



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação da teoria da perda de uma chance na advocacia

Flavia de Viveiros Moreira

Rio de Janeiro
2014

FLAVIA DE VIVEIROS MOREIRA

Aplicação da teoria da perda de uma chance na advocacia

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor.

Professores Orientadores:

Ana Paula Teixeira Delgado

Maria de Fátima São Pedro

Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2014

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ADVOCACIA

Flavia de Viveiros Moreira

Graduada em Direito pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O advogado é indispensável à administração da Justiça, portanto, deve agir de forma ética, responsável e estar apto para exercer a função da advocacia. Entretanto, muitas vezes a conduta adotada por esses profissionais não coaduna com o previsto no Estatuto da Advocacia e da OAB, cabendo a responsabilização civil pelos erros cometidos. Deste modo, a essência do trabalho é abordar de uma forma mais detalhada a responsabilização do advogado pela perda de uma chance, evidenciando as situações que ensejam essa responsabilidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Profissional liberal. Advogado. Perda de uma chance.

Sumário: Introdução. 1. Teoria geral da responsabilidade civil. 2. Responsabilidade civil do profissional na advocacia. 3. A teoria da perda de uma chance. 4. Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo apresentado aborda o tema da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, que ocorrerá nos casos de atos ou omissões desidiosas do patrono na condução do processo que acarreta a perda de uma chance real e concreta do seu cliente, situação ensejadora de um prejuízo.

Registra-se que a atuação dos profissionais liberais encontra-se em destaque, em razão dos crescentes casos de ausência de ética e negligência nas posturas adotadas principalmente pelos advogados gerando danos aos seus clientes que buscam o judiciário, a fim de ter reparado o prejuízo sofrido.

A perda de uma chance é das várias hipóteses de dano que o advogado pode causar ao seu cliente, sendo a perda de um prazo um dos erros mais comuns que podem ocasionar dano ao cliente, passível de indenização.

No decorrer do artigo serão analisadas as hipóteses em que o advogado pode ser condenado a indenizar o seu cliente, bem como aborda a responsabilidade do advogado na fase pré-contratual e contratual, com a consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da forma que é apurada a culpa deste profissional.

Assim, o presente artigo busca demonstrar a importância de se realizar ao exercício da advocacia com ética e responsabilidade, tendo em vista que a ausência dessas condições pode gerar dano ao cliente, passível de indenização.

1. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em regra, a responsabilidade civil consiste na aplicação de medidas que obriguem alguém a indenizar em razão de um ato que traz prejuízo a outrem em função de sua ação ou omissão.

Rui Stoco¹ preleciona sobre o tema:

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

Segundo Maria Helena Diniz², o conceito de responsabilidade civil pode ser definido

como:

¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007, p. 114.

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Registra-se que existem dois tipos de responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, a contratual e a extracontratual.

Na primeira o dano configura-se pelo descumprimento ou inadimplemento da obrigação prevista no contrato ou negócio unilateral. O dever jurídico violado é originário do descumprimento do contrato ou do negócio unilateral. Portanto, antes do inadimplemento já existia um contrato que unia as partes e o prejuízo decorre justamente do inadimplemento desse contrato ou desse negócio unilateral. Acerca da responsabilidade por atos unilaterais de vontade Cesar Fiuza³ leciona:

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem. Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a quem lhe restituir os documentos perdidos, só será efetivamente responsável, se e quando alguém encontrar e restituir os documentos, ou seja, depois da bilateralização da promessa.

Nesse caso, em regra a responsabilidade é presumida, logo, o ônus da prova foi invertido, devendo a vítima somente comprovar que a obrigação não foi cumprida, ou seja, *onus probandi* fica a encargo do devedor.

Já a responsabilidade propriamente dita é denominada extracontratual, também chamada de aquiliana. Nessa responsabilidade, o dever jurídico não se encontra previsto em nenhum contrato, ou seja, o vínculo entre a vítima e o agente causador do dano só passa a existir após a prática do ato ilícito, portanto, não existe vínculo preexistente entre os dois. Assim,

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

³ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 331.

nessa responsabilidade, existe o dever de não causar dano a ninguém, *neminem ladere*, além disso, a vítima deve provar a culpa, pois, ela não é presumida.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL NA ADVOCACIA

A responsabilidade civil do profissional na advocacia está prevista em vários dispositivos legais, dentre eles os artigos 32 e 33 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia da OAB), artigo 14 § 4º da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

O Estatuto da Advocacia e da OAB determina que o advogado é responsável por suas ações praticadas com dolo ou culpa no exercício da profissão, dispõe que ele está obrigado a cumprir os deveres estabelecidos no Código de Ética e Disciplina, conforme previsto nos artigos 32 e 33 do referido Estatuto⁴:

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.

Importante esclarecer que o advogado é prestador de serviços, tendo em vista que ele e o cliente enquadram-se na definição de consumidor e fornecedor de serviços, prevista no art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a doutrina é divergente quanto à

⁴PLANALTO, *Lei 8.906, 04/07/1994, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 30 set. 2014.

aplicação das regras prevista no CDC, pois a inversão do ônus da prova na relação advogado cliente é imputada em favor do último.

Já outra parte da doutrina entende que a inversão do ônus da prova disposta no art. 6º, VIII, do CDC, não se aplica aos advogados, pois a não de se falar em regras de presunção de culpa, tendo em vista que para os profissionais liberais a culpa é pressuposto de imputabilidade.

Entretanto, a doutrina majoritária entende que a inversão do ônus da prova é cabível, pois a relação estabelecida entre o advogado e o cliente é de consumo, não se podendo ignorar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, em especial a do art. 6, VIII da Lei 8.078/1990.

A responsabilidade civil também está prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil⁵:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito

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

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

É indiscutível que a responsabilidade do advogado possui caráter contratual decorrente do instrumento de mandato judicial, por meio dele o advogado assume obrigações perante seus clientes.

Salienta-se que o advogado não assume a responsabilidade de ganhar o processo, mas de defender o seu cliente da melhor forma possível, portanto, não possui obrigação de resultado.

⁵ PLANALTO, Código Civil, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 30 set. 2014.

A responsabilidade civil do profissional liberal é subjetiva, logo, depende de demonstração de culpa para que exista o dever de indenizar, respondendo o advogado pelos erros cometidos e pelos prejuízos causados aos seus clientes.

Maria Helena Diniz⁶ defende que o advogado possui também a responsabilidade pré-contratual, além da contratual e extracontratual, visto que sua responsabilização pode acontecer pela omissão de providências preliminares passíveis de resguardar o direito do seu cliente, bem como que é responsável pelos conselhos dados ao contratante na proporção do dano que vier a causar:

Pelos conselhos dados aos clientes, sob forma de pareceres, desde contrários à lei, à jurisprudência e à doutrina, não só pelo fato do conselho ser absurdo ou errôneo como também por ter agido imprudentemente, pois o advogado deverá pesar as consequências ou os danos causados pela inexatidão do conselho dados.

Desse modo, o advogado que não pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em uma situação de urgência, deixar de levar a protesto, dentro do prazo legal, título de crédito entregue pelo cliente, poderá ser condenado a indenizar o cliente pelos prejuízos sofridos.

Portanto, o advogado deve tomar todas as providências necessárias que estiverem ao seu alcance para obter um bom êxito junto ao seu cliente.

Ressalta-se que o advogado que agir de forma imprudente e não seguir as instruções passadas por seu cliente, será responsabilizado pelos danos que seu cliente vier a sofrer.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz dispõe⁷:

Pela desobediência às instruções do constituinte, alterando-as, excedendo aos poderes nelas contidos ou utilizando os concedidos de modo prejudicial ao seu cliente, pois elas deverão ser observadas, visto que a função advocatícia não lhe permite dispor dos direitos alheios a seu bel-prazer. Se não concordar com as instruções recebidas, deverá pura e simplesmente renunciar ao mandato (CPC, art. 45; Estatuto OAB, art. 5º § 3º e Código de ética e disciplina, art. 12 e 13).

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.284.

⁷ *Ibid.*

A perda de um prazo para recorrer, contestar, requerer alguma diligência importante consistem em erros graves para o advogado.

Destarte, o advogado sempre deverá indenizar os seus clientes pelos prejuízos causados por dolo, culpa, erro ou negligência, dentro da proporção entre a gravidade se sua culpa e o dano gerado.

3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance surgiu na França, pois eles acreditavam que quando houvesse a perda de uma oportunidade era necessário indenizar a vítima, ou seja, “perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem”, segundo Sergio Savi⁸.

A chance de alcançar a vantagem almejada deve ser real e séria, pois deve representar muito mais que uma simples esperança.

É importante ressaltar que o valor a ser indenizável não é a quantia integral que receberia, caso a chance não tivesse sido perdida, pois, a vantagem era uma possibilidade e não uma certeza.

Portanto, o magistrado deverá efetuar o cálculo com base no resultado útil esperado e sobre esse fazer incidir o percentual de probabilidades da vítima obter aquele resultado, ou seja, o cálculo do valor da indenização será realizado com base na probabilidade ou razoabilidade, devendo “ quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma

⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3.

equitativa pelo Juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.⁹”

Lembrando que a vítima deverá demonstrar que a chance perdida foi ocasionada por um ato culposo do advogado e que as chances eram sérias e reais.

A perda de uma chance não pode ser confundida com a responsabilidade subjetiva, vez que a perda de uma chance constitui a privação da oportunidade da vítima de alcançar um resultado favorável, logo, constitui uma modalidade de responsabilidade civil.

O advogado não possui a obrigação de garantir o resultado, contudo, tem obrigação de meio, conseqüentemente deve buscar o melhor resultado para o seu cliente, caso vier a agir de maneira dolosa, culposa ou negligente, responderá de civilmente pela perda de uma chance.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

É evidente a importância da aplicação da teoria da perda de uma chance no exercício da advocacia, pois ela tem sido aplicada para caracterizar a responsabilidade civil em casos de negligência de profissionais liberais que possuem obrigação de meio, não de resultado.

Excepcionalmente, a obrigação será de resultado para o advogado, quando ele assumir o compromisso de entregar o resultado final, nos casos de elaboração de um contrato ou minuta de escritura pública.

⁹ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

Importante mencionar que a dano oriundo da perda de uma chance não se identifica como dano emergente, nem como lucro cessante, sendo uma das maiores dificuldades quantificar o dano.

Neste sentido, Sergio Savi afirma¹⁰:

(...) para a quantificação da indenização do dano decorrente da perda de uma chance o juiz deverá partir do valor do resultado útil esperado e sobre este fazer incidir o percentual de probabilidades da vítima obter aquele resultado, não fosse o ato do ofensor. O caso do advogado que perde o prazo para interposição de um recurso de apelação pode ser utilizado como exemplo da forma exata de quantificação do dano da perda da chance. Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para cobrança de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição do recurso de apelação. Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado negligente chegue à conclusão de que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$ 10.000,00, e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja 90%. Assim, nesta hipótese, o valor da indenização a títulos de danos materiais seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Conclui-se que a cabe a vítima ônus probatório de demonstrar que a chance perdida era séria e real, bem como que a perda da chance ocorreu, em razão da conduta negligente do advogado, ou seja, do ato ilícito praticado por ele.

Por fim, a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance configura-se pela análise de cada caso concreto, em especial observados os pressupostos de que o ato ilícito foi cometido pelo advogado; a chance era real e séria e; o nexo de causalidade entre o ato ilícito e a perda de uma chance.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do advogado encontra-se em evidência no mundo jurídico, tendo em vista que a sua responsabilidade perante o cliente é contratual, portanto, responde

¹⁰ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69.

pelos danos que causar, em razão de conduta culposa no exercício do seu mandato, inclusive pela perda de uma chance.

Assim, incontestável a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso do advogado, pois basta que pratique um ato culposo para gerar o dever de indenizar.

Outrossim, serão observados os seguintes pressupostos para configurar a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: ato ilícito cometido pelo advogado; se a chance perdida era séria e real e não algo hipotético com baixíssimas probabilidades; nexó de causalidade entre o ato ilícito e a perda de uma chance.

Desse modo, configurados os pressupostos acima, será auferida uma indenização, por meio de um percentual matemático que a chance perdida tinha, fazendo incidir este percentual sobre o resultado útil esperado, levando-se em conta a probabilidade ou razoabilidade que a chance perdida teria de concretizar.

Por fim, é pacífico o entendimento da doutrina e da jurisprudência que o advogado sempre irá indenizar os prejuízos causados aos seus clientes, seja por dolo, por erro ou negligência.

REFERÊNCIAS

CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance*. São Paulo: Ltr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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