra-se autônomo e quantificável muito antes da ocorrência do ato lesivo que o gerou.

6. UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE.

Conforme visto no capítulo anterior deste trabalho, o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem apresentando uma tendência, pelo menos no campo da doutrina, de serem consideradas como sendo indenizáveis somente aquelas chances que apresentam simultaneamente os atributos da “realidade” e da “seriedade”.

Os referidos qualificadores das chances indenizáveis devem ser compreendidos como sendo aqueles que as diferenciam de meras esperanças subjetivas pela parte lesada em obter o resultado final frustrado devido à conduta antijurídica de outrem; bem como pelo fato de que elas (chances), apesar de não se confundirem com uma realidade hipotética, apresentam em si um valor probabilístico significativo quanto à possibilidade de alcance do referido resultado almejado pela parte lesada.

Na ocasião em que foram feitas as exposições dos posicionamentos de alguns dos mais importantes doutrinadores civilistas pátrios acerca do tema em comento, foi apresentada, por parte do autor deste trabalho, uma crítica à clara tendência que se vinha amoldando no campo doutrinário de se conceber como indenizáveis somente as chances consideradas sérias e reais; bem como quanto às diversas formas que alguns enquadravam o dano das chances perdidas quanto à sua natureza jurídica.

Para nós, de forma bastante sintética, o único requisito para que as chances frustradas possam ser indenizadas é a presença do atributo da realidade, ou seja, elas deverão representar muito mais do que uma simples hipótese de ocorrência, mas deverão estar acompanhadas de indícios claros quanto à existência de probabilidade.

Além disso, nos posicionamos de maneira alinhada aos ensinamentos de Sérgio Savi quanto à forma de se classificar o dano representado pelas chances perdidas quanto à sua natureza jurídica, conforme já salientado anteriormente neste trabalho, pois concebemos este tipo de dano como sendo uma espécie de dano material, pertencente à categoria dos danos emergentes, uma vez que sua existência mostra-se autônoma e verificável de forma independente ao resultado final esperado pela parte lesada, sendo que, em algumas ocasiões em que o resultado final pretendido tiver natureza não patrimonial, a verificação da perda de uma chance poderá servir como um agregador da indenização por danos morais a ser fixada em favor daquela última.

Neste capítulo, porém, será apresentado o posicionamento adotado por nossos tribunais quanto à aplicabilidade do instituto em comento, no que se concerne à responsabilização civil do advogado, fazendo-se, sempre que necessário, as críticas pertinentes à forma como os nossos magistrados têm lidado com a matéria nos casos em comento, tomando-se sempre por base o nosso entendimento quanto à correta maneira de se conceber a aplicação do instituto, conforme abordado no capítulo anterior deste trabalho, e sucintamente citado nos parágrafos supra deste último.

Cabe ressaltar que, desde a década de 1990, a aceitação de nossos tribunais quanto à possibilidade de se conceber como sendo indenizável o dano representado pelas chances perdidas vem crescendo de forma progressiva, sendo que, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresenta, na atualidade, significativos julgados em que se aplica o instituto em comento.

Tal situação, consoante supra narrada, explica-se devido à grande influência que as doutrinas italiana e francesa tiveram sobre os estudiosos pátrios, fazendo com que crescesse o número de publicações abordando este tema tão intrigante que é a perda de uma chance. Sensíveis a esta tendência, os advogados mais estudados passaram a apresentar em suas petições iniciais pedidos relativos à indenização de um dano diverso daqueles habitualmente pleiteados nos tribunais, e que consistiam na pretensão de seus clientes em receberem indenização relativa aos prejuízos advindos da conduta implementada por outrem, e que, por sua característica lesiva, foi capaz de impedir-lhe, de forma definitiva, o alcance de um resultado almejado e que, em razão de sua natureza aleatória, não poderá se averiguar quanto à sua real ocorrência.

Diante deste fato, os magistrados, de início, seja por desconhecimento da novel teoria, ou mesmo por uma questão de opinião ou falta de sistematização da matéria, deixavam de reconhecer a possibilidade jurídica do pedido formulado por tais advogados, declarando que este se fundava na pretensão indenizatória de um dano incerto e que, portanto, era impossível de ser acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio (SAVI, 2007).

Contudo, com o passar do tempo, bem como em razão do aprimoramento de nossos magistrados, a teoria da perda de uma chance passou, conforme dito anteriormente, a ser cada vez mais aceita por nossos Tribunais, chegando aos atuais moldes de aplicabilidade que passaremos a analisar adiante, cabendo ressaltar, contudo, que, assim como ocorre na

doutrina, não há na jurisprudência um posicionamento pacífico quanto à natureza do dano representado pelas chances perdidas, bem como a necessidade de averiguação de seus requisitos para a concessão da indenização em favor daquele que a pleiteia.

Assim, para a elaboração deste capítulo, diante da grande quantidade de julgados atualmente disponíveis para análise, optamos por selecionar cinco dentre aqueles que reputamos mais interessantes e, sobre eles, fazer a exposição do caso e elaborarmos nossa crítica acerca do posicionamento dado por nossos magistrados acerca da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Os dois primeiros julgados a serem analisados pertencem ao STJ, e são utilizados como paradigmas por muitos tribunais inferiores para decidirem as demandas que versam sobre o aludido tema. Os últimos, por suas vezes, foram colhidos dentre o vasto depósito jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Dessa maneira, sem mais delongas, cabe expor e analisarmos os julgados selecionados, começando pelo colhido no Superior Tribunal de Justiça, conforme anteriormente explicado neste capítulo.

6.1 “CASO DA AÇÃO RESCISÓRIA”.

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. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Agravo de Instrumento nº 932.446 – RS (2007/0167882-9), Min. Relatora Nancy Andrighi, Brasília, 06/12/2007).

O colacionado julgado tem como matéria de fundo, a discussão acerca da ocorrência, ou não, do dever de indenizar do advogado, com base no instituto da responsabilidade civil

pela perda de uma chance, o cliente que o contratou para obter uma determinada tutela judicial, e se viu frustrado em razão da não interposição da ação rescisória pertinente para o alcance de tal fim, e cuja matéria já teria sido, anteriormente, objeto de análise pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o acolhimento por este mesmo tribunal.

Na referida ação, o cliente alega que seu advogado, ora agravado, deixou de interpor o idôneo recurso de apelação contra uma decisão que lhe era desfavorável, fazendo como que esta transitasse em julgado retirando-lhe, com isso, as chances de obter o acolhimento de seu pleito em segunda instância.

O agravado, por sua vez, apresenta defesa alegando a inexistência do elemento culpa de sua parte pelos prejuízos experimentados pelo autor, uma vez que agiu de forma diligente ao lhe questionar, no prazo correto da lei, sobre a hipótese da propositura de uma ação rescisória contra a decisão contrária às pretensões daquele, sendo que o mesmo cliente preferiu não aceitar a sugestão de seu mandatário, fazendo com que se tornasse definitiva a primeira decisão em razão do transcurso do prazo da ação rescisória, que, conforme dito, a matéria já tinha sido anteriormente acolhida pelo competente Tribunal de Justiça.

A ilustre Ministra, durante o seu voto, mostrou bastante lucidez ao concluir pela inexistência de responsabilidade civil dos advogados no caso em comento, reportando ao autor o dever de arcar com os prejuízos por ele suportados.

Para fundamentar sua decisão, Nancy Andrichi analisa todos os pontos que poderiam influir no dever de indenizar do advogado, sobretudo nos elementos constitutivos da responsabilidade civil, e observa que nem sempre cabe ao advogado o dever de recorrer de uma decisão que lhe é desfavorável, sobretudo naqueles casos em que reporta de ser de ínfima possibilidade a reforma da decisão impugnada, não havendo qualquer negligência de sua parte no caso em comento que justificasse o dever de indenizar o cliente por seu infortúnio. Ao contrário, a ministra conclui que o agravado tomou todas as medidas necessárias para zelar pelo melhor interesse de seu constituinte, fornecendo a este a possibilidade de devolver ao tribunal a análise da questão em que restou sucumbido em primeira instância através do manejo da ação rescisória. Contudo, o agravante, por motivos desconhecidos, negou o conselho de seu advogado quanto à propositura da competente ação rescisória, fazendo com que a decisão se tornasse definitiva em seu desfavor.

Todavia, apesar de tantas interessantes questões de fato e de direito que circundam a matéria em análise no julgado, a parte mais importante deste diz respeito à percepção da julgadora acerca da inexistência de chances perdidas no caso em comento, uma vez que, com a estranha conduta do agravante em se negar à propositura da ação rescisória, não lhes foram retiradas as possibilidades de obtenção de uma decisão mais favorável, seja porque a matéria já se encontrava pacificada no Tribunal que julgaria aquela ação, ou pelo fato de ter sido o próprio cliente causador de seu dano.

Portanto, observa-se que, não só inexistente o dever de indenizar do advogado, no caso em comento, pelo fato de estar desconfigurada a presença de sua culpa pelo resultado desfavorável ao seu cliente, mas também por inexistir a presença do dano afirmado por este, uma vez que não existiram chances perdidas, mas sim a perda de um resultado certo e que não se alcançou por causa do próprio prejudicado.

6.2 “CASO DO JULGAMENTO EXTRA PETITA”.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a

contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela

admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petitase* o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.190.180-RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Brasília, 16/11/2010).

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça analisa recurso especial interposto pelo advogado contra seu cliente, o qual se pleiteia a declaração da nulidade da decisão proferida no juízo "a quo", e que determinou que aquele pagasse, em favor deste último, um valor indenizatório, a título de danos morais, pelas chances por ele perdidas de ter sua pretensão acolhida pelo poder judiciário em razão da negligência do causídico em perder o prazo para apresentar sua contestação, bem como para tomar as demais providências procedimentais para buscar valer o melhor interesse do mandante, fazendo com que este viesse a sofrer, em valor considerável, a execução judicial de seu patrimônio.

O julgado colacionado mostra-se de grande relevância para a discussão de alguns assuntos acerca do instituto da responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance, uma vez que traz à baila questões envolvendo, por exemplo, o posicionamento de nossa corte federal sobre a natureza jurídica desta modalidade de dano; o critério para se aferir se este será considerado indenizável; bem como os limites processuais a que estão obrigados os julgadores ao se depararem com uma questão envolvendo a confusão do autor ao elaborar erroneamente a sua causa de pedir da ação.

Como é possível de ser observado da simples leitura da ementa acima exposta, o ilustre Ministro relator entende que, para que possam ser consideradas indenizáveis, as chances perdidas precisam apresentar, simultaneamente, os atributos da seriedade e realidade de forma que, caso o autor da demanda não as suficientemente demonstre com a elaboração de sua petição inicial, sua pretensão deverá ser julgada improcedente.

Tal questão já foi por nós debatida em momento anterior deste trabalho, onde expusemos nossa opinião sobre as injustiças de tal entendimento, uma vez que bastaria a demonstração da existência das chances frustradas para o acolhimento da pretensão indenizatória do autor, uma vez que não caberia, em nosso entender, ao Poder Judiciário fazer o juízo de valor sobre quais demandas dará seu provimento, uma vez demonstrada a ocorrência do ilícito e do dano, ainda que este seja diminuto.

Porém, a grande questão trazida pelo julgado em comento, e que por isso mereceu a sua citação neste trabalho, diz respeito ao posicionamento jurisprudencial acerca da conduta de alguns juízes que, apesar de explicitamente vedados por lei, acabam por proferirem decisões *extra petitas* quando, ao analisarem a pretensão da parte lesada, compreendem que aquela deveria recair sua causa de pedir sobre o dano advindo da perda da oportunidade de alcançar um determinado resultado, e não a perda do resultado em si. Nestes casos, alguns magistrados, ignorando completamente o pedido feito na petição inicial, adotam a postura de interpretar a pretensão do requerente como se tivesse sido fundada da maneira correta para os fins por ele almejados, ou seja, a obtenção de uma indenização pelo mal efetivamente sofrido (perda de uma chance).

No vertente caso, conforme já anunciado anteriormente, o recorrido ajuizou ação condenatória contra seu advogado por ter este perdido o prazo para contestar, bem como para tomar outras providências no processo, fazendo com que aquele restasse derrotado na ação por outrem proposta.

Indignado com a decisão proferida em primeira instância, o advogado apelou contra aquela, que havia determinado o dever deste em indenizar, em substancial quantia, o cliente prejudicado em razão da reconhecida conduta negligente de sua parte na condução da causa confiada por este.

Em segunda instância, foi proferido um acórdão no sentido de dar parcial provimento à pretensão recursal do advogado, determinando-se a redução do valor indenizatório inicialmente atribuído pelo magistrado de primeiro grau em favor do cliente prejudicado. Além disso, quando do julgamento do recurso de apelação, o desembargador relator acabou por desclassificar a pretensão do apelado de dano material, para dano moral consistente na perda de uma chance, utilizando-se para a determinação do quantum indenizatório a ferramenta da equidade.

Nota-se, até este ponto, que havia dois equívocos na decisão de segunda instância, quais sejam: ter proferido decisão patentemente diversa do pedido formulado pela parte em sua ação; bem como a declaração de que o dano consistente na perda de uma chance tem natureza de dano puramente moral.

O primeiro vício será melhor abordado adiante, conforme o desenvolver da análise deste julgado. Já o segundo, por sua vez, merece rápido comentário neste momento, uma vez

que, conforme já foi consignado neste trabalho, as chances perdidas não podem ter natureza pura de dano moral, podendo apenas servir como um agregador do valor a ser atribuído em razão deste.

De acordo com os ensinamentos de Sérgio Savi, as chances perdidas devem ser classificadas como uma espécie de dano patrimonial contida na rubrica dos danos emergentes, uma vez que o seu valor poder ser previamente estipulado, antes mesmo da ocorrência do evento danoso, pois tem a característica de ser autônomo com relação ao dano final, representado pela perda da vantagem esperada (SAVI, 2007).

Dessa maneira, não encontra razão o posicionamento adotado pelo julgador para considerar como sendo uma modalidade de dano moral, o prejuízo sofrido pelo cliente e que consistiu na perda da chance de obter um provimento judicial favorável à sua pretensão.

Agora, no que se refere ao erro de julgamento relativo ao proferimento de decisão extra petita pelo órgão julgador de segunda instância, há que se ressaltar a conclusão tida pelo Ministro no julgamento do presente recurso especial, uma vez que demonstrou, de forma clara, a confusão feita por aquele ao elaborar seu acórdão.

O apelado (cliente prejudicado), ao propor a ação indenizatória contra seu advogado, pleiteava a condenação deste a indenizar-lhe pelos danos materiais advindos à sua pessoa, em razão de sua conduta desidiosa na condução do processo em que figurava como seu representante. Tal indenização versava sobre a totalidade do valor desembolsado pelo cliente naquela ação em que restou sucumbente, e não sobre a perda da oportunidade de evitar o referido prejuízo.

Portanto, observa-se que o julgador de segunda instância, ao proferir sua decisão no sentido de conceder ao cliente a indenização pelas chances perdidas, nada mais fez do que destorcer o pedido feito por aquele em sua petição inicial, vez que aquela apresentava pedido e causa de pedir diversos daqueles acolhidos pelo órgão julgador da apelação, fazendo com que seu acórdão fosse maculado por um vício capaz de gerar a nulidade de sua decisão.

Esta situação deve ser observada com atenção por nossos tribunais, uma vez que, acreditando estarem decidindo dentro dos parâmetros legais, e em razão do princípio do livre convencimento motivado, alguns julgadores acabam por destorcer a pretensão formulada pelas partes, uma vez que, de acordo com os primados da teoria da responsabilidade civil pela

perda de uma chance, o dano relativo à perda da oportunidade de obter um determinado resultado é diverso do dano referente à perda do próprio resultado pretendido.

Assim, o julgador deveria ter julgado improcedente a pretensão do cliente, uma vez que este pleiteava a indenização pelos seus prejuízos, como se lucros cessantes fossem, e não como um dano relativo à perda de uma chance.

Por fim, uma última observação deve ser feita sobre o julgado em comento, vez que o ilustre ministro classificou, em sua fundamentação, o dano relativo à perda de uma chance como tendo natureza jurídica de dano material, porém diversa dos lucros cessantes e dos danos emergentes.

O aludido julgador mostrou ser adepto à teoria esposada pelo doutrinador Rafael Peteffi quando determinou que o dano representado pela perda de uma chance, apesar de sua natureza material, contém classificação diversa das clássicas subespécies dessa modalidade de dano (lucro cessante e dano emergente), concebendo como se este representasse fosse de uma classe *sui generis* (SILVA, 2007). Sobre tal questão nós já apresentamos nossa crítica anteriormente, fazendo-se desnecessária a repetição.

6.3 “CASO DO RECURSO DESERTO”.

ACÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO SEM O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS - RECURSO JULGADO DESERTO - ERRO DO ADVOGADO RECONHECIDO - INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DE DANO PROVÁVEL, ANTE IMPROBABILIDADE DE ÊXITO DA APELAÇÃO

Se a despeito de erro profissional do advogado, deduzindo apelação sem o devido preparo, se mostrava improvável o acolhimento do recurso pela instância revisora, inviável dele exigir indenização por perda de chance. (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº. 9155304-58.2008.8.26, Des. Rel. Andrade Neto, SP; 04/07/2012).

Este caso refere-se a uma ação ordinária proposta por uma cliente contra seu advogado, no qual se pleiteou a condenação deste último a indenizar-lhe os danos materiais e morais sofridos por ela em razão da negligência do mandatário ao não recolher o preparo para a interposição do recurso de apelação, contra sentença que lhe foi desfavorável em ação revisional de alimentos.

A apelante (ora lesada na ação de alimentos) teve sua pretensão indenizatória desacolhida em primeira instância, sendo a mesma decisão mantida em sede recursal, conforme se nota da leitura da ementa colacionada.

As duas instâncias que apreciaram a ação de indenização movida pela cliente contra seu advogado, concluíram ter existido patente negligência deste último na condução da causa por aquela confiada, mas, por acreditarem ser de pequena probabilidade a reforma da decisão desfavorável proferida contra a autora naquele processo, que versava sobre o pedido de revisão de alimentos, deixaram de conceder à lesada a indenização pela perda de uma chance.

Conforme dito anteriormente, o referido posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sua decisão mostra-se cada vez mais comum entre os julgadores, sendo, inclusive, este o entendimento chancelado pelo STJ. Todavia, apesar de ser o entendimento majoritário, inclusive no campo doutrinário, as decisões pautadas por ele tendem a gerar grandes injustiças no caso concreto, uma vez que os magistrados tem se incumbido de valorar em que medida um dano deve ou não ser indenizado em razão de suas proporções.

Tal entendimento mostra-se absurdo, uma vez que se constatou a existência de um dano, por menor que ele seja, a prestação jurisdicional deverá, necessariamente, convergir no sentido de repará-lo, não cabendo ao julgador decidir se este ou aquele prejuízo merece a chancela do Estado-juiz.

No caso acima ementado, tanto o juiz singular quanto o Tribunal de Justiça reconheceram a existência da conduta lesiva do advogado negligente que, com seu erro crasso, fez com que se frustrassem as chances de sua cliente em reverter a decisão que lhe era desfavorável. Os magistrados, inclusive, não descartaram a possibilidade de reforma de tal decisão, caso o evento danoso não tivesse ocorrido, mas apenas a reportaram de pequena monta.

Portanto, estando presentes os elementos constitutivos da responsabilidade civil no caso em comento, inclusive o nexo de causalidade da conduta antijurídica do advogado e o dano sofrido por sua cliente, representado pela perda da oportunidade de reverter a decisão contrária aos seus interesses, deveria, em nosso entendimento, a referida ação indenizatória ter sido julgada procedente, condenando o causídico a indenizar os prejuízos proporcionais ao tamanho das chances suprimidas pela autora, mas nunca igual a zero.

6.4 “CASO DA DISPENSA INJUSTIFICADA DE TESTEMUNHAS PELO ADVOGADO”.

PERDA DA CHANCE - INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE MANDATO JUDICIAL - RÉU QUE MANTEVE DA AUTORA O REAL ANDAMENTO DO PROCESSO, DISPENSOU A OITIVA DE TESTEMUNHAS ESSENCIAIS À COMPROVAÇÃO DO DIREITO DA AUTORA E NÃO INTERPÔS RECURSO - PROVA DOCUMENTAL QUE DEMONSTRA A DESÍDIA DO RÉU - DEVER DO PATRONO DE INDENIZAR A PERDA DA CHANCE DA AUTORA VALORADA DE ACORDO COM A VEROSSIMILHANÇA DA MATÉRIA LEVADA A JUÍZO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº. 3118-21.2007.8.26.0266, Des. Rel. Pedro Bocarar, SP, 28/06/2012)

Trata-se, dessa vez, de um julgado em que houve, em nosso entender, a correta aplicação da teoria da perda de uma chance pelo magistrado de segunda instância, seja por este último ter compreendido as especificidades que envolvem o tipo específico de dano atinente às chances perdidas, ou mesmo por ter avaliado, de forma correta, todas as questões fáticas que circundavam o caso.

O referido julgado, cuja ementa encontra-se supra colacionada, narra um caso em que um cliente, após perder uma ação trabalhista, propõe uma ação indenizatória contra seu advogado pela perda de uma chance, em razão de este ter indevidamente dispensado a oitiva das testemunhas por aquelas indicadas e, devido a isso, teve sua reclamação trabalhista julgada improcedente em razão de falta de provas.

O magistrado de primeira instância, ao analisar a demanda indenizatória, erroneamente concluiu pela inoccorrência de dano no caso concreto, ainda que a conduta do advogado pudesse em algum momento ser classificada como negligente; pois, em seu entender, ainda que, eventualmente, se as referidas testemunhas arroladas e dispensadas pelo advogado tivessem sido ouvidas, melhor sorte não guardaria ao reclamante em sua pretensão trabalhista, uma vez que o juiz da causa extinguiu a demanda por reconhecer a ocorrência da prescrição de seu direito.

Após apelar de tal decisão, o Tribunal de Justiça acabou por reformá-la sob o argumento de que o juízo “a quo” teria valorado mal a questão, uma vez que a sentença trabalhista reconheceu a prescrição apenas sobre parte dos pedidos formulados pelo reclamante, sendo que os demais foram julgados improcedentes em razão da falta de provas.

O grande mérito dessa decisão, porém, não reside no fato de magistrado do juízo “ad quem” ter percebido o equívoco da sentença de primeira instância, mas sim, por reconhecer na conduta negligente do advogado, a causa para os danos suportados por seu constituinte naquele processo trabalhista, sendo que estes estavam representados pela perda da oportunidade de obter uma decisão que lhe fosse mais favorável.

Portanto, o Tribunal reconheceu, após fazer uma detida análise das condições que envolviam a ação trabalhista, que, caso não tivessem sido indevidamente dispensadas as testemunhas indicadas pela reclamante ao seu advogado, a parte dos pedidos não alcançada pelos efeitos da prescrição, teria grandes probabilidades de serem reconhecidos naquele julgamento, fazendo-se necessário, portanto, a declaração judicial da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, bem como condenando este último a arcar com 50% do valor que seria obtido pelo requerente naquele processo, excluída a parte prescrita.

No que se refere ao quantum indenizatório concedido em favor do cliente prejudicado em razão das chances por ele perdidas, há que se comentar que o julgador mostrou-se bastante feliz no seu estabelecimento, pois, conforme visto na parte teórica deste trabalho, o valor nunca poderá ser equivalente à perda da vantagem em si, posto a característica da aleatoriedade dos eventos que se sucedem nos autos do processo. Dessa maneira, o magistrado cível entendeu que naquela ação trabalhista o autor teria as mesmas condições de ganhá-la ou perdê-la, caso não tivesse sobrevivido a conduta danosa de seu advogado, importando, assim, num valor indenizatório proporcional às chances por aquele perdidas.

6.5 “CASO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PRESTADA POR SINDICATO”.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA - JULGAMENTO DE EXTINÇÃO, RECONHECIDA PRESCRIÇÃO - AUSÊNCIA DE QUALQUER RECURSO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DUMA CHANCE - JUSTA EXPECTATIVA DE O AUTOR VER REEXAMINADA A SITUAÇÃO - DANO MORAL INDENIZÁVEL CARACTERIZADO - VALOR MAJORADO - DANO MATERIAL DESACOLHIDO - RECURSO DO RÉU DESPROVIDO, PROVIDO PARCIALMENTE O DO AUTOR. (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº. 6282-08.2010.8.26.0292, Des. Rel. Vicentini Barroso, SP, 19/06/2012).

A ementa acima colacionada refere-se a uma decisão judicial na qual se discutiu, em síntese, a existência ou não da responsabilidade civil do advogado contratado por um

sindicato pela perda de uma chance do trabalhador em obter o reconhecimento de sua pretensão, bem como a natureza jurídica deste dano.

O autor da ação indenizatória alega que o advogado, indicado pelo sindicato de sua categoria para defender seus interesses perante a justiça do trabalho, pautou sua atuação de forma negligente, fazendo com que o cliente perdesse as possibilidades de reverter a decisão que lhe foi desfavorável naquela reclamação trabalhista, ante o fato de que aquele deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para a apresentação do recurso ordinário.

Devido a tal situação, o trabalhador acionou judicialmente o sindicato de sua categoria para que o indenizasse pelos danos materiais e morais advindos da má prestação de serviços do advogado por ele indicado, e que consistiam na perda de uma chance de reverter a sucumbência naquele processo trabalhista.

Após analisar ambos os argumentos levantados pelas partes na ação indenizatória, o magistrado de primeira instância se pronunciou de forma parcialmente procedente no sentido de dar reconhecimento ao direito do autor, condenando o requerido a arcar com uma indenização referente aos danos morais relativos à perda de uma chance do trabalhador em sagrar-se vitorioso em eventual reforma da decisão laboral.

Diante de tal sucumbência, o sindicato apelou da decisão contrária aos seus interesses, alegando, dentre outras questões, a inexistência de responsabilidade civil do advogado no vertente caso, uma vez que tinha deixado de recorrer por, acreditar ser impossível a reversão da decisão contrária aos interesses do trabalhador, uma vez que aquela se fundava no argumento do juiz acerca da ocorrência da prescrição de seu direito.

No Tribunal de Justiça, a questão passou a ser analisada pelo desembargador relator, que concluiu pela ocorrência do dano relativo à perda de uma chance do autor, determinando, com isso, a improcedência do recurso de apelação apresentado pelo sindicato, e parcialmente procedência ao recurso adesivo apresentado pelo trabalhador, que pleiteava do reconhecimento da existência de danos materiais no caso, bem como a majoração da quantia fixada pelo juízo “a quo” a título de indenização por danos morais.

Dentre todas as questões interessantes que envolvem o caso, as que mais merecem nossa atenção é o fato de que o magistrado responsável por julgar a apelação na ação cível, apesar da clara tendência existente na doutrina e jurisprudência pátria de reconhecer como

indenizáveis as chances consideradas reais e sérias, manifestou-se no sentido de reconhecer a perda da oportunidade do trabalhador em reverter a decisão que lhe declarou a prescrição de seu direito na Justiça do Trabalho, ante a falta de apresentação do devido recurso ordinário pelo advogado indicado pelo sindicato da categoria do trabalhador. Tais chances de reversão da decisão desfavorável, na visão do relator, eram absolutamente pequenas (ou “mínimas”, nas palavras do julgador), mas, ainda sim, necessitavam ser indenizadas.

Conforme visto no capítulo anterior deste trabalho, e por diversas vezes ressaltado neste mesmo capítulo, as chances perdidas, para que sejam indenizadas, de acordo com a visão doutrinária e jurisprudencial clássica, necessitam representar, além do atributo da realidade, a qualidade de serem sérias, sendo que alguns doutrinadores acreditam, para tanto, num valor mínimo de 50% de probabilidade de alcance do resultado final.

O desembargador, em sua decisão, se mostrou alinhado, pelo menos nesse ponto de seu voto, aos argumentos lançados por nós neste trabalho, quando foi feita a crítica à forma como o instituto, objeto deste trabalho, tem sido concebido, uma vez que deixou de canto a questão da seriedade da oportunidade perdida, para trazer a reparação do dano efetivamente sofrido pelo lesado.

Todavia, apesar de merecer a nossa admiração no que se refere à questão de reconhecer como indenizável as chances perdidas pelo trabalhador, a decisão judicial do relator merece ser criticada quanto a forma com que aquele classificou o dano suportado por este último, uma vez que concebeu as chances perdidas como sendo uma modalidade de dano moral. Além disso, o magistrado é bastante enfático em afirmar que as chances perdidas não podem classificadas como sendo um dano material, razão pela qual dá desprovimento quanto a este pedido formulado pelo trabalhador, uma vez que o resultado final da ação trabalhista jamais poderia ser conhecida, de forma que os valores lá pleiteados não poderiam ser concedidos em favor do lesado.

Neste ponto específico da decisão em análise, observa-se a confusão em torno das especificidades do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance quanto ao dano dele proveniente, uma vez que acreditou tratar-se de uma modalidade de dano moral, bem como, somente haveria indenização no espectro material, se o dano que daí sobreviesse fosse equivalente à modalidade dos lucros cessantes.

7 AS SÚMULAS VINCULANTES E SUA INFLUÊNCIA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À CLASSE DOS ADVOGADOS.

Com a promulgação da emenda constitucional nº 45 em 8 de dezembro de 2004 (emenda da reforma do Judiciário), dentre outras mudanças trazidas ao sistema jurídico pátrio, houve a previsão de que o Supremo Tribunal Federal pudesse editar as denominadas súmulas vinculantes.

As súmulas vinculantes podem ser entendidas, de acordo com a interpretação dada ao artigo 103-B da Constituição Federal, como sendo o entendimento pacificado da corte máxima de nosso país sobre determinadas matérias que, em razão da grande repetição que vem se apresentando ao judiciário, fazem necessário um posicionamento definitivo e obrigatório, cuja eficácia deverá ser observada em todas as demais causas, presentes ou futuras, que tenham como pano de fundo a mesma matéria sumulada.

A temática relativa às súmulas vinculantes, a uma primeira reflexão, parece ter pouca conexão com o assunto abordado por este trabalho, qual seja: a da possibilidade de responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance de seu constituinte obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Não obstante o que possa parecer ao leitor a uma primeira impressão, merece ser destacado o fato de que ambos os temas apresentam uma ligação, que apesar de sutil, é capaz de causar grandes consequências práticas, posto que o dano sofrido pelo cliente em razão da conduta lesiva de seu representante poderá ser classificado como sendo um lucro cessante, e não mais um dano emergente a depender da matéria envolvida no caso perdido pelo advogado.

Antes de serem tecidas maiores considerações sobre o até aqui tratado, convém ilustrar a situação com um exemplo para o melhor entendimento do leitor.

Imagine-se que um indivíduo contrate um advogado para que proponha uma ação buscando a condenação da outra parte a pagar-lhe certa monta, e que, após o normal transcurso da demanda, o juiz de primeira instância sentencie o processo declarando-o integralmente improcedente. Constatase que o magistrado da causa, por inexperiência ou desatenção, deixou de observar determinação contida em recente súmula vinculante editada

pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que esta tinha o condão de apoiar a pretensão do demandante.

Após tomar ciência do ocorrido, o constituinte alerta seu advogado para que este interponha a respectiva apelação, haja vista que há notícia de que os desembargadores do Tribunal de Justiça já estão aplicando integralmente o disposto na referida súmula a casos semelhantes ao seu, dando ganho de causa àqueles que apresentaram o mesmo fundamento jurídico do autor para sustentarem suas pretensões.

Não obstante o alerta feito pelo cliente a seu advogado, este, por desídia deixa de apresentar o referido recurso de apelação no prazo legal, causando assim a preclusão do direito do autor, bem como o trânsito em julgado da decisão desfavorável. Diante de tal fato pergunta-se:

Caso o cliente desejasse propor uma ação contra o advogado que deu causa ao seu dano, pleiteando a condenação deste a indenizar-lhe os prejuízos suportados por aquele em razão de sua negligência, deverá requerer que o causídico seja compelido a desembolsar em seu favor a quantia integral que receberia caso a demanda originária fosse julgada integralmente procedente? E se a demanda proposta não tiver natureza material?

Antes de responder as perguntas supra apresentadas, convém fazer uma breve reflexão sobre a teoria da perda de uma chance já tratada em capítulos anteriores.

De acordo com a *perte d'une chance*, o valor indenizatório a ser deferido àquele que perdeu a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo em razão da culpa de outrem nunca será igual ao valor que obteria caso o evento danoso não tivesse ocorrido posto que não será possível de se ter certeza que, ao final do transcurso natural dos acontecimentos, o objetivo pretendido seria efetivamente alcançando, posto que inúmeros eventos aleatórios poderiam ocorrer nesse interregno.

Nesse sentido, em situações comuns, conforme já visto em capítulos anteriores, um advogado que age de forma negligente fazendo com que se frustrasse as justas expectativas de seu constituinte em ver a demanda proposta ser julgada integralmente procedente, jamais poderá ser condenado a indenizar o cliente prejudicado com base na integralidade do valor que este receberia caso seu pleito fosse acolhido na justiça, posto que nunca haverá absoluta

certeza de que, caso o evento danoso não tivesse ocorrido, o resultado por aquele almejado seria efetivamente alcançado.

Por outro lado, no caso das demandas judiciais propostas que encontram respaldo jurídico em entendimento sumulado pelo pretório excelso, caso o advogado negligente venha a causar o perecimento das justas expectativas de seu cliente em razão de ter possibilitado que se operasse a preclusão máxima, poderá o ofendido pleitear em ação autônoma a ser proposta, que o causídico seja condenado a indenizar-lhe o valor que efetivamente receberia caso a demanda originária fosse julgada integralmente procedente. Sobre tal entendimento dispõe Sergio Savi.

[...] Para tanto, a vítima do dano (o cliente do advogado negligente) deverá demonstrar que a situação fática que deu origem à ação judicial em que foi derrotado por negligência do advogado era idêntica à dos casos que o Supremo Tribunal Federal se utilizou para a emissão da súmula vinculante. Demonstrada a identidade de situações fáticas – na ação judicial perdida e nos casos que deram origem à súmula vinculante – e que a súmula vinculante obrigaria o Tribunal julgador a acolher o pedido do cliente prejudicado, o advogado negligente deveria ser condenado ao pagamento de indenização a título de lucros cessantes, de tudo aquilo que seu cliente razoavelmente receberia em casos de provimento do recurso intempestivamente interposto, ou seja, em caso de vitória na ação judicial em que foi derrotado (SAVI, 2007, pag. 62).

Conforme se observa da atenta leitura do trecho transcrito da obra do ilustre autor, nos casos em que existem súmulas vinculantes tratando da matéria abordada na ação perdida pelo cliente em razão da desídia de seu representante judicial, o dano que se opera tem a natureza de lucros cessantes, posto que o evento principal a ser alcançado se torna certo ante a impossibilidade de sobrepor uma decisão judicial contrária ao entendimento sumulado.

Portanto, há que se ressaltar que no caso vertente em análise, não existem chances perdidas, mas sim a perda do resultado final esperado, visto que este seria certo ante a pacificação do entendimento dos tribunais acerca da matéria debatida no processo principal.

Dessa forma, e diferentemente do que ocorre nos casos de responsabilização do causídico pela perda de uma chance, o advogado negligente poderá ser demandado a indenizar seu constituinte pelo todo o que auferiria na ação perdida toda a vez em que houver súmula vinculante em favor daquele, posto que não ocorrerá, neste caso, a perda do nexo

causal entre a conduta ante jurídica daquele e a não obtenção do resultado final almejado pelo prejudicado, conforme ocorre nos casos abarcados pela *perte d'une chance*.

Por outro lado, no que diz respeito a eventuais ações propostas que não versem sobre pedido de cunho material (pedido de indenização por dano moral ou estético, por exemplo), mas que em razão da conduta culposa do advogado que deixou de atuar diligentemente fazendo, com isso, que seu cliente viesse a perder a oportunidade de ter a sua pretensão apreciada pelo Tribunal, diferente solução não se vislumbra em caso de existência de súmula vinculante disciplinando a matéria.

Dessa forma, o cliente prejudicado, ao propor a ação indenizatória em face de seu advogado, poderá pleitear que este seja condenado a indenizar-lhe, além de outros prejuízos advindos da conduta danosa do advogado (dano moral e o valor inicialmente desembolsado para pagar o profissional negligente), o total da quantia correspondente que receberia na ação originária, caso seu representante não tivesse frustrado suas justas expectativas naquele processo. O valor correspondente a este tipo de indenização deverá ser arbitrado pelo julgador, como se tivesse julgado a causa originária.

8 CONCLUSÃO.

Após uma longa exposição dos mais variados assuntos relacionados com a temática principal deste trabalho, caminhamos para o seu encerramento com a certeza de que as principais questões envolvendo o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara da atuação do profissional da advocacia, foram bem exploradas, de forma a tornar fácil e acessível a sua compreensão para o leitor que, através deste trabalho, venha a tomar o seu primeiro contato com aquela mesma matéria.

Deve ser ressaltado o fato de que, apesar da grande evolução representada pela crescente aceitação do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico por parte da doutrina e da jurisprudência pátria, ainda se mostra necessário o aperfeiçoamento do tema para que este possa, efetivamente, alcançar o fim para o qual foi concebido.

Conforme visto neste trabalho, a falta de sistematização do instituto, bem como a patente divergência de opinião entre juristas sobre o mesmo tema, tem o condão gerar graves situações de injustiça àqueles que, diante da necessidade de uma tutela jurisdicional com fim de se verem ressarcidos pela perda da oportunidade de alcançar determinado resultado em razão da conduta negligente de outrem, se vêem desamparados pela incorreta aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Portanto, diante de tal situação, necessário se faz o estímulo às discussões sobre o tema relativo ao instituto em comento, seja através do fomento a publicação de trabalhos dedicados ao assunto, ou mesmo através da dedicação de razoável tempo de palestras e workshops para estudantes, advogados e juízes sobre o mesmo tema.

No que diz respeito ao nosso entender sobre a atual aplicação do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance pelos nossos julgadores e juristas, sobretudo quando o causídico foi um advogado, concluímos que este deve ser repensado na medida em que vise alcançar o seu verdadeiro fim, qual seja: o estabelecimento da paz social através da concessão de uma indenização àquele que teve subtraída a possibilidade ver a sua pretensão judicial apreciada ou reformada, em razão da atuação negligente de seu representante no processo.

Para tanto, deve ser levado em consideração a possibilidade de se indenizarem quais chances perdidas pela parte, independentemente de estas serem consideradas suficientemente sérias à luz da teoria vigente, tendo, entretanto, como único pressuposto a realidade daquelas.

Em nosso entender, conceber a aplicação do instituto de maneira diversa da apresentada anteriormente traz o perigoso precedente de autorizar ao magistrado um autoritarismo ao decidir sobre quais questões, envolvendo a causa de pedir relativa à perda de uma chance, deveria o Estado tutelar, vez que poderia negar a prestação jurisdicional àquele que, apesar de não ter concorrido para o dano sofrido e que, por uma simples questão de probabilidades, não obteve o valor mínimo de 50% de possibilidade de obtenção de um resultado favorável, para que suas chances fossem indenizadas.

Desse modo, faz-se necessária, para que seja possível a concessão da indenização pela perda de uma chance no caso concreto, a demonstração de que as chances existiam de fato no patrimônio do lesado, muito antes mesmo da ocorrência do próprio dano (perda da oportunidade), devendo, por isso, a indenização ser proporcional à probabilidade de obtenção de sucesso no pleito frustrado, sendo que aquela nunca poderá ser igual zero ou ao todo relativo ao resultado pretendido, uma vez que as chances perdidas não têm a natureza de lucros cessantes.

Apesar de confiantes na opinião por nós esposada neste trabalho, necessário se faz ressaltar que ela se mostra absolutamente isolada tanto entre os juristas dedicados à pesquisa, quanto com relação aos nossos julgadores. Nesse sentido, apesar de não concordarmos muito com a forma como o instituto tem sido concebido na atualidade, importante se faz ressaltar a grande importância representada pela crescente aceitação da possibilidade de se indenizarem as chances perdidas ante o sistema jurídico pátrio, uma vez que representou um passo a mais na busca da tão almejada pacificação social.

Dessa forma, com bastante otimismo observamos o crescente número de estudos efetuados por juristas acerca da temática atinente à responsabilidade civil pela perda de uma chance, seja na com base na atuação negligente do advogado ou mesmo em outros casos. Tal situação tem o condão de possibilitar um crescente aperfeiçoamento do instituto em questão, fazendo com que situações, antes consideradas como sendo de impossível tutela jurídica em razão da falta de previsão legal ou aporte jurisprudencial, passem a serem vistas com outros olhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1989.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

AURÉLIO. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Positivo, 2010.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Perdia di una chance e rissarcimento Del danno. In Il Foro Italiano (vol. LXXXVIII)*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965.

CAVALIERI FILHO, Sergio **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

DE CUPIS, Adriano. **Il Danno: teoria generale dela responsabilità civile (vol. II)**. Milão: Giuffrè, 1966.

DENARI, Zelmo. **Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro– Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil (vol. IV)**. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____; **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008b.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil (vol. II): Obrigações em Geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

MARTY e RAYNAUD. *Droit civil: les obligations*. Paris: Sirey, 1962.

MICHAELIS. **Dicionário Escolar: Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil (vol. V)**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano. Parte seconda: Diritto delle obbligazioni (vol. IV)*. Padova: Cedam, 1940.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____; **Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações (vol. II)**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil (vol. IV)**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1951.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance – Uma Análise Comparativa**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto civile*. 22 ed. Padova: CEDAM, 1977.

VASSILIEFF, Silvia. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (vol. IV)**. São Paulo: Atlas, 2008.