

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

LUIZ CARLOS DE ASSIS JR.

Resumo: O presente artigo investiga a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do advogado. A perda de chance é um tema cada vez mais recorrente na doutrina e tribunais brasileiros, razão porque é preciso traçar padrões para a aplicação segura e sistematizada dessa teoria no âmbito da responsabilidade civil do advogado. Dentre os principais elementos investigados para a caracterização da responsabilidade do advogado pela chance perdida, estão o nexu causal e a seriedade da chance indenizável, e, de outro lado, são traçados alguns critério de fixação do valor indenizatório pela perda de chance. Finalmente, além de se investigar nos tribunais hipóteses em que o advogado normalmente incorre em perda de chance, faz-se importante análise dos efeitos da súmula vinculante para a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance.

Palavras-chave: responsabilidade civil; advogado; perda de uma chance

Luiz Carlos de Assis Jr. é Mestre em Direito pela UFBA; Professor do curso de Direito da Faculdade do Sul da Bahia (FASB); Defensor Público do Estado da Bahia.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do século XX, a responsabilidade civil se desenvolveu rapidamente, acompanhando a complexização das relações sociais. As mudanças variam desde o fundamento da responsabilidade – da culpa ao risco – à dimensão dos danos e flexibilização da causalidade.

Em relação ao dano, o seu conceito se alargou de modo inimaginável: dos meros danos patrimoniais, passou-se a reparar os danos morais.

Dentre outras espécies de danos originadas desse desenvolvimento da responsabilidade civil, destaca-se a perda de uma chance, dada sua importância social como parte do movimento contemporâneo de reparação da vítima.

Paralelamente, tem-se que esse desenvolvimento da responsabilidade civil afeta todas as searas de responsabilidade, como no caso da responsabilidade civil do advogado. Assim, trabalha-se com hipótese de que a responsabilidade civil do advogado sofre reflexos da teoria da perda de uma chance.

Entender a fusão entre a responsabilidade civil do advogado e a teoria da perda de uma chance requer sejam esclarecidas algumas questões: 1) o que se deve entender por perda de uma chance?; 2) quais as consequências da incidência da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do advogado e quais os critérios para sua aplicação concreta?; 3) que situações práticas ensejam a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance?; 4) que implicações para essa teoria tem a súmula vinculante?; e 5) há aceitação na doutrina e na jurisprudência da responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance?

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance reside no modelo contemporâneo da responsabilidade civil. Esse fenômeno é global: esta a

conclusão a que se chega quando comparados, por exemplo, *The 1934 Restatement of Torts* e *The 1948 Restatement of Torts*, nos Estados Unidos.

O primeiro estabelecia que se uma conduta causar distúrbio apenas de ordem emocional ou mental não implicava em responsabilidade do agente; apenas quatorze anos depois, o segundo passou a prever exatamente o contrário, dispondo que aquele que causasse algum dano de ordem emocional para outrem seria responsável por este dano e também pelo dano corporal resultante do ato lesivo¹.

Percebe-se, por outro lado, um forte avanço nas estatísticas e mensuração de riscos, o que, em experimentos de manipulação e controle do provável e do incerto, contribui para a aceitação de que a incerteza é parte integral da ciência do Direito.

Aproveitando-se do avanço paralelo de outras ciências, o Direito se permite explorar melhor a qualificadora *incerteza* na seara da responsabilidade civil, de forma a aumentar a zona de danos reparáveis, alcançando aquilo que Nancy Levit chama de *ethereal substantive torts*²: danos emocionais, quebra de expectativa ou de confiança e da boa-fé, a criação de riscos e, ainda, a *perda de uma chance*.

A razão para a reparação de danos probabilísticos está no fato de que não são meramente hipotéticos e futuros, mas contemporâneos a tudo sobre o que a pessoa humana mais se importa: estabilidade, segurança, confiança e certeza.

A perda de uma chance tem sido estudada nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Acredita-se que essa teoria teve sua primeira manifestação em 1889, quando a Corte de Cassação francesa condenou um advogado a reparar porque impediu o normal desenvolvimento da demanda e tolheu a chance de a vítima lograr êxito.³

¹ LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts*. *George Washington Law Review*, v. 61, 1992, p. 142: "The 1934 Restatement of Torts provided that intentional conduct 'likely to cause only a mental or emotional disturbance to another does not subject the actor to liability' for the resulting emotional distress or accompanying physical injury. Later authors of the Restatement came to precisely the opposite conclusion in 1948 [...]"

²Id. *Ibid.* p. 139.

³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10.

Em 1911, o sistema da *common law* experimentou no Reino Unido a primeira aplicação da teoria da perda de uma chance no *leading case* Chaplin v. Hicks⁴. Nos Estados Unidos, é interessante observar, a aplicação da *loss of chance theory* se desenvolveu intensa e quase que unicamente no campo da medicina⁵.

Na Austrália, registra-se que as primeiras indenizações pela chance perdida se originaram da responsabilidade contratual do advogado⁶. Já na Itália, apesar do farto desenvolvimento doutrinário sobre o tema nas décadas de 60 e 70, só em 1983 se experimentou a primeira decisão favorável à indenização da chance perdida⁷.

Finalmente, a teoria da perda de chance chegou ao Brasil em 1990⁸, por meio de uma conferência no Rio Grande do Sul, com a presença de François Chabas, *expert* sobre a questão na França.

A aplicação da teoria da perda de uma chance é uma nítida manifestação de que o Direito passou a considerar a incerteza como parte integrante da solução dos complexos e probabilísticos conflitos sociais.

Os casos de perda de chance ilustram as mudanças no conceito de lesão, explicitando-se que o dano a ser reparado é a chance perdida em si mesma⁹. A chance perdida é entendida como um dano em si mesmo, autônomo e que deverá ser indenizado na medida de sua quantificação.

⁴ Uma modelo teve a perda de sua chance – que foi apurada em vinte e cinco por cento – indenizada por ter sido impedida de participar da última etapa de um concurso de beleza.

⁵ FISCHER, David A. Tort recovery for loss of a chance. *Wake Forest Law Review*, fall, 2001.

⁶ SMITH, Ben. Loss of a Chance. *Victoria University of Wellington Law Review*, New Zealand. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWL-Rev/1999/17.html>>. Acesso em: 01abr. 2010: “Damages were first awarded for loss of a chance in contract and were initially confined to solicitors’ negligence actions”.

⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. SP: Atlas, 2006. p. 25.

⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 672.

⁹ LEVIT, Nancy. Ob. cit. p. 155: “The loss of chance cases illustrates the changes in the conceptualization of harm and the embrace of probabilistic thinking [...]. Courts and commentators explicitly acknowledge that the compensable injury is the lost chance itself”.

3 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO POR PERDA DE CHANCE

A responsabilidade civil do advogado pela perda de chance se assemelha em alguns aspectos à teoria geral da responsabilidade civil, como é o caso da culpa como fundamento da responsabilidade do advogado (Lei 8.906/94¹⁰, art. 32).

Há, contudo, algumas peculiaridades no nexo causal e na qualidade do dano, sem as quais a obrigação de reparar pela chance perdida não se configura.

O correto entendimento desses aspectos permitirá a aplicação coerente e padronizada da teoria no âmbito da responsabilidade do advogado, evitando-se abusos e enriquecimento sem causa.

3.1 Nexo causal

Sem causalidade, não há responsabilidade civil, razão porque o nexo causal deve ser devidamente fixado entre o ato ilícito praticado pelo advogado e a chance perdida por seu cliente.

Nesse caso, a conduta ilícita do profissional do direito faz cessar uma cadeia de eventos que poderia desaguar numa vantagem para o seu cliente, e o nexo causal a ser provado é justamente entre o ato ilícito e a perda da oportunidade.

Não se trata de causalidade entre o ato ilícito e o dano final, aquilo que deixou de ganhar, pois, para isso, seria necessária a recriação da demanda, com a produção de fatos não ocorridos, para a (re)apreciação pelo magistrado na ação de responsabilidade.

Esse método de solução do problema - *trial-within-a-trial*¹¹ - merece críticas, pois, não permite discutir a chance perdida, mas o próprio resultado da demanda originária, o que afasta o julgador da teoria da perda de uma chance como dano autônomo.

¹⁰ O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações entre advogados e clientes. Nesse sentido, cf. STJ: REsp 757867/RS; REsp 539077/MS; REsp 532377/RJ.

¹¹“Julgar a causa num segundo julgamento” (tradução nossa). Cf. LORD, Polly A. Loss of chance in legal malpractice. *Washington Law Review*, v. 61, 1986, p. 1481.

A causalidade, portanto, deve ser investigada entre o ato ilícito e a *perda da oportunidade* de tentar conseguir alcançar a vantagem final esperada.

3.2 Chance séria e real: a chance indenizável

Definitivamente, a teoria da perda de uma chance não significa a banalização da responsabilidade civil, e não se visa reparar toda e qualquer chance aparentemente perdida. Indenizável será apenas a chance perdida que possa ser caracterizada como séria e real; este é o limite da responsabilidade por perda de uma chance.

O exame de um caso concreto permitirá a compreensão do instituto. Ao responsabilizar um advogado pela interposição de recurso intempestivo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que “o prejuízo da parte consiste na perda da possibilidade de ver apreciado o mérito da causa na instância superior” e impôs fixação da indenização através de arbitramento, “levando-se em conta que o dano corresponde apenas à perda de uma chance”¹².

Neste caso, antes de aferida a seriedade da chance perdida, o Tribunal afirmou ser um caso de perda de chance indenizável. O dano por perda de uma chance não pode ser tratado como um dano *in re ipsa*, pois, a simples falta de recurso não significa que a perda de uma chance seja séria e real.

Isso não significa, porém, que as chances inferiores a 50% careçam de seriedade¹³, mas que deve ser analisada com rigor redo-

¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 45.988-1, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 19 de março de 1996. In SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 60.

¹³ Em posicionamento contrário, Sérgio Savi entende que apenas a chance cuja probabilidade de sucesso na percepção da vantagem final fosse superior a cinquenta por cento deva ser reparada quando perdida. Se a vítima não provar, porém, que sua chance era de, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento), seu pleito será improcedente, pois, “na presença de um percentual desfavorável superior àquele favorável, não há razão alguma que possa justificar a prevalência da segunda sobre a primeira e, assim, o ressarcimento de um dano não demonstrado”. SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 257.

brado¹⁴, sob pena de se estabelecer condições absolutas incompatíveis com a incerteza inerente ao Direito. Ademais, não se vê grande diferença em uma chance equivalente a 49% e outra igual a 50%.

Poly A. Lord traça alguns critérios para a caracterização da chance como digna de reparação. Eles se compõem das condições preexistentes em relação à conduta ilícita.

No contexto da responsabilidade do advogado, as condições preexistentes consistem de fatos e circunstâncias que levam o cliente a buscar os serviços advocatícios.¹⁵ Essa possibilidade medida é que constitui a oportunidade – a chance – do cliente, e o seu valor será baseado na força das razões fáticas e jurídicas que sustentariam a sua pretensão.¹⁶

Devem ser considerados todos os aspectos que envolvem a situação, *v.g.*, a prescrição e a decadência, a jurisprudência majoritária da época dos fatos, enfim, tudo o quanto podia influenciar na chance de o cliente obter sucesso em sua pretensão. Com isso, o valor da chance poderá variar de zero a 100% (cem por cento)¹⁷.

Essa avaliação da força das razões fáticas e jurídicas que sustentam a pretensão do cliente é feita, inclusive, pelo próprio advogado antes de celebrar um contrato de serviços advocatícios: é seu dever aconselhar à parte não ingressar em aventura judicial, bem assim, advertir o cliente dos riscos da demanda.

¹⁴ Apesar de apresentadas em outras circunstâncias, as razões de Caio Mário são no mesmo sentido: Como requisito do dever de reparação, no seu conceito não se insere o elemento quantitativo. Está sujeito a indenizar aquele que causa prejuízo em termos matematicamente reduzidos, da mesma forma aqueloutro que cause dano de elevadas proporções. [...] O que orientará a justiça, no tocante ao dever ressarcitório, é a lesão ao direito ou interesse da vítima, e não a sua extensão pecuniária. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 39.

¹⁵ LORD, Poly A. Op. cit. p. 1493: “In the legal context, the preexisting condition consists of the facts and circumstances that make up the client’s cause of action or defense”.

¹⁶ Id. Ibid. loc. cit.: “The value of this opportunity is based on the strength or weakness of the facts underlying the client’s cause of action or defense”.

¹⁷ Em sendo de 100% (cem por cento) a chance perdida, é inevitável que se repare o próprio dano final, eis que a causalidade entre o ato ilícito e o dano final estará plenamente fixada.

Desta forma, a prova do ilícito praticado pelo advogado não implica, necessariamente, na seriedade e realidade da chance. As provas a serem feitas pela vítima recaem sobre as circunstâncias fáctico-jurídicas que antecedem a perda da oportunidade, quando o julgador poderá avaliar se a chance perdida merece tutela.

A seriedade da chance não se confunde com seu aspecto quantitativo, pois, é o julgador, com fulcro na equidade, quem avalia se a chance *sub judice* é séria e real a ponto de merecer reparação quando violada.

3.3 Critérios valorativos

O valor da indenização por perda de chance será sempre inferior ao da vantagem final definitivamente perdida^{18,19}. Em sendo a perda de uma chance representada por um percentual de probabilidade de se alcançar a vantagem definitivamente perdida, é esse percentual multiplicado pelo valor do dano final que resultará no *quantumdebeat*.

Se fosse possível assegurar uma chance de 100%, e que a vantagem final certamente seria alcançada, então, se estaria indenizando o próprio dano final. Logo, a reparação pela chance perdida jamais será igual ou superior ao valor do dano final.

Na persecução do valor probabilístico da chance, o julgador poderá recorrer à estatística. Demonstram Jack Levin e James Alan Fox²⁰, que, apesar do maior grau de dificuldade, a estatística pode ser aplicada para as ciências humanas. O cálculo probabilístico refletirá o valor percentual da chance, variando de zero a 100%.²¹

¹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit. p. 137.

¹⁹ Contrariando essa regra, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou uma advogada a reparar a vítima integralmente no valor pretendido em sua demanda – como se tratasse de lucro cessante –, quando o caso representava típica hipótese de chance perdida. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70005473061, da 9ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS, 10 de dezembro de 2003.

²⁰ LEVIN, Jack; FOX, James Alan. *Estatísticas para ciências humanas*. 9.ed. Tradução: Alfredo Alves de Farias. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

²¹ Com propriedade, explicam Levin e Fox: Uma probabilidade de zero indica que algo é impossível; as probabilidades vizinhas de zero, como 0,05 ou 0,10, implicam

A quantificação da perda de uma chance é o resultado daquele valor probabilístico multiplicado pelo valor do dano final. Nem sempre, porém, a quantificação na perda de uma chance constitui tarefa fácil e, em determinadas situações, o julgador terá de recorrer à equidade e fixar o valor por arbitramento²².

Deste modo, por mais difícil que possa ser a quantificação da indenização pela chance perdida, principalmente por se tratar da seara advocatícia, esta dificuldade não afasta o dever de reparar.

4 HIPÓTESES DE PERDA DE UMA CHANCE NA ADVOCACIA

Situação recorrente constatada na jurisprudência é a responsabilização do advogado pela não propositura da ação antes de consumado o prazo prescricional. Foi esse o caso da Apelação Cível nº 1.0540.04.001229-1/001, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais²³: o advogado não propôs a ação de cobrança de seguro e o prazo prescricional se consumou.

O Tribunal sublinhou que, dadas as peculiaridades do caso, “não se pode considerar que o simples fato de um advogado deixar de propor uma ação, gere uma indenização pela perda de uma chance”, afinal, “a chance perdida deve ser certa e isenta de dúvidas²⁴, do contrário, ausente o dever de indenizar”.

ocorrências extremamente improváveis. No outro extremo, uma probabilidade de 1,0 constitui a certeza, e as probabilidades muito altas, como 0,90, 0,95 ou 0,99, significam resultados muito prováveis. LEVIN, Jack; FOX, James Alan. *Ibid.* p. 142.

²² A fixação desse valor, contudo, não pode ser arbitrária: “Diz-se, comumente, que deve [o juiz] seguir determinados critérios preestabelecidos, na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexíssima) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, se sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle de racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 270.

²³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0540.04.001229-1/001, da 15ª Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 10 de novembro de 2005.

²⁴ Por chance isenta de dúvidas, deve-se entender chance séria e real, e não como certeza de ganho ou perda da causa.

É a perda de prazos para interposição de recursos, contudo, que representa o maior número de hipóteses de responsabilidade por perda de chance contra o advogado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo²⁵ afirmou que, ao deixar de interpor o recurso de apelação tempestivamente, o advogado gera a perda da chance para o cliente. E decidiu: “a constatação da probabilidade de que o recurso seria provido, caso interposto, leva ao reconhecimento da existência do dano a justificar a reparação”.

A falta de providências acessórias, por sua vez, pode afetar profundamente a atuação do advogado, como é o caso do não recolhimento de custas.

Entretanto, isso, por si só, não acarreta o dever de reparar pela chance perdida: foi o que decidiu o Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao afirmar que a mera extinção de embargos à execução por falta de recolhimento de custas não justifica a reparação por perda de chance, ainda mais porque, *in casu*, “encontraria óbice na mínima, quiçá nenhuma, possibilidade de êxito dos embargos”²⁶.

Verificou-se, também, a responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance decorrente da sua negligência em não promover a restauração de autos extraviados.

Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao decidir que “age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance”²⁷.

²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 875850/5, da 31ª Câmara Cível, São Paulo, SP, 30 de setembro de 2008.

²⁶ SÃO PAULO. Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 30359, da 1ª Turma, São Paulo, SP, 19 de dezembro de 2007.

²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 591.064.837, da 5ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS, 29 de agosto de 1991. *Apud* VASSILIEFF, Sílvia. *Responsabilidade civil do advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 167 – 169. Nesse caso, os autos foram extraviados e, por doze anos, o advogado não tomou

Vislumbra-se, ainda, a hipótese do não ajuizamento da ação rescisória²⁸ no prazo decadencial de dois anos, o que acarretaria na perda da oportunidade de invalidar uma decisão transitada em julgado, desde que o advogado tenha sido devidamente contratado para tanto.

Por outro lado, se a falta de ajuizamento da ação rescisória pode gerar responsabilidade por perda de chance, a sua propositura pode afastar a responsabilidade do advogado pela chance perdida em recurso intempestivo.

Foi essa a linha de raciocínio aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento nº 932.446/RS, ao decidir que o advogado que propõe ao cliente a propositura de ação rescisória – como forma de reparar o erro do qual resultou a perda da chance – afasta a sua responsabilidade pela perda do prazo recursal²⁹.

Com isso, e sem a pretensão de esgotar as hipóteses, resta demonstrado serem inúmeras as situações que podem ensejar a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance.

qualquer providência, mesmo tendo sido procurado pela ex-cliente. Em que pese a gravidade do fato, deve-se registrar que o Tribunal não investigou a qualidade da chance de, mesmo após a restauração dos autos, se ter a demanda julgada procedente, ou seja, condenou o advogado a reparar uma presumida perda de chance.

²⁸ Em sentido contrário, Sérgio Novais Dias afirma que, pelo fato de a ação rescisória implicar em despesas e honorários de sucumbência, não se pode condenar o advogado pela perda de uma chance diante da sua não proposição. DIAS, Sérgio Novais. Op. cit. p. 83.

²⁹ Processo Civil. Recurso Especial. Agravo. Juízo de Admissibilidade. Advogado que perde prazo recursal. Pedido de indenização formulado por seu cliente com base na Perda de uma Chance. Acórdão vergastado reconhecendo que a ação rescisória proposta por clientes em situação idêntica resultou exitosa. Fundamento não atacado. Deficiência na fundamentação. [...] negado provimento ao agravo de instrumento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 932.446/RS, Decisão Monocrática, Brasília, DF, 29 de outubro de 2007

5 OS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Objetivando-se uniformizar a validade, a interpretação e a eficácia de normas, acerca das quais haja controvérsia, foi implementada a súmula vinculante no ordenamento brasileiro, a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

Uma vez aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, ela obriga não apenas os órgãos do Poder Judiciário, mas também toda administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 103-A, *caput*).

Possuindo força vinculante, essas súmulas permitem afirmar com razoável grau de certeza o resultado de uma demanda que envolva sua aplicação. Isso abala substancialmente a incerteza no resultado da prestação advocatícia, pois, existindo súmula vinculante sobre determinado assunto, o advogado tem o dever de conhecê-la e de defender os interesses de seu cliente com respaldo na súmula³⁰.

Assim, se em matéria contenciosa há decisão proferida em sentido contrário a alguma súmula vinculante, o advogado deve pleitear a reforma da decisão. Se não o fizer, a hipótese é de lucro cessante, haja vista a certeza de que a causa seria procedente se fosse aplicada a súmula vinculante³¹.

Requerendo indenização, o cliente deve provar que a súmula vinculante seria inequivocamente aplicada ao seu caso, e que, se o advogado não tivesse negligenciado no prazo recursal, obteria uma decisão no sentido desejado.

³⁰ Obviamente, o advogado conta com as técnicas de confronto, interpretação e aplicação do precedente – *distinguishing* – e de superação do precedente – *overruling* –, para afastar a aplicabilidade de uma súmula vinculante no caso concreto. Neste sentido, cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5.ed. v.2. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 393-397.

³¹ No mesmo sentido, Sérgio Savi explica que “na vigência do sistema de súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado que perde um prazo para interposição de um recurso ao pagamento de lucros cessantes, ao invés de condená-lo ao pagamento de indenização pela perda da chance”. SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 62.

Por outro lado, é razoável admitir que contra decisões contrárias à súmula vinculante cabe ação rescisória, e que o advogado pode utilizar este instrumento para afastar responsabilidade por perda de chance. Essa é a melhor interpretação que se pode oferecer ao artigo 485, V, do Código de Processo Civil³².

Note-se que a súmula vinculante possui características de lei, isto é, possui eficácia genérica e *erga omnes* e é tratada como fonte primária do direito. Daí se poder afirmar a possibilidade de que “uma sentença de mérito, transitada em julgado, que violar literal disposição de súmula vinculante venha a ser rescindida.”³³

Portanto, se o advogado age culposamente na defesa dos interesses de seu cliente e deixa de invocar súmula vinculante em seu favor, ainda pode afastar sua responsabilização civil – por lucros cessantes ou perda de uma chance – se oferecer ao cliente a propositura de ação rescisória.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO POR PERDA DE UMA CHANCE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Por tudo o quanto desenvolvido, é evidente a aceitação da responsabilização do advogado na teoria da perda de chance, em que pese alguma variação teórica e aplicação não-uniforme.

Silvia Vassilief³⁴ entende que a perda de uma chance em si não é dano, mas omissão do profissional, ou seja, a chance perdida pode ser a causa de um dano, mas não constituir o próprio dano.

³² Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar literal disposição de lei.

³³ LOBO, Arthur Mendes. Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: IOB Thomson, n. 45, jan./fev. 2007. Disponível em <http://revistajuridica.fafibe.br/arquivos/breves_comentarios_sobre_a_regulamentacao_da.pdf>. Acesso em 01 abr 2010.

³⁴ VASSILIEF, Sílvia. Op. cit. p. 69.

Sérgio Novais Dias³⁵ frisou a impossibilidade de se chegar a uma solução totalmente satisfatória e pacífica para a questão, mas, afirmou que “mesmo em se considerando que a utilização do recurso previsto em lei é um direito da parte, a lesão a esse direito pode não causar dano”³⁶, afinal, a simples ação culposa sem dano efetivo não gera responsabilidade civil.

Sérgio Savi³⁷, com base em doutrina italiana, defende que a chance perdida é dano autônomo, mas não será reparável se equivalente a menos de 50% da probabilidade de se obter a vantagem final esperada.

Rafael Peteffi da Silva³⁸ comenta que a aplicação da perda de chance em matéria contenciosa é recorrente, pois, o juiz é o próprio perito da causa, não necessitando de laudos externos para basear o seu convencimento, mas deve sempre julgar com base na jurisprudência vigente na época dos fatos.

A jurisprudência também é pacífica em aceitar que chance perdida pode ser indenizada, mas não é uniforme nos critérios de reparação. Realizado levantamento jurisprudencial sobre a questão em Tribunais de Justiça, o resultado foi interessante.

Utilizando-se variações do termo “perda de uma chance”, no Tribunal de Justiça da Bahia não foi encontrada nenhuma decisão envolvendo a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance.

Em contrapartida, nos domínios virtuais dos Tribunais de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, são incontáveis os acórdãos envolvendo a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance.

O primeiro julgado acerca da perda de uma chance na seara advocatícia, no Brasil, data de 1991. Trata-se de acórdão proferido

³⁵ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTR, 1999. p. 51.

³⁶ Id. Ibid. p. 53.

³⁷ SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 61.

³⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit. p. 159.

pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁹ na Apelação Cível nº 591.064.837.

Em seu voto, o Relator não esconde a influência do direito francês em sua decisão, e faz referência expressa a uma conferência, de 1990, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dada por François Chabas, acerca da perda de uma chance.

Nesse julgado, apesar da referência à teoria da perda de uma chance, não houve a devida investigação sobre a seriedade da oportunidade perdida, tendo-se condenando o advogado pela não obtenção da pensão por morte por sua cliente. Em julgados mais recentes, já é possível verificar que a verdadeira teoria da perda de uma chance está sendo chamada a depor quando se trata de responsabilidade civil do advogado.

É justamente o que se percebe na Apelação Cível nº 70024478000, na qual o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁰ decidiu que os “advogados não interpuseram o recurso de apelação por questão de prudência e cautela, sobretudo *porque a jurisprudência era majoritariamente contrária aos interesses da sua cliente*”. Afastou-se, então, a reparação por perda de chance.

Em vinte anos, a jurisprudência se desenvolveu no que tange à qualidade com que se aprecia a responsabilidade civil do advogado na teoria perda de uma chance, não deixando dúvidas sobre a aceitação e aplicabilidade dessa teoria no direito brasileiro.

7 CONCLUSÕES

Diante das exposições precedentes, pode-se extrair as seguintes conclusões:

I. A teoria da perda de uma chance faz parte do fenômeno global de desenvolvimento da responsabilidade civil em prol da reparação da vítima.

³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 591.064.837, da 5ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS, 29 de agosto de 1991. *Apud* VASSILIEFF, Sílvia. Op. cit. p. 169.

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70024478000, da 16ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS, 28 de agosto de 2008.

2. Aproveitando-se do desenvolvimento de outras ciências, o Direito passa a aceitar a incerteza e trabalhá-la na responsabilidade civil, dando origem aos danos etéreos, dentre os quais está a perda de uma chance como dano autônomo.
3. Para que se caracterize a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance, faz-se necessária a prova dos seguintes elementos: a culpa, o ato ilícito, a perda da chance de auferir uma vantagem futura e a causalidade entre o ilícito e a interrupção dos fatos que poderiam desembocar na vantagem final esperada.
4. Apenas se indeniza a chance séria e real, aferida com base nas circunstâncias fático-jurídicas que antecedem a perda da oportunidade e permitem ao julgador avaliar se a chance perdida é merecedora de tutela jurídica.
5. Na quantificação da reparação pela perda de chance, esse valor não pode ultrapassar o valor máximo da vantagem final não alcançada e, quando for impossível calcular matematicamente este valor, o juiz o fixará por arbitramento.
6. Sem esgotar a casuística, identificou-se a responsabilização do advogado pela perda de chance em algumas hipóteses: a) não propositura da ação antes de consumado o prazo prescricional; b) perda de prazos para interposição de recursos; c) não promoção de restauração de autos extraviados; d) não ajuizamento da ação rescisória.
7. A súmula vinculante dá certeza ao resultado de uma demanda, razão pela qual o advogado que não pleitear a reforma da decisão e sua adequação à súmula, responde por lucro cessante.
8. Em que pese a falta de uniformidade no tratamento dispensado pela doutrina e pela jurisprudência à responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance, não resta dúvidas de sua aceitação no ordenamento brasileiro.
9. Desde a introdução da teoria da perda de chance no Brasil, em 1990, constata-se um desenvolvimento satisfatório e sistematizado em sua aplicação na responsabilidade civil do advogado pela jurisprudência.

8 REFERÊNCIAS

- DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTR, 1999.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5.ed. v.2. Salvador: JusPodivm, 2010.
- FISCHER, David A. Tort recovery for loss of a chance. *Wake Forest Law Review*, fall, 2001.
- LEVIT, Nancy. Ethereal Torts. *George Washington Law Review*, v. 61, 1992. p. 136-192
- LEVIN, Jack; FOX, James Alan. *Estatísticas para ciências humanas*. 9.ed. Tradução: Alfredo Alves de Farias. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.
- LOBO, Arthur Mendes. Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: IOB Thomson, n. 45, jan./fev. 2007. Disponível em <http://revistajuridica.fafibe.br/arquivos/breves_comentarios_sobre_a_regulamentacao_da.pdf>. Acesso em 01 abr 2010
- LORD, Polly A. Loss of chance in legal malpractice. *Washington Law Review*, v. 61, 1986. p. 1479-1502.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. SP: Saraiva, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil: de acordo com a Constituição de 1988*. 8.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SMITH, Ben. Loss of a Chance. *Victoria University of Wellington Law Review*, New Zealand. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLRev/1999/17.html>>. Acesso em: 01 abr. 2010.
- VASSILIEF, Sílvia. *Responsabilidade civil do advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.