

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

DAVID WILKER DE SOUSA MOREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

SOUSA – PB
2019

DAVID WILKER DE SOUSA MOREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

M838r Moreira, David Wilker de Sousa.
 A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma
 chance. / David Wilker de Sousa Moreira. - Sousa: [s.n], 2019.

 57 fl.

 Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de
 Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

 Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

 1. Responsabilidade Civil. 2. Responsabilidade dos Advogados.
 3. Perda de uma Chance. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 347.51

DAVID WILKER DE SOUSA MOREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação: 22/11/2020

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira
Orientadora - CCJS/UFCG

Prof.^a Esp. Vanessa Érica da Silva Santos
Examinador (a)

Prof.^a Esp. Rubasmate dos Santos de Sousa
Examinador (a)

“Porque Deus amou o mundo de tal maneira que deu o seu Filho unigênito, para que todo aquele que nele crê não pereça, mas tenha a vida eterna”.

João 3:16

AGRADECIMENTOS

Primeiramente sou grato a Deus por tudo que Ele fez e há de fazer em minha vida. Que toda honra seja dada a Ele. Te rendo graças porque sem Ti eu nada sou.

É com grande alegria que escrevo estes singelos agradecimentos, em homenagem para os que de alguma forma contribuíram para esse momento de enorme satisfação pessoal. Dedicando esse trabalho a todos eles.

Eu dedico esse trabalho aos meus pais, a minha família e amigos, por todo o tempo, amor e dedicação em mim investidos.

Eu gostaria de agradecer aos meus pais e aos meus irmãos pelo apoio incondicional e irrestrito, assim como aos meus familiares que sempre estiveram ao meu lado. Em especial aos meus avós, minhas tias e tios e meus primos.

Agradeço a Raissa Mendes Soares por todo apoio e carinho, sempre me renovando as minhas esperanças e me encorajando, sendo de suma importância na confecção desse trabalho.

Agradeço aos meus amigos que sempre me apoiaram e me ajudaram nos momentos mais difíceis, em especial a Fineias, Joilton, Juliana, Priscila e Yohana.

Agradeço aos meus amigos que fiz durante toda a graduação, compartilhando todos os percalços e alegrias. Em especial a Ana Leticia, Italo, John, Nauana, Paulo e Raissa, entre outros.

Agradeço aos meus irmãos, Pedro Lucas e Samuel Miqueias, que apesar de passarmos por momentos difíceis recentemente, nunca perdemos a união.

RESUMO

O presente trabalho analisa a aplicabilidade jurídica da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, bem como os elementos que o compõe, traçando linhas gerais sobre o instituto da responsabilidade civil e sobre a figura do advogado. Tendo como objetivo geral analisar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. E como objetivos específicos conceituar a perda de uma chance, analisar os seus requisitos para a sua caracterização e a sua natureza jurídica, e assim poder fazer um paralelo com a responsabilidade civil do advogado. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, já no que se refere a forma de abordagem do problema é classificada como explorativa e descritiva, quanto aos procedimentos técnicos classifica-se como bibliográfica e documental, e quanto à natureza classifica-se como básica. Destarte com a presente pesquisa chegou ao resultado que é possível a responsabilização do advogado pela perda de uma chance, segundo a jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Responsabilidade dos advogados

ABSTRACT

The present work analyzes the legal applicability of the civil liability of the lawyer for the loss of a possibility, as well as the elements that compose it, tracing general lines on the institute of the civil liability and on the figure of the lawyer. Having as objective generality to analyze the applicability of the theory of the loss of a possibility. And objective specific to appraise the loss of a possibility, to analyze its requirements for its characterization and its legal nature, and thus to be able to make a parallel with the civil liability of the lawyer. Technician is about a qualitative research, no longer that the form of boarding of the problem is mentioned is classified as explorative and descriptive, how much to the procedures classifies itself as bibliographical and documentary, and how much to the nature he is classified as basic. The present research arrived at the result that is possible the accountability of the lawyer for the loss of a possibility, according to native jurisprudence.

Key-words: Civil responsibility. Loss of a chance. Liability of lawyers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA.....	11
2.1.1 Direito romano.....	12
2.1.2 Direito francês	12
2.2 CONCEITUAÇÃO	13
2.3 ELEMENTOS.....	14
2.3.1 Conduta humana.....	15
2.3.2 A culpa genérica ou lato sensu.....	17
2.3.3 Nexo de causalidade e suas excludentes.....	19
2.3.4 Do dano	21
2.4 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À CULPA	24
3 DO EXERCÍCIO DA ADVOGACIA	26
3.1 ORIGENS	26
3.2 EVOLUÇÃO NO BRASIL	30
3.3 CONCEITOS.....	31
3.4 DIREITOS E DEVERES DO ADVOGADO	33
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	37
4.1 A ADVOCACIA COMO UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO.....	38
4.2 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	39
4.3 CONCEITO DE PERDA DE UMA CHANCE	44
4.4 NATUREZA JURÍDICA	45
4.5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO	46
4.5.1 Entendimento da Jurisprudência Brasileira.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar em linhas gerais o instituto da responsabilidade civil, bem como a sua conceituação e elementos constituintes. Assim como será estudado a figura do advogado e assim, os seus direitos e deveres. E por fim pretende analisar a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance concebida na França em meados do século XIX, advinda de um amplo debate doutrinário e jurisprudencial, outrossim, se expandiu por diversos países da Europa, com foco principal na Itália. Até chegar no Brasil, que apesar do curto período de tempo em que se discute essa teoria, já mostra grandes avanços na responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance.

Destarte, buscará responder a seguinte problemática: o advogado pode ser responsabilizado civilmente pela perda de uma chance?

Tendo como objetivo geral da pesquisa a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. Destacam-se como objetivos específicos: conceituar a perda de uma chance, analisar os seus requisitos para a sua caracterização e a sua natureza jurídica, e assim poder fazer um paralelo com a responsabilidade civil do advogado.

Compreendendo um tema contemporâneo, atual e relevante, tendo em vista se tratar de uma teoria recente, mas com ampla aplicação empíricas, despertando interesse do pesquisador que escreve o presente trabalho.

Outrossim, para a feitura da presente monografia será utilizado o método dedutivo, tendo por bases a análise bibliográfica. No desenvolvimento desta pesquisa será adotado os seguintes procedimentos metodológicos: quanto aos objetivos, será feita pesquisa na forma exploratória e descritiva. No tocante a abordagem do problema, será realizada uma pesquisa qualitativa.

O primeiro capítulo explanará sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil, remontando sobre a sua evolução histórica, partindo para a busca de conceituar esse instituto com base em doutrinadores e na jurisprudência, bem como será tratado sobre os seus elementos caracterizadores da responsabilidade e por fim as classificações da responsabilidade civil quanto a culpa.

O segundo irá abordar linhas gerais sobre a advocacia e o advogado, realizando um breve aparato histórico, tentará buscar um conceito para este profissional, assim como será exposto os seus direitos e deveres.

No último e mais importante capítulo, será apresentado os fundamentos jurídicos formais e matérias da teoria da perda de uma chance, com escopo na aplicação da responsabilização civil do advogado. Analisando a sua aceitação e aplicação pelos tribunais superiores, colacionando diversos julgados para uma boa compreensão da matéria.

2 PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A compreensão do instituto da responsabilidade civil se faz necessário concerne a priori sua origem, para entender os elementos que antecederam a responsabilidade civil. Assim possibilita conceituar essa responsabilidade e destacar seus elementos caracterizadores.

2.1 ANALISE HISTÓRICA

Nos primórdios da civilização humana a culpa não era relevante para a caracterização da responsabilidade, provocando uma reação imediata, de forma instintiva e insensata, inexistindo limites, onde imperava a vingança privada na visão de Gonçalves (2018, p. 17), ao dispor: “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Quando alguém praticava um dano a outrem surgia o sentimento de vingança coletiva, que segundo Diniz (2017, p. 26), “se caracterizava pela reação conjunta contra o agressor de um dos seus membros”, sendo imediato à ocorrência do fato.

Com relação ao prejudicado começa “a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica”, Gonçalves (2018, p. 18). Dessa forma, a vingança é substituída pela composição dado o critério vítima, apesar de coexistir como fundamento de reintegração do dano experimentado pela vítima. Ainda não se falava no elemento culpa.

Na época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, existia uma autoridade soberana, representando o Estado. O legislador passa a impedir que à vítima pratique justiça pelas próprias mãos. No intuito de minimizar os abusos, o poder público somente intervinha para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou, Diniz (2017, p. 27). Por isto, faz com que a composição econômica, passe a ser obrigatória, e tarifada.

2.1.1 Direito Romano

O direito romano influenciou o ordenamento jurídico ocidental, inclusive a responsabilidade civil. A dicotomia entre a pena e a reparação, é esboçada pelos romanos, fazendo a diferenciação dos delitos públicos que em regra eram ofensas mais graves, de maneira a perturbar a ordem pública e os delitos privados.

Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu era revertida para o Estado, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro à vítima. Nas palavras de Gonçalves (2018, p. 18): “O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal”.

É na Lei Aquília que surge segundo Gonçalves (2018, p. 19) “um princípio geral regulador da reparação do dano”. Contudo, segundo Dias (2011 p. 18), ainda não havia surgido “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”. Entretanto, entendido como o embrião do instituto da injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”.

Se faz de suma importância traçar a ideia de culpa e como se deu a sua origem no direito romano. Primeiro apurava-se a existência do *damnum*, desconsiderando, contudo, os casos em que o dano era provocado por um louco ou um menor, pois acreditava-lhe faltar razão, sendo a culpa inserida no conceito de responsabilidade.

Sendo assim, para a configuração do *damnum iniuria datum*, segundo a Lei Aquilia, era necessário preencher três requisitos: *damnum*, ou lesão na coisa; *iniuria*, ou ato contrário a direito; culpa, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa.

2.1.2 Direito francês

O instituído da responsabilidade civil foi evoluindo por toda a Europa durante o período Medieval, com tudo no direito francês, pois, foram sendo elaborados princípios, que influenciava diretamente outros ordenamentos jurídicos. Dentre os princípios que surgiram estão a necessidade que haja sempre o elemento culpa, embora de forma mínima; a separação entre a responsabilidade civil e a

responsabilidade penal; e a culpa contratual em caso de não cumprimento das obrigações.

Em um momento posterior passando para a modernidade, porém, ainda sofrendo grande influência do Direito Costumeiro, comum na idade média, o conceito sofre grandes influências, de Domat e Pothier, tendo sido suas obras consideradas um marco temporal para o instituto da responsabilidade.

Pereira (2018, p. 23), consente que a teoria da responsabilidade civil nos Códigos modernos sofreu forte influência do Código Napoleão, datado de 1804. Afirma que o conceito de reparação somente desvinculou-se da necessidade de casos específicos, no século XVIII, quando surge um princípio geral, “obrigando a reparar todos os danos que uma pessoa causar à outra por sua culpa”.

Feita as devidas considerações sobre o arcabouço histórico-jurídico deste instituto em comento, partiremos para a sua conceituação, sendo de suma importância para um bom entendimento da matéria em estudo.

2.2 CONCEITUAÇÃO

A responsabilidade civil pode apresentar diversas conotações. Gonçalves (2018, p. 11), a palavra responsabilidade tem raízes no latim *re-spondere*, no sentido de segurança ou projeção, restituição do bem atingido, ou seja, a obrigação de restituir ou ressarcir. Enquanto que, para Stolze (2018, p. 716), a responsabilidade seria conceituada da seguinte forma:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Desta feita, o Sidou (2016, 110), apresenta um conceito que se comunica com os anteriormente mencionados:

RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que esta impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado

Tartuce (2018, p. 466), aponta que a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.

O Código Civil Brasileiro Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, preceitua em seu artigo 927, que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Com base no dispositivo citado pode-se extrair os seguintes conceitos básicos, a violação do dever jurídico e o dano, para que em tese esteja caracterizada a responsabilidade civil.

Havendo assim, um dever jurídico originário, cuja a sua violação gera um dever jurídico sucessivo, passivo de indenizar o prejuízo causado. Nesta senda, Gonçalves (2018, p. 17), conceitua a responsabilidade civil como sendo:

Um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil

Por fim, Diniz (2017, p. 50), a responsabilidade civil é a aplicação de medidas coercitivas que obriguem alguém a reparar um dano moral ou material causado a outrem em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou de simples imposição legal.

2.3 ELEMENTOS

Não há uma uniformidade na doutrina em relação a classificação dos elementos que estruturam a responsabilidade civil, quer dizer quais os pressupostos que compõe o dever de indenizar. Diniz (2017, p. 333) elenca os seguintes elementos essenciais:

- a) a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco;
- b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Enquanto que Venosa (2016, p. 56) apresenta como elementos do dever de indenizar: “a) ação ou omissão voluntária; b) relação de causalidade ou nexos causal, c) dano e d) culpa”.

Com pensamento parecido Gonçalves (2018, p. 43) preleciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano.

Observar-se que a doutrina clássica adota o conceito da culpa genérica ou lato sensu como pressuposto do dever de indenizar. Há, no entanto, doutrinadores que divergem desse pensamento. Gagliano (2018, p. 46), argumenta que a culpa genérica é um elemento acidental da responsabilidade civil, apresentando somente três elementos para o dever de indenizar: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo e c) nexo de causalidade.

Porém Tartuce (2018, p. 482-483), entende que a culpa em sentido amplo ou genérico é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil. Desse modo, aponta a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar: conduta humana; culpa genérica ou lato sensu; nexo de causalidade; dano ou prejuízo.

Com efeito, a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, encontra-se inserida no artigo 186 do Código Civil, que estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Analisando este dispositivo pode-se, portanto, extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta humana; dano ou prejuízo e o nexo de causalidade, presentes na doutrina clássica.

2.3.1 Da conduta humana

Esse elemento da responsabilidade civil, pode ser compreendida a partir de sua conceituação. Stolze (2018, p. 733), a conduta humana pode ser: “positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo”. Elenca ainda que a voluntariedade é o núcleo fundamental da conduta humana, que seria o exercício do poder de escolha, que deriva da liberdade do agente.

Tartuce (2018, p. 483), a conduta humana tem origem em: “ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”.

Assim, não se pode conceber o elemento conduta humana, sem a presença do elemento volitivo, conforme exemplifica Stolze (2018, p. 734):

O sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma microhemorragia nasal, e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si.

Em regra, a ação deve ser positiva, tendo em vista que para a configuração da omissão seria necessário a existência de uma obrigação de agir ou de fazer. Um dever jurídico de praticar determinado ato. Não obstante, Tartuce (2018, p. 483), aborda que: “para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado”.

Desse modo, a responsabilidade decorre da conduta ou ato próprio. O agente responde com o seu patrimônio, conforme preceitua o artigo 942, *caput*, do Código Civil “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”. Para Tartuce (2018, p. 485), esse dispositivo legal deu luz ao princípio da responsabilidade civil patrimonial, agora em sede de responsabilidade civil extracontratual.

Contudo, o agente pode ser responsabilizado por atos de terceiros. Com base no 932 do Código Civil os pais, podem ser responsabilizados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; da mesma forma o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados; além de casos específicos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

O agente poderá ser responsabilizado por dano causado por animal e coisa inanimada, nos termos dos artigos: 936, 937, 938 do Código Civil:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

O elemento conduta humana, com base no que foi exposto, basicamente consiste na análise da conduta do agente que deu causa ao ato danoso. Conforme visto o termo culpa pode ser analisado por dois prismas, sendo a culpa em lato sensu, que é a forma mais ampla, e a culpa em seu sentido estrito, que será estudado a seguir.

2.3.2 Da culpa genérica ou lato sensu

O que se entende por responsabilidade com ou sem culpa, em verdade refere-se a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica, que engloba o dolo e a culpa estrita.

Tartuce (2018, p. 485), conceitua o dolo como sendo “uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem”. Sendo considerado um vício, de acordo com Rodrigues (2018, pág. 102), o dolo pode-se confundir com o erro e constitui uma limitação à eficácia do ato jurídico; ocorrendo porque a vontade que o deu origem está comprometida.

Por outro lado, pode-se assemelhar o erro ao dolo, como é o exemplo de Giorgi (1886, p. 92), e Stolfi (1887, p. 43). Isso pois, segundo Tartuce (2018, p. 486) “a única diferença entre os dois defeitos do ato jurídico é que no erro o engano é espontâneo, enquanto no dolo é ele provado pelo outro contratante”.

Em suma, entende-se, o dolo como uma ação ou omissão voluntária, conforme estabelece o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Presente o dolo, em termos gerais aplica-se o princípio da reparação dos danos, onde as vítimas serão indenizadas, artigo 944 do Código Civil “A indenização

mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. Tartuce (2018, p. 486), complementa que “não se pode falar em culpa concorrente da vítima ou de terceiros, a gerar a redução por equidade da indenização”.

Todavia, existe uma exceção à regra apresentada, na hipótese da vítima concorrer culposamente para o acontecimento do fato danoso. Neste caso, fixará a indenização considerando o grau de culpa em comparação com a do autor do dano, conforme se extrai do art. 945 do Código Civil “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.”.

O dolo, na responsabilidade civil, equipara-se a culpa grave ou gravíssima. Sendo que, essa equivalência, vem do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, originária do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade, Tartuce (2018, p. 487).

Destarte, a análise da responsabilidade no âmbito civil, não depende da classificação do dolo pelo Direito Penal, e das suas subdivisões conceituais de dolo eventual, dolo não eventual ou preterdolo. Logo, no âmbito penal, o agente deverá arcar de forma integral os prejuízos causados ao ofendido.

Na culpa em seu sentido estrito pode ser conceituada como sendo “o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico”, Tartuce (2018, p. 487). Para Cavalieri Filho (2005, p. 59), a culpa apresenta três elementos essenciais: a conduta voluntária com resultado involuntário; a previsão ou previsibilidade; e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção, em síntese: “enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”.

Sendo assim no Direito Civil, no tocante a análise da responsabilidade não faz a dicotomia entre dolo e culpa, no que diz respeito a análise da responsabilidade. Conclui Tartuce (2018, p. 487) que:

Em uma visão subjetiva que ainda persiste na atual codificação civil,
a culpa é relacionada com os seguintes modelos jurídicos, retirados

também do art. 18 do Código Penal: Imprudência Falta de cuidado + ação (prevista no art. 186 do CC). Exemplo: dirigir em alta velocidade. Negligência Falta de cuidado + omissão (também constante do art. 186 do CC).

Entretanto, essa regra é dispensada quando na fixação da indenização, tendo em vista que os artigos 944 e 945 do Código Civil, estabelecem critérios de redução equitativa da indenização. Senão vejamos:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.
Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Assim, considera-se para a fixação da indenização a extensão do dano, o grau de culpa da vítima para a ocorrência do evento danoso, e a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

2.3.3 Nexo de causalidade e suas excludentes

Na visão de Tartuce (2018, p. 492), nexos de causalidade pode ser conceituado como o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, que constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado, e o dano causado a outrem.

Na mesma linha de raciocínio Gonçalves (2018, p. 348), afirma que é “Uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar.”

Cavaliere Filho (2010, p. 77), aponta que o nexos causal “não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Para que se concretize a responsabilidade é “indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito”, Pereira (1994, p. 75).

Quanto as condições essenciais à responsabilidade civil, Lopes (2001, p. 218), diz que é:

A presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Com base nos conceitos apresentados, pode-se extrair, que não é suficiente para a caracterização da responsabilidade civil, que o agente tenha cometido um fato ilícito, como também é exíguo que a vítima tenha sofrido um dano, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera a obrigação de ressarcir.

Além disso, existem fatos que interferem diretamente para o acontecimento do ilícito, rompendo o nexo causal, conseqüentemente, excluiu a responsabilidade do agente. Tartuce (2018, p. 485), considera as excludentes da responsabilidade o “evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural”.

As principais excludentes da responsabilidade civil, que negam o liame de causalidade são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar, Gonçalves (2018, p. 419). Na visão de Tartuce (2018, p. 485), são: a culpa exclusiva ou o fato exclusivo da vítima; a culpa exclusiva ou o fato exclusivo de terceiro; o caso fortuito e a força maior.

Tratando-se de culpa ou fato concorrente, seja pela própria vítima ou de terceiro, o dever de indenizar ainda existirá. Tartuce (2018, p. 485), leciona que a culpa concorrente “apenas abranda a responsabilização, ou seja, atenua o nexo de causalidade, o que é incidência direta da causalidade adequada”, bem como conceitua o caso fortuito como “o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural”, e a força “constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa”.

O nexo de causalidade deve ser verificado, em regra, na responsabilidade subjetiva e na objetiva. Porém, em casos específicos é descartada a sua aplicação, conforme artigo 735 do Código Civil “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Logo, as excludentes da responsabilidade civil se comunicam diretamente com a teoria do dano direto e imediato, que por si só, não afastam a teoria da

causalidade adequada. Contudo, as excludentes totais do nexo de causalidade, que impede a responsabilização do agente, deverão ser analisadas caso a caso.

2.3.4 Do dano

Somente poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo, Stolze (2018, p. 756). Na mesma linha de pensamento argui Tartuce (2018, p. 499), “para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém.”, cabendo o ônus de sua prova, em regra, ao autor da demanda, com base no artigo 373, I, do Código de Processo Civil “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;”.

Deste modo, não existe responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. A ação de indenização sem o elemento dano, é pretensão sem objeto, mesmo diante da violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa, em harmonia com os artigos 402 e 403 do Código Civil. As ressalvadas, encontram-se nos artigos 406 e 407 que diz respeito aos juros moratórios e à cláusula penal.

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

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

[...]

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

Gonçalves (2018, p. 422), conceitua o dano como sendo “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)”. Complementa que: “Como, via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra ‘dano’ se emprega correntemente, na linguagem jurídica, no sentido de dano

patrimonial”. Desta feita, “o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante”.

À vista disso, pode-se afirmar que não haverá o dever de indenizar sem que o dano seja certo e atual, pois, nem todo dano é passível de ressarcimento.

O dano é atual quando já existe “no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese”. Ainda que, “um dano futuro não justifica uma ação de indenização”. Ademais, a certeza do dano “afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar”. Gonçalves (2018, p. 423).

Entretanto, essa regra não é absoluta, diante da possibilidade de ingressar com uma ação de perdas e danos por um prejuízo futuro.

Quanto as modalidades de danos que ensejam indenização podem ser material, moral, social, e perda de uma chance.

O dano material também denominado de “patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém”, Tartuce (2018, p. 500). Divide-se em: danos emergentes, que são danos em que o indivíduo perdeu em virtude da conduta do agente; e os lucros cessantes envolvem tudo aquilo que se deixou de lucrar em virtude da conduta do agente.

O Dano Moral consiste no prejuízo ou lesão de direitos, na qual o seu conteúdo não é pecuniário, nem possui natureza comercial, a exemplo da violação dos direitos da personalidade. Nas palavras de Stolze (2018, p. 743):

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade)”

De forma, o artigo 186 do Código Civil, trata o dano moral como autônomo. Independe da ocorrência do dano material. Azevedo (2016, p. 376), aborda que o dano social decorre das:

lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave,

especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

O Enunciado 455 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, reconhecendo a existência do dano social:

A expressão dano no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

O Superior Tribunal de Justiça, através do o Informativo nº 552, firmou parâmetros que devem ser observados na fixação da indenização por danos sociais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ).

É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide. Inicialmente, cumpre registrar que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CC. Desse modo, diante da ocorrência de ato ilícito, a doutrina moderna tem admitido a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social, como categoria inerente ao instituto da responsabilidade civil, além dos danos materiais, morais e estéticos. Registre-se, ainda, que na V Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o Enunciado 455, reconhecendo a existência do denominado dano social: "A expressão dano no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

Conforme visto, o dano está intrinsecamente ligada a noção de responsabilidade civil, constituído elemento primordial para a caracterização da responsabilidade civil, tendo em vista que somente surge a obrigação de reparar quando há um dano constituído.

2.4 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À CULPA.

O ordenamento jurídico brasileiro, costuma adotar a Responsabilidade Subjetiva, ocorre “quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”, Gonçalves (2018, p. 47). Sendo assim, a responsabilidade do agente causador do dano somente se caracteriza com a presença do elemento culpa em sentido amplo.

Essa teoria possui raízes na teoria da culpa. Para que surja a obrigação de indenizar, ou seja, para que responda o agente com seus bens civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica e a culpa em sentido restrito, Tartuce (2018, p. 537). Nessa linha de pensamento, Stolze (2018, p. 722), preconiza que: “a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”. E que, a culpa restara caracterizada quando o agente que deu causa ao dano atuar com violação de um dever jurídico, normalmente de cuidado, sem a devido zelo, como se verifica nas modalidades de negligência ou imprudência.

Esse entendimento encontra respaldo no artigo 186 do Código Civil de 2002, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Pode-se extrair que, a obrigação de reparar o dano é a consequência jurídica da prática de um ato ilícito.

No entanto, a lei prevê situações em que a reparação do dano deve ocorrer independentemente de culpa, aqui tratada em sentido amplo. Nesses casos, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque independe da culpa e se caracteriza apenas com o dano e o nexo de causalidade. Sendo assim, dependendo do fundamento da responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Destoando da teoria subjetiva, onde a culpa é elemento fundamental para que haja a responsabilidade.

O Código Civil admite possibilidade de que haja responsabilidade, independente do elemento culpa, sendo tipificada como responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Outra previsão expressa deste tipo de reponsabilidade são os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, que preceituam que fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, assim como o fornecedor de serviço.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Para Gonçalves (2018, p. 47) esta teoria “tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa”.

Na opinião de Pereira (2018, p. 43), a teoria do risco como sendo “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou”. Ainda que, “todo problema de responsabilidade civil se resolve num problema de causalidade. Todo fato do homem obriga aquele que causou um prejuízo a outrem a repará-lo”. Portanto, a responsabilidade objetiva é decorrente da teoria do risco.

3 DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Nesse capítulo será estudado os aspectos gerais da advocacia com foco no surgimento e afirmação como uma profissão, os seus direitos e deveres, e por fim analisada com linhas gerais a sua responsabilidade civil.

3.1 ORIGENS

O primeiro registro histórico do exercício de defesa de pessoas e bens data do terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria, Lôbo (2017, p. 19). Com base em um fragmento do Código de Manu, conhecedores das leis poderiam oferecer argumentos e fundamentos em defesa de outrem perante autoridades e tribunais. Diferente do Egito, que vedavam as alegações orais, no intuito que o uso da retórica não influísse nos juízes, segundo Martinez Val (1981, p. 55):

[...] antes da Advocacia, surgiu o Advogado. Em passado remoto, ele realizava a defesa dos acusados e exercia a representação dos litigantes em juízo. Esta função era sempre exercitada por pessoas letradas e idôneas, que ostentavam credibilidade moral e funcional perante os *pretórios* (tribunais).

A Grécia antiga difunde à prática de defesa, em especial na cidade-Estado de Atenas. Rossi (1990, p. 16), considera o berço da advocacia, onde eram realizadas defesa dos interesses das partes, por grandes oradores como Demóstenes, Péricles, Isócrates. Entretanto, não configurava uma atividade profissional permanente e reconhecida, nas palavras de Lôbo (2017, p. 22):

Há quem vislumbre o berço da Advocacia na Grécia, sobre tudo em Atenas, quando os grandes oradores como Demóstenes, Péricles e Isócrates patrocinavam a defesa dos interesses das partes e pontilhavam de sabedoria e elegância, seus eloquentes discursos. Esta versão histórica não confirma, no entanto, a existência de uma “atividade profissional”.

Aguiar (2010, p.68), aduz que os gregos entendiam do direito, e que este deveria ser inserido na educação e não ser compreendido como profissão:

[...] os gregos entendiam que o direito devia fazer parte da educação de todo o cidadão. Com isso como todos deviam conhecer seus direitos e suas obrigações, não houve espaço para a profissionalização do direito, já que todos deveriam estar aptos para enfrentar os tribunais.

Com as reformas estruturais políticas-sociais feitas por Sólon em 594 a.C., inicia de maneira tímida, uma democracia moderada, por meio da criação de assembleias, sendo assim, a Justiça passa para as mãos dos cidadãos, Aguiar (2010, p.69). E com aumento exponencial da população, conseqüentemente o número de demandas judiciais se torna algo significativo. Os oradores gregos passaram a ser remunerados pelos que defendiam, surgindo os primeiros Advogados profissionais. Santos (2005, p. 32), observa que: “[...] as necessidades da Justiça exigiram que homens especializados, versados no conhecimento das leis, viessem colocar-se ao lado dos litigantes para assisti-los nas reivindicações de seus direitos.”.

O aumento das demandas fez com que o Estadista Grego Sólon, cria-se por meio de leis os requisitos para aos advogados. Surge, então, a advocacia investida de função pública e *status* religioso. Essas normas são tidas como os primeiros regulamentos disciplinares da Advocacia, Souza (2010, p. 6):

[...] exigiam que o advogado fosse de uma condição livre, pois a lei consagrando a independência e a dignidade do advogado proibia a um escravo defender um cidadão. Proclamava indigno de exercer a profissão, como infames, os que faltavam com respeito a seus pares, os que se recusavam à defesa da pátria ou de exercer qualquer função pública, os que faziam comércio escandaloso ou contrário ao pudor, os que tinham notoriamente costumes desonestos ou haviam sido vistos em lugar de deboche.

No direito romano, pode-se encontrar traços evolutivos da advocacia, que poderia ser subdividido em dois tipos de profissionais da Advocacia: os advogados, como patronos e representantes das partes, e os jurisconsultos. Estes últimos, eram “acreditados pela alta qualidade científica e moral de suas opiniões jurídicas, granjearam, ao longo da história romana, reconhecimento oficial, inclusive para vincular as decisões judiciais.”. Em Roma, a advocacia profissional somente era praticada pelos patrícios, que exerciam a função de patrono de seus clientes, devido ao seu acesso exclusivo ao direito, Lôbo (2017, p. 19).

Com o advento da Lei das XII Tábuas, datada aproximadamente do ano 450 antes de Cristo, com a vitória política dos plebeus, acaba o monopólio do acesso ao direito que era mantido pelos patrícios, aumentando o número de advogados leigos e plebeus postulando em juízo. Nas palavras de Sílvia (2007, p. 7):

Por volta de 449 a.C. com a ascensão política da plebe e a elaboração de leis tais como a lei das XII Tábuas e a Lex Valeria, surge um procedimento judicial legal dominado pelo rigor formalista, com rituais cujos requisitos de validade eram exatidão de formas e o serem praticados pessoalmente pelas partes.

Nos primórdios desse sistema, era vedado a representação das partes por terceiros nas ações, salvo nos casos que envolvesse o interesse público, quando tratasse sobre a liberdade de um indivíduo, nos casos em que havia o interesse daqueles que não poderiam se expressasse e nos caso de furto de direito de ausentes, como demonstra Dias (2011, p. 75), ao apontar que:

No velho sistema das ações, a representação era vedada, salvo nos seguintes casos: *pro populo* (quando houvesse interesse público a defender), *pro libertate* (quando a liberdade estivesse ameaçada) pro tutela (em favor dos direitos tutelados), e *Ex Hostilia* (nos casos de furto de direito de ausentes previsto na referida lei).

Apesarem de dominarem a oratoria, Sílvia (2007, p. 10), colaciona que, no desenvolvimento da atividade advocatícia, os romanos foram progressivamente deixando de lado a oralidade, e assim, perdendo espaço para o conhecimento técnico-jurídico e para os documentos escritos. Dando início, a um processo menos litúrgico. Saraiva (2008, p.19), observa que: “os jurisconsultos exercitavam uma tríplice função, símile à dos Advogados contemporâneos: *cavere* (aconselhar), *agere* (assistência processual das partes) e *respondere* (prolatas sentenças ou oferecer pareceres jurídicos)”.

Consta frisar, que o exercício da advocacia, neste recorte histórico era promovida de forma gratuita, como constata Solazzi (2010, p. 8) “a moral romana repugnava o trabalho livre mediante remuneração. Viver de remuneração alheia igualava o homem livre ao escravo”.

No mesmo sentido, Saraiva (2008, p. 19), preceitua que a advocacia era bifurcada em pública e privada. A pública, exercida de forma gratuita e por grandes oradores, almejando sua própria promoção e ascensão para altos cargos do Estado. A advocacia privada era minoria:

Assim, quanto às funções das partes, eram elas primordialmente duas: Advocacia pública exercida gratuitamente por grandes oradores e voltada para a promoção e ascensão aos altos cargos do Estado, e a Advocacia privada, esta exercida com mais modéstia, descrição e, em um momento histórico posterior,

mediante pagamento, sendo embrião da moderna advocacia profissional.

A posteriori, posou-se a aceitar a representação judicial de terceiros, surgindo assim, duas novas figuras de representantes processuais: o *cognitor* e o *procurator* (advogados), esse exercia de forma direta o mandato processual. Pela primeira vez, os efeitos dos seus atos eram sentidos diretamente pelo seu cliente, na ótica de Vassilieff (2010, p. 9):

O *cognitor* era o representante judicial que conhecia e cuidava da causa como se fosse sua, em nome próprio, nomeado *certis verbis* (palavras solenes) em presença da parte contrária que representava o *dominus litis* (dono da causa), o procurador era geralmente o administrador de patrimônios alheios e que representavam judicialmente as pessoas e seus representados, era o encarregado pelos negócios da parte.

É no baixo império no século VI, que é fundada a primeira Ordem dos Advogados, dando origem a profissão da advocacia, com observância dos requisitos e prevendo direitos, deveres, punições, a idade mínima de dezessete anos, conhecimento jurídico de cinco anos de estudo e avaliação, Saraiva (2008, p.19). Segundo Lôbo (2017, p. 23), o advogado deveria observar os seguintes requisitos:

Requisitos rigorosos foram impostos: aprovação em exames de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprometer-se a quem o pretor em caso de necessidade designasse advogar sem falsidade, não pactuar *quota litis* (percentagem da lide), não abandonar a defesa uma vez aceita.

Na Idade Média, surge na Europa a distinção entre o advogado e o “*prolocutor*”, que se assentava ao lado das partes no tribunal, participando na elaboração da sentença e para a proposta de decisão; de certa forma, pertencia ao grupo de julgadores. Enquanto que o advogado se utilizava da técnica na preparação do procedimento e na obtenção dos meios de prova, Lôbo (2017, p. 20).

Contudo, nesse período o advogado não desempenhava as funções atuais, sendo que na Inglaterra, a classe é quase que em sua totalidade ocupada pela elite, os clérigos, sendo praticamente os únicos com acesso à educação. Esse cenário fático somente mudou a parti do século XV, quando os advogados laicos se

organizaram em quatro grêmios dos *Jures of Court*, excluindo os clérigos. Como se pode extrair dos ensinamentos de Lôbo (2017, p. 20):

Na Inglaterra quase todos os advogados procediam do grupo dos únicos que sabiam escrever, ou seja, os clérigos; somente a partir do século XV os advogados laicos conseguiram se organizar em quatro grêmios dos *Jures of Court*, excluindo os clérigos.

Santo Ivo, considerado o patrono dos advogados. Nascido na França, em 1253, cursou direito, filosofia e teologia. Ordenado sacerdote, por quatro anos foi juiz eclesiástico na diocese de Rennes. Atuou em defesa dos pobres e dos necessitados, sendo por isso conhecido como o “advogado dos pobres”. No dia 19 de maio de 1347, foi canonizado, comemorando-se nessa data o dia do defensor público, Lobo (2017, p. 20).

Outrossim, com o decorrer do tempo e da história, todas essas figuras de representação e de defesa fundiram-se dando origem ao Advogado contemporâneo.

3.2 EVOLUÇÃO NO BRASIL

O período colonial é o marco inicial do exercício da advocacia no Brasil, sofrendo fortes influências de Portugal. Vassilieff (2010, p. 14), o exercício da profissão de advogado nessa época, era marcada pela atuação dos rúbulas, que aprendiam a exercer o ofício na prática.

Isto se dava, apesar das Ordenações Filipinas determinar requisitos, que para os brasileiros se tornava extremamente oneroso, conforme aduz Lôbo (2017, p. 20): “todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos Reinos, tenham oito anos de estudo cursados na Universidade de Coimbra em Direito Canônico, ou Civil, ou em ambos”.

Com a elaboração do Alvará régio no dia 24 de julho de 1713, relativizou o requisito anterior, para os que estavam fora de Portugal. Poderia ser advogado “qualquer pessoa idônea, ainda que não seja formado, tirando Provisão”, Lôbo (2017, p. 20). Resultando na figura do provisionado, remanescente no Brasil até o advento do atual Estatuto da Advocacia Lei n. 8.906/94.

O título de bacharel em direito, servia tão somente como *status* e para a conseguir ocupar de postos de comando da alta burocracia, Lobo (2017, p. 22):

Assim, pelas evidentes dificuldades de deslocamento para Coimbra, o título de bacharel em direito era quase nobiliárquico, servindo muito mais para a conquista de postos de comando da alta burocracia ou de efeito simbólico dos estamentos do poder na Colônia e no Império.

Em 1930, surge a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, que regulamentou a profissão, passando a exigir formação universitária, com ressalva nas regiões onde era necessária a figura do rábula ou provisionado.

Os dois primeiros Estatutos da Advocacia Dec. nº 20.784/31, e Lei nº. 4.215/63, regulamentava somente o advogado tido como autônomo. Não abrangendo a advocacia extrajudicial e o advogado assalariado dos setores público e privado.

Já não mais condizente com o quadro fático da época, é elaborado um novo estatuto que entrou em vigor em 1994, por meio da Lei nº 8.906. No entendimento de Lôbo (2017, p. 22): “a advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas extrajudiciais”. Isto posto, traz em seu bojo direitos e deveres do advogado.

3.3 CONCEITOS

Se perfaz de suma importância conceituar a advocacia, que se tratar de um instituto basilar, que conforme explicita à Constituição Federal de 1988, é indispensável à administração da justiça, não sendo uma mera atividade profissional, tendo papel direto no exercício e proteção do Estado democrático de direito. Rezende (2003, p. 35), preconiza que o advogado:

[...] não é um mero postulante; pleiteando, ele não faz simplesmente a defesa de um indivíduo; exerce, na realidade, uma missão mais alta: esclarece o debate e prepara a decisão. É um defensor e formador do direito. O exercício da Advocacia é eminentemente útil à ordem da sociedade, porque influi poderosamente sobre a distribuição da justiça.

Ao analisar etimologicamente a palavra advogado, Acquaviva (2012, p. 283), deriva do latim *advocatus*, participio passado de *advocare*, que significa chamar junto a si “Advogado/ Advogar: Deriva do latim *advocatus*, participio passado

de *advocare*, “chamar junto a si”, formado por *ad*, “aproximação, perto, junto”, mais *vocare*, “chamar, apelar para”.

Martins (2000, p. 246), sintetiza como sendo aquele que cuida dos interesses da parte, produzindo argumentos favoráveis ao seu cliente e zelando pelo bom andamento do processo. Neste diapasão, a Lei nº 8.906, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 2º §2º, diz que o advogado deve contribuir para que o seu constituinte tenha uma decisão favorável:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Para Lôbo (2017, p. 25), o advogado é:

O bacharel em direito, inscrito no quadro de advogados da OAB, que realiza atividade de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes, e atividades extrajudiciais de direção, consultoria e assessoria em matérias jurídicas.

Ademais o artigo 3º do Estatuto da Advocacia do Brasil, preconiza que a denominação de advogado e o exercício da atividade da advocacia são privativos dos inscritos nesta ordem. Que por sua vez, para ser inscrito no quadro de advogados da instituição, deve obedecer a certos requisitos sendo eles: capacidade civil; diploma ou certidão de graduação em direito obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; aprovação em Exame de Ordem.

Deste modo, pode-se compreender a importância da advocacia. Martins (2000, p. 246), trata como uma atividade *sui generis*, composta por uma atividade privada com interesse eminentemente público com regulamentação e disciplina próprias. Além disso, ressalta que:

O é advogado o mais relevante dos profissionais sociais, porque a ele cabe a função mais transcendente no organismo social, ou seja, a de defesa e interpretação da sua própria estrutura primeira, que é o sistema jurídico.

Consequentemente, o advogado foi elevado à condição indispensável na administração da justiça

3.4 DIREITOS E DEVERES DO ADVOGADO

O advogado é detentor de direitos e deveres, sendo que a maior parte deles advindos do Estatuto e do Código de Ética e disciplina que regulam a profissão, devendo observar diversos deveres profissionais, ao qual, o seu descumprimento pode acarretar uma possível responsabilização civil.

Os principais direitos concernentes aos advogados estão expressos no art. 6º do Estatuto da Advocacia, que positiva a independência funcional, ausência de hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratarem-se com consideração respeito recíprocos.

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

A efetivação desse direito é importante para a valoração da advocacia, garantindo não haver desigualdades de tratamento entre advogados, membros do parquet e os magistrados, evitando assim o abuso de poder.

No entanto, o artigo 7º do Estatuto da Advocacia, possui mais relevância, pois descreve um extenso rol de direitos e prerrogativas inerentes aos advogados, destacando:

Art. 7 [...]

I - a garantia de poder exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

[...]

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

[...]

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

[...]

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou

solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

Observa Passold (2001, p. 69), que quando o advogado alcança o *status* constitucional de indispensável à administração da justiça, valorou inequivocamente a profissão, contudo elevou-se também o grau de responsabilidade.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 2º preceitua regras basilares e fundamentais para o exercício da profissão:

Art. 2º [...] Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Martins (2004, p. 69), extrai quatro deveres centrais a serem observados e obedecidos pelo advogado: os deveres de diligência, prudência, conselho e informação.

O conceito de diligência segundo Martins (2004, p. 69), se refere a um dever que o advogado tem de utilizar os mecanismos de forma adequados, devendo realizar todas as providencias para que haja sucesso na lide por ele patrocinada.

O descumprimento deste dever de diligência, para Martins (2004, p. 293), é uma das principais causas de incidência de responsabilidade civil de advogados. Essa conduta é caracterizada pela presença do elemento negligencia, que compõe

juntamente com o dano e o nexo causal, na responsabilidade subjetiva, o dever de indenizar. Complementa ainda citando o exemplo de um advogado que de forma negligente perde o prazo para a prática de um ato processual, sendo assim tal omissão é passível de responsabilização.

O dever de prudência consiste em limitar à atuação do advogado de acordo com os poderes que lhe foram concedidos. Apesar de o advogado ser o responsável pela condução técnica do processo, está restrito aos poderes que lhe foram conferidos, não pode fazê-lo de forma abusiva de forma que cause um dano ao seu constituinte. Entendimento esse firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Informativo nº 0633:

Advogado. Mandato. Descumprimento. Abuso de poder. Responsabilidade civil. Configuração. Anulação prévia do ato praticado. Desnecessidade.

A responsabilidade pelos danos decorrentes do abuso de poder pelo advogado-mandatário independe da prévia anulação judicial do ato praticado.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

No caso vertente, tem-se a situação em que o mandatário não apenas faltou com a necessária diligência em favor de seu cliente, como atuou de modo a lhe causar prejuízos, renunciando a crédito já reconhecido judicialmente em sentença com remota possibilidade de reversão, em virtude de ajuste espúrio realizado com a parte contrária. Contudo, cumpre esclarecer que o mau cumprimento do mandato advocatício não implica, necessária e automaticamente, a invalidade dos atos praticados pelo mandatário. A situação em apreço se relaciona com a figura do abuso de poder por parte do mandatário, que se configura quando este, no desempenho de suas atividades, atua de modo contrário ao que lhe foi solicitado, implícita ou explicitamente, pelo outorgante, mas sem exceder os limites expressamente estabelecidos no mandato. Diferencia-se, portanto, do excesso de poder, que ocorreria caso o mandatário extrapolasse a limitação de poderes outorgados pelo mandante, por exemplo, transgindo sem ostentar procuração para tanto. Na hipótese de abuso de poder, o mandante permanece, em tese, responsável pelas obrigações assumidas pelo mandatário em seu nome, sobretudo em se tratando de avença que restou homologada judicialmente. Nada impede, contudo, que busque a anulação do acordo por meio da via adequada. Assim sendo, a ausência de invalidação do acordo judicial não constitui óbice para a responsabilização do advogado, pois a conduta lesiva que lhe foi imputada não é a celebração de um acordo nulo, mas, sim, a quebra das obrigações ínsitas ao mandato outorgado, ou seja, dos deveres subjacentes à relação jurídica entre o advogado e o assistido.

Com relação ao dever de conselho se traduz na obrigação que o advogado possui de aconselhar o seu cliente, seja na forma de parecer ou não. Devendo o

advogado manter contato com o seu cliente, sendo as informações concedidas em linguagem compreensível, sobre o andamento da persecução processual, as medidas adotadas e seus riscos.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Na análise da responsabilidade civil do advogado de forma ampla, se perfaz arguir que esse profissional possui regulamentação específica. Prevista pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, em seus artigos 32 e 33, preceituam que o advogado é totalmente responsável pelos seus atos no exercício de sua profissão, de forma culposa ou dolosa.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

O Código Civil não trata especificamente da responsabilidade civil do advogado, dando tão somente, noções gerais sobre o tema, conforme se observa nos artigos 927 cumulado com o artigo 186.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Consta frisar que dado o caráter *sui generis* da prestação dos serviços advocatícios, não se aplica o *caput* do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Contudo pode-se utilizar o conceito de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, previsto no §4º do artigo supracitado, ditando que para a caracterização da sua responsabilidade, deve-se constatar o elemento culpa.

14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Entendimento esse firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no informativo 0493:

A Turma manteve a condenação de advogado ora recorrente ao pagamento de indenização por danos morais ao cliente no valor de R\$ 15 mil, em decorrência de sua conduta maliciosa no exercício da profissão. No caso em comento, o recorrente foi contratado para propor ação ordinária contra o Estado do Paraná, pleiteando diferenças salariais e gratificações. Procurado diversas vezes pelo recorrido, ele negou o recebimento de procuração outorgada em seu favor, bem como o ajuizamento de qualquer demanda judicial em seu nome. Tal fato foi, inclusive, apurado em representação instaurada na OAB, que resultou em arquivamento diante da negativa do recorrente. Transcorridos quase vinte anos, após pesquisa realizada pela nova advogada contratada, descobriu-se que a ação havia sido efetivamente proposta pelo recorrente, até mesmo com recursos especiais para os tribunais superiores, tendo sido julgada improcedente. Em preliminar, afastou-se a alegada prescrição. Segundo observou o Min. Relator, na ação de reparação de danos em apreço, fundada no direito comum, e de acordo com as regras de transição do CC/2002 (art. 2.028), há de ser aplicado o novo prazo prescricional de três anos, consoante o disposto no art. 206, § 3º, IV, do referido diploma legal, contado o prazo da data da entrada em vigor do novo Código, e não da data do fato gerador do direito. No mérito, sustentou-se a inaplicabilidade do CDC nas relações contratuais entre clientes e advogados, que, de fato, são regidas pelo EOAB e pelo direito comum. Ao final, considerando o patente padecimento moral do recorrido diante das inverdades perpetradas pelo recorrente e da angústia de não saber o resultado da demanda, ainda que fosse negativa, manteve-se a responsabilização do advogado. **REsp 1.228.104-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 15/3/2012.**

Nesse sentido, o profissional da advocacia é excluído do regime de responsabilidade objetiva, instruindo que só irá ser responsabilizado por seus atos ou omissões se restar comprovado e caracterizado o elemento culpa, aqui em sentido amplo, englobando o ato doloso e culposo. No mais, o advogado assumi uma obrigação de meio, não podendo ser responsabilizado se o objetivo pelo qual foi contratado não foi alcançado, se tiver agido de forma diligente, prudente.

4.1 A ADVOCACIA COMO UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO

A obrigação de meio consiste quando um profissional se compromete a empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para obter determinado resultado,

contudo, caso não consiga atingir o objetivo esperado, esse profissional não pode ser responsabilizado, Gonçalves (2017, p. 190).

Neste sentido aduz Diniz (2017, p. 310), que a obrigação de meio se traduz em um resultado certo e determinado a ser alcançado pelo obrigado, mas apenas garante que o obrigado agirá de forma prudente e diligente em benefício do credor.

Por sua vez, Martins (2004, p. 272), assevera que: "o devedor se obriga a aplicar toda sua diligência e prudência para atingir um resultado, sem, contudo, vincular-se a obtê-lo", fazendo referência direta aos deveres do Advogado. Stocco (2004, p. 480), significa que:

O advogado se obriga a empregar todo o cuidado e diligência necessários e a cuidar da causa com zelo e atenção, acompanhando o andamento da causa, peticionando quando necessário ou exigindo e acompanhando e cumprindo os prazos processuais. Significa, também, que a sua obrigação é de meios, ou seja, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.

Dessa forma, a responsabilização do profissional de obrigação de meio confunde-se com a responsabilidade subjetiva, devendo ser demonstrado a negligência, imprudência e imperícia ou até mesmo o dolo, o dano e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

Conclui-se que o advogado no exercício da sua profissão possui uma obrigação meio, que consiste no emprego de meios e técnicas jurídicas adequadas, para que se possa prestar atingir o fim pretendido, sendo assim, o profissional da advocacia não pode garantir o resultado de um processo, muito menos, ser responsabilizado tão somente por a ação ter sido julgada improcedente.

4.2 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, surgiu na França no final do século XIX, depois foi recepcionada por outros países da Europa Doni Júnior (2009, p. 196). Essa teoria por período foi ignorada tratada como um dano indenizável, tendo em vista a dificuldade em precisar, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria realmente obtida.

Essa teoria não surge por força normativa, decorre da criação jurisprudencial e doutrinária. O *leading case* que deu origem a esta teoria na França no dia 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa acatou o pedido do autor em uma ação reparatória, entendendo a corte que o autor perdeu uma chance de obter ganho de causa, em razão de uma conduta de um funcionário ministerial que impediu o andamento de sua ação judicial. Nas palavras de Silva (2013, p. 10-11)

Já no século XIX, precisamente em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento. Este é o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa.

Com os avanços dos estudos sobre esta teoria, se pacificou na jurisprudência da Corte de Cassação Francesa a tese da existência do dever de indenizar pela perda de uma possibilidade de conseguir uma melhor situação hipotética. A maioria dos casos envolviam a atividade médica, entendendo pelo dever de indenizar pela perda de uma chance de sobrevivência do paciente. O direito italiano bebeu da fonte do direito francês e intensificou os estudos acerca da teoria da perda de uma chance, inovando quanto a aplicação nos atos culposos, em que o médico impedissem que a vítima obtivessem uma melhor oportunidade, de maneira que a chance deveria ser certa e presente, não acatando a possibilidade de indenizar chances aleatórias que não possuíssem um valor efetivo, Savi (2013, p. 3). Melo (2010, p.366), discorre sobre o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação Italiana:

Ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão.

No ano de 1940, na Itália *Giovanni Pacchioni*, professor da *Università di Milano*, publica a sua obra *Diritto Civile Italiano*. Explanando sobre as várias formas de responsabilização civil, utilizando exemplos clássicos de responsabilidade civil pela perda de uma chance elaborados pela doutrina francesa. Indagando o que aconteceria se alguém de maneira culposa, privasse outro de obter uma situação

melhor. Traçando uma linha evolutiva da teoria em análise, dentro do direito italiano, vislumbra-se que a *priori* era entendido como um dano não indenizável. Não se cabia dentro do conceito de lucro cessante muito mesmo de dano emergente, Savi (2013, p. 7). Com a influência sofrida pelo direito francês passou-se a conceituá-la como uma espécie de lucro cessante, ato continuo foi reconhecida a sua autonomia.

No Brasil, a aplicação desta teoria no ordenamento jurídico é algo recente. Não havendo um entendimento sedimentado e pacífico na jurisprudência e na doutrina. Vem ganhando atenção nos últimos anos. Se trata de uma teoria, uma abstração jurídica criada pela doutrina e jurisprudência, não possuindo normatização específica.

Contudo, o Código Civil Brasileiro, estabelece normas de caráter geral sobre a responsabilidade civil, conforme se observa nos artigos 186 e 927. Desta forma, a teoria da perda de uma chance não contraria qualquer dispositivo, Savi (2013, p. 105):

[...] não há, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras da responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance.

O principal caso brasileiro com a aplicação direta da responsabilidade civil pela perda de uma chance é o do “Show do Milhão”. Julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o quadro-fático ocorreu durante o programa de televisão “Show do Milhão”, apresentado por Silvio Santos e exibido pelo Sistema Brasileiro de Televisão, popularmente conhecido como SBT. A autora da ação teria que responder perguntas de múltipla escolha sobre assuntos gerais, sendo que a cada pergunta iria aumentando o valor do prêmio, até chegar na premiação final de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Eis a ementa do julgamento do REsp 788.459 do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a

impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(STJ REsp: 788459 BA 20050124109 Relator: Ministro ECOR FERNANDO GONCALVES. Data de Julgamento: O 8112005 T4-QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

Neste caso, a autora chegou à pergunta que valia o prêmio máximo, com a seguinte pergunta "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?", com as seguintes alternativas: "a) 22%; b) 02%; c) 04% e d) 10%", contudo, vislumbrando não haver resposta correta a autora desistiu de responder a pergunta, ficando com o prêmio de meio milhão de reais.

Sendo assim, não havendo uma resposta correta, a autora ajuizou uma ação pleiteando o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), alegando que deixara de ganhar em razão da questão erroneamente formulada pela organização do programa.

Ao analisar o caso, o ministro relator Fernando Gonçalves aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance. Julgou parcialmente procedente o pedido da proponente, acolhendo a tese levantada pelo réu de que as chances matemáticas que a autora tinha de acertar a pergunta do milhão, se formulada a questão corretamente, eram de 25% (por cento). Desta feita condenou o réu a pagar o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco reais), que representa 25% de meio milhão, concordante voto:

[...]

Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza — ou a probabilidade objetiva — do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

[...]

(STJ REsp: 788459 BA 20050124109 Relator: Ministro ECOR FERNANDO GONCALVES. Data de Julgamento: O 8112005 T4-QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

Outro julgado relevante para a jurisprudência pátria, foi o REsp 1.291.247, julgado pela terceira turma do Superior tribunal de Justiça. O caso narra que uma empresa especializada fora contratada para coletar e armazenar as células troncos embrionárias durante o parto, tendo em vista que essas células são encontradas no

cordão umbilical. Houve falha na prestação dos serviços, caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que caracteriza a responsabilidade civil médica pela perda de uma chance, em virtude da perda das células que seriam de extrema utilidade em eventuais tratamentos de saúde:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém-nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1291247/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/10/2014)

A corte superior entendeu ser possível a responsabilização mesmo não podendo precisar quando o dano efetivamente acontecerá, se é que ocorrerá o dano final. Suficiente a perda da chance clara e real de utilizar as células-tronco para o tratamento de diversas patologias. Portanto, o objeto da ação é a perda da chance supracitada.

É nítido o avanço jurisprudencial no ordenamento jurídico pátrio neste tema. Abre precedentes para que os atos negligentes do advogado possam ser responsabilizados civilmente pela perda de uma chance de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

4.3 CONCEITO DE PERDA DE UMA CHANCE

A *a priori* salutar arguir, que é uma tarefa das mais complexas, conceituar a teoria da perda de uma chance, dada a falta de normatização específicas tratando da matéria, fica a cargo da jurisprudência e da doutrina conceituar e apresentar as suas principais características, outrossim a sua natureza jurídica.

O conceito pode ser melhor compreendido a partir do termo chance, que segundo Savi (2013 p.03), “utilizado pelos franceses, no sentido jurídico, significa probabilidade de se obter um lucro ou de evitar um prejuízo”. Diniz (2017, p. 70), com base nas características a perda de uma chance pode ser conceituada pela:

Perda de oportunidade de obtenção de uma vantagem ou pela frustração de da oportunidade de evitar um dano. Enfim, a perda da chance é, de modo genérico, a frustração de probabilidade de obtenção de um benefício na esfera jurídica de quem foi o lesado, moral ou patrimonialmente, por um ato omissivo ou comissivo do lesante.

Neste diapasão, Venosa (2016, p. 329), conceitua o instituto estudado como sendo “a oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade”.

Destes conceitos apresentados é possível extrair que a chance deve ser séria e real, não sendo indenizável a chance com probabilidades remotas. Sendo esse entendimento da doutrina e acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128, 460, 467 e 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. PEDIDO ALICERÇADO EM DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

5. A chance supostamente perdida pelo agravante deve apresentar-se real e séria, não podendo se tratar de meras conjecturas e/ou ilações. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.22.0911/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 25/3/11.

(AgRg no Ag 1401354/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012)

Contudo, não é necessário a certeza que o evento aconteceria, por causa da natureza probabilística dessa teoria, podendo se materializar ou não, segundo o sucesso de processos aleatórios. Quando esse processo aleatório é obstaculizado em decorrência da prática de um ato ilícito consubstanciado em uma ação ou omissão culposa, a vítima perderá uma chance de um acontecimento favorável. Neste caso o dano é puramente teórico, ficando a cargo do magistrado analisar a sua extensão.

4.4 NATUREZA JURÍDICA

Duas correntes tentam explicar a natureza jurídica desta modalidade de responsabilidade civil. A primeira entende como um dano autônomo e a outra uma espécie de lucro cessante. É um tema controverso, por se tratar de uma modalidade de dano recente.

Os principais autores que defendem a perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante são Jacques Boré e John Makdisi. Para os adeptos desta corrente a perda de uma chance está diretamente ligada a ideia de causalidade parcial negando a existência de um dano independente do resultado final, posto que as chances perdidas não existem quando separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada, assim leciona Silva (2013, p. 51):

Ao invés de se considerar as chances perdidas como um dano autônomo, estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)

Para um bom entendimento desta corrente se faz necessária uma breve análise sobre o instituto do lucro cessante. É uma espécie de perdas e danos integrantes dos danos materiais, Stolze (2018, p. 306). O art. 402 do Código Civil o conceitua salvo exceções legais como: “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Em suma, é a perda de um lucro esperado.

Contudo, esta teoria atualmente encontra respaldo mínimo na doutrina. A doutrina majoritária entende que a perda de uma chance e lucros cessantes não se

confundem, sob o prisma que a perda de uma chance tem por fim indenizar a perda de uma oportunidade perdida por motivos alheio a sua própria vontade, não sendo necessário a prova que a vítima efetivamente teria alcançado o objetivo pretendido mas somente a expectativa probabilística que a vantagem poderia ser alcançada. Enquanto que, o lucro cessante prescinde de certeza do futuro ganho que a vítima teria, tendo como única incerteza quanto ao seu valor e a extensão do dano.

A segunda corrente, encabeçada por Joseph King Jr., Georges Durry e Yves Chartier, atualmente é adotada de forma majoritária pela doutrina, os quais defendem a perda de uma chance como dano autônomo que independente do dano final. Portanto, o dano pela perda de uma chance constitui-se como uma espécie diversa de dano. Essa corrente descarta a perda de uma chance como um dano emergente ou como espécie de lucro cessante. Uma modalidade própria de dano.

Faz mister, por fim, mencionar a compreensão de Carnáuba (2013, p. 168), adotada pela maioria dos doutrinadores franceses, faz dicotomia entre a perda de uma chance médica e a perda de uma chance chamada por eles de clássica. A perda de uma chance clássica compõe uma espécie autônoma de dano e a perda de uma chance médica somente seria indenizável com a utilização da causalidade parcial.

4.5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Apesar dos avanços doutrinários e jurisprudenciais, percebe-se que diversos magistrados ainda relutam na aplicação da perda de uma chance para responsabilizar advogados. Alguns tribunais ainda não acatam essa teoria, dado o recente desenvolvimento na doutrina referente a sua classificação e metodologia de aplicação, Silva (2013, p. 194).

O *leading case*, da aplicação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. O caso inaugural no Brasil ocorreu em 1991, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No caso *in situ*, um advogado ajuizou uma ação judicial em face do Instituto Nacional da Previdência Social buscando revisar uma decisão da autarquia previdenciária que negou o pedido de pensão por morte de uma viúva, contudo os autos desse processo foram extraviados e nunca chegaram ao juízo competente.

Então, o advogado que havia sido contratado para defender os interesses da viúva não mais à informou, muito menos buscou meios para restaurar os autos do processo. O relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior entendeu que houve a perda de uma chance por parte da autora que teve cerceada a sua chance de pleitear um direito, Savi (2013, p. 48). Eis o voto do relator:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. [...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência.

Depois deste julgado, surgiram inúmeros outros processos semelhantes, com intuito de responsabilizar civilmente o advogado pela perda de uma chance. A maior parte dos casos o advogado não ajuizou a ação dentro do prazo prescricional ou perdeu um prazo recursal ou para apresentar contestação.

4.5.1 Entendimento da Jurisprudência Brasileira

Um caso relevante para a compreensão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a mais alta corte tratando-se de matérias civis, sobre a aplicação desta teoria na responsabilização civil do advogado. Foi quando o advogado interpôs um recurso fora do prazo, causando o seu não conhecimento por falta de tempestividade, REsp: 1758767 SP. O relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, se posicional nos termos a seguir:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO NO RECURSO CONSIDERADO INTEMPESTIVO.

1. Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento consequentemente interposto, ocasionando a "perda da chance" de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais.

2. Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios.

3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos.

4. A responsabilidade civil subjetiva do advogado, por inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, donexo causal e do dano causado a seu cliente.

5. Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento "dano" se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável.

6. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto.

7. Na origem, com base na análise da fundamentação do acórdão recorrido e, ainda, das razões do referido apelo excepcional, a conclusão foi de que o recurso estava fadado ao insucesso em face do enunciado 7/STJ. Insindicabilidade.

8. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

9. Pretensão indenizatória improcedente.

10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ - REsp: 1758767 SP 2014/0290383-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/10/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2018)

De plano ao analisar o caso apresentado se constata que o tribunal superior negou provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Posto que conforme o voto do relator ministro, assevera que o recurso que deu origem a demanda e supostamente teria dado ensejo a perda de uma chance, fatalmente não seria conhecido, dada a sua fundamentação que iria de encontro a sumula 7 do Superior Tribunal de Justiça:

Basta mera leitura do acórdão cuja cópia está a fls. 258/262 para verificar que a decisão nela contida, que reverteu o julgamento de primeira instância, concluindo pela improcedência do pedido, teve como fundamento exclusivo a análise da prova produzida naqueles autos, com reconhecimento de ausência de nexocausal. Por tal motivo, o recurso especial interposto sequer seria conhecido, conforme entendimento jurisprudencial consolidado pela Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça" Embora incontroversa a contratação e prestação do serviço, a função desempenhada pelo advogado tem natureza jurídica de obrigação de meio, tal como a do

médico, na maior parte dos casos, devendo ele lançar mão de todas as técnicas disponíveis para o alcance do direito almejado, não podendo ser responsabilizado pelo insucesso da tese exposta. (...) Não é, como anotado, a hipótese retratada nestes autos, onde a autora, vislumbrando possuir direito a benefício previdenciário decorrente de lesão por esforço repetitivo quando trabalhava junto ao Banco do Brasil, contratou os demandados para ajuizamento da respectiva ação através da qual foi postulado o direito. Ajuizada a demanda com acompanhamento e diligências cabíveis, sobreveio sentença de parcial procedência. Em reexame, convertido o julgamento em diligência para realização de perícia, o Tribunal ad quem acolheu recurso do INSS, entendendo ausente nexo causal entre os males que acometiam a apelante e atividades desenvolvidas na instituição financeira. Interposto recurso especial no último dia do prazo por intermédio de protocolo integrado, este não chegou a secretaria no prazo recursal, levando a seu não conhecimento nos termos da Súmula 256 do STJ (fls. 309).

Dessa forma, a chance de o cliente ter uma decisão favorável era nula, perante o quadro fático apresentado. Assim, se extrai o primeiro requisito para a aplicação desta teoria. A chance deve ser séria e real. A chance remota e impossível probabilisticamente não se perfaz em dano indenizável.

Contudo, reconhece o tribunal a possibilidade da responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance quando esse não interpõe o recurso de forma tempestiva, e preceitua em seguida requisitos gerais para a aplicação dessa teoria para os advogados.

No terceiro típico da ementa supramencionada, o tribunal superior preceitua que o advogado possui o dever de diligência, extraído do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, traduzindo-se na obrigação de aplicar a melhor técnica na defesa dos interesses do seu cliente, embora sem a garantia de um resultado procedente, por se tratar de uma obrigação de meio.

O advogado exerce em regra uma obrigação de meio, sendo qualificado como um profissional liberal. O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14 §4º, responde civilmente de forma subjetiva mediante a caracterização do elemento culpa. Outrossim, para a caracterização da culpa nos casos de responsabilidade civil do advogado estará caracterizada quando esse desobedece ao seu dever de diligência e de prudência.

Comprovada a presença do elemento subjetivo da culpa, o nexo de causal entre a conduta do advogado e a chance perdida e que essa chance seja séria, real e possível, há de se quantificar o valor indenizatório.

Para chegar no *quantum* indenizatório é necessário entender a natureza jurídica da perda de uma chance. Frisa-se, que a corte superior de justiça adota a teoria autônoma quanto a natureza jurídica da perda de uma chance, que faz a divisão entre a indenização por danos materiais, morais e estéticos. A perda de uma chance é uma nova vertente na teoria do dano.

É necessário a chance repercutir em um prejuízo certo para a vítima. Deve causar um dano na esfera patrimonial ou extrapatrimonial mesmo que futuro. Além disso, deve aduzir que a exigência de certeza somente se aplica a comprovação do dano que se possa vir a experimentar. Dispensa à comprovação efetiva da chance dada a natureza probabilística desta teoria.

Destarte, o valor da indenização será sempre inferior ao dano final. A vantagem esperada, conforme preceitua Silva (2013, p. 210), usando como bases o caso do “show do milhão”. O STJ preceitua como deve ser fixado o valor dos danos, utilizando da probabilidade.

No caso mencionado, a corte fixou o valor indenizatório em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), A autora possuía a chance de receber mais R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), se houvesse uma resposta correta. Não foi possível afirmar com certeza que ela iria acertar a pergunta, possuindo uma chance em quatro, dada a quantidade de alternativas disponíveis para serem escolhidas, uma probabilidade de 25% (vinte e cinco por cento) de acertar a pergunta que lhe daria o prêmio total, assim, foi dividido o valor de 500.000,00 (quinhentos mil reais) por quatro chegando assim ao valor indenizatório.

Consta frisar que o Superior Tribunal de Justiça vem acatando a aplicação da teoria da perda de uma chance para responsabilizar advogados não somente danos por patrimoniais, mas também para danos extrapatrimoniais. Precedentes da corte superior afirma ser possível a indenização por danos morais com base na perda de uma chance:

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

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

2. Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. 3. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. –

4. A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

5. A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

[...]

STJ, REsp n. 1079185/MG, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008.

Por fim, consta frisar que o Superior Tribunal de Justiça consagra que a teoria da perda de uma chance não se confunde com um dano emergente, bem como se difere com o lucro cessante, sendo intermediário entre esses institutos:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ADVOGADO QUE NÃO ENTROU COM AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO. TRIBUNAL A QUO CONCLUIU QUE FICOU CONFIGURADA A PERDA DE UMA CHANCE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da 'perda de uma chance' devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico" (REsp 993.936/RJ, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe de 23/4/2012). 2. O Tribunal de origem, com arrimo no acervo fático-probatório carreado aos autos, concluiu que ficou caracterizada a desídia do causídico quanto à ação revisional de benefício previdenciário em decorrência da aposentadoria por invalidez do ora agravado. A pretensão de alterar tal entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto e quanto aos requisitos da teoria da perda de uma chance, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1406323/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019)

Ante tudo que foi exposto percebe-se a relevância que a teoria da perda de uma chance vem ganhando por parte da jurisprudência e da doutrina, na busca de evitar que lesões a direitos fiquem sem a devida reparação das vítimas, decorrentes de uma má prestação do serviço da advocacia. Contudo, é preciso avanços nessa área, tendo em vista se tratar de uma teoria recente e dotada de muita complexidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa limitou-se ao estudo da Responsabilidade Civil do Advogado Pela Perda de Uma Chance. O advogado que age de forma culposa e danosa, por meio de uma ação ou omissão na defesa dos interesses do seu cliente e acaba por lhe causar um dano, pode ser responsabilizado civilmente pela perda de uma chance.

Outrossim, a pesquisa traçou um panorama geral sobre a responsabilidade civil, apresentando as suas origens históricas no Brasil e no mundo. Assim alcançou os conceitos, fundamentos legais, e as excludentes dessa responsabilidade.

Além disso, apresentou o exercício da advocacia pátria na atualidade, destacando seus direitos e deveres no exercício da profissão regulamentada, com base na evolução histórica, aspectos conceituais e aplicação de penas.

Por fim, o trabalho concentrou o estudo na responsabilidade civil do advogado pela perda da chance. A partir dos aspectos conceituais, natureza jurídica dessa teoria, os requisitos e pressupostos para sua aplicação, com eixos jurisprudenciais e doutrinários.

Daí, conclui-se que o advogado pode ser responsabilizado civilmente, pela perda de uma chance, quando presentes os elementos que constituem a responsabilidade civil, quando caracterizada a perda de uma chance. Esse entendimento é dominante na doutrina e jurisprudência.

Quanto ao valor da indenização vai ser sempre inferior ao do possível dano final, dada a natureza probabilística dessa teoria.

Portanto, a investigação buscou demonstrar a efetivação da aplicação dos efeitos da responsabilidade civil do advogado pela perda da chance. E assim, contribuir com o sistema jurídico brasileiro.

Referências

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Revista trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 novembro 2019.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 novembro 2019.
- BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 09 novembro 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 novembro 2019.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico: Acquaviva. 6ª ed. São Paulo/SP: Rideel, 2012.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método. 2013
- DIAS, José de Aguiar, Da responsabilidade civil, ed. Lumen juris. Rio de Janeiro, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.VII, 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2016
- DONI JÚNIOR, Geraldo. Responsabilidade civil do advogado & a ética no exercício da profissão. Curitiba: Juruá, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- Lôbo, Paulo Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB / Paulo Lôbo. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- MARTINS, João Paulo Nery do Passos. O Advogado e a sua responsabilidade civil. 2004.
- PASOLD, Cesar Luiz. O advogado e a advocacia. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudências selecionadas. Florianópolis, OAB/SC Editora, 2003.
- REZENDE, Astolpho. A função social do advogado. Revista de Jurisprudência Brasileira. Rio de Janeiro: Marcello e Cia., 1939.
- ROSSI, João Baptista Prado. Reflexões sobre a advocacia e a magistratura. São Paulo: OAB-SP, 1990.
- SANTOS, J. M. Carvalho apud RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudências selecionadas. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC 2003.
- SOUZA JR, José Geraldo de. O direito achado na rua. Brasília: Ed. da UnB, 1990.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.
- SARAIVA, Paulo Lobo. O advogado não pede advoga. 2 ed. São Paulo. Icone. 2008
- SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda da chance. 7 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013.
- STJ. AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt nos EDcl no AREsp 1192788 SP 2017/0275579-6. Relator: Ministra Nancy Andrighi DJ: 21/09/2018. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/628728550/agint-nos-edcl-no-agravo-em-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-aresp-1192788-sp-2017-0275579-6>>. Acesso em: 09 novembro 2019.
- STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AgRg no Ag 1401354 PR 2011/0048445-8. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima DJ: 21/06/2012. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22204874/agravo-regimental-no-agravo->

de-instrumento-agrg-no-ag-1401354-pr-2011-0048445-8-stj>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL: REsp 1321606 MS 2003/ 0315757-0. Relator: Ministro Moura Ribeiro DJ: 18/11/2016. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465773254/embargos-de-divergencia-em-resp-eresp-1321606-ms-2013-0315757-0>>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1037759 RJ 2008/0051031-5. Relator: Ministra Nancy Andrichi DJ: 05/03/2010. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19158604/recurso-especial-resp-1037759-rj-2008-0051031-5>>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1079185 MG 2008/0168439-5. Relator: Ministra Nancy Andrichi DJ: 04/10/2008. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1327962 RS 2012/0118929-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão DJ: 07/11/2017. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517986618/recurso-especial-resp-1327962-rs-2012-0118929-4>>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1758767 SP 2014/0290383-5. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino DJ: 09/10/2018. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638027817/recurso-especial-resp-1758767-sp-2014-0290383-5>>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 788459 BA 2005/0172410-9. Relator: Ministro Fernando Gonçalves DJ: 13/03/2005. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 09 novembro 2019.

STOCCO, Rui. Tratado da responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo.

Editora: Revista dos tribunais, 2004

Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade civil do advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.