

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Fernanda Previatto Antunes¹

RESUMO

O presente trabalho refere-se a um plano de investigação científica, com a utilização da pesquisa bibliográfica acerca da perda de uma chance no processo civil. Pretende-se investigar os erros cometidos pelos advogados no processo, como a perda do prazo processual para a prática de atos processuais, os quais geram a preclusão, podendo causar a extinção do referido processo sem a resolução do mérito. Trata-se da possibilidade de reparação de danos por parte dos clientes em face dos advogados. Caso o processo seja extinto sem a resolução do mérito, por conta do advogado, causando prejuízo ao cliente, o profissional deverá ser responsabilizado. Dessa forma, surge a perda de uma chance no processo civil, e assim, a possibilidade de reparação de danos em face do advogado. Contudo, deverá haver prudência do julgador ao decidir tal questão. O cliente deverá demonstrar que perdeu a possibilidade de alcançar o sucesso no processo, segundo entendimento do STJ. Necessário se faz uma ponderação acerca da probabilidade, a qual imagina-se ser real, que a parte teria de sair vitoriosa no processo. Sendo assim, não será qualquer erro considerado como perda de uma chance processual.

Palavras-chave: Perda de uma chance. Prazo. Preclusão. Responsabilidade civil.

¹ Mestre em Sistema de Garantias Constitucionais pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), formada em Administração e Direito pelo Centro Universitário Salasiano de Lins. Especialização em Gestão Empresarial Pelo Centro Universitário Salesiano. Docente na ETEC Helcy Moreira Aguiar de Cafelandia- SP e docente a FATEC Antônio Seabra em Lins-SP, Advogada

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE

INTRODUÇÃO

O advogado possui diversas obrigações no processo, entre elas, a de defender a parte em juízo, aconselhar profissionalmente e utilizar toda a sua capacidade para tentar obter êxito na causa.

O processo é um encadeamento de atos processuais, tendo seu início com a postulação da petição inicial e ultimando com a sentença. Entre a prática dos atos processuais haverá sempre um prazo, o qual deverá ser respeitado pelas partes, advogado, membro do Ministério Público, Juiz, auxiliares da justiça, entre outros.

O desrespeito aos prazos podem causar sérias consequências a todos os sujeitos processuais. Para o advogado, caso isso ocorra, haverá a chamada preclusão, sendo a perda da faculdade de se praticar um ato processual, em decorrência do transcurso do tempo, conhecida como preclusão temporal.

Ocorrendo a extinção do processo, antes do julgamento do mérito, restará a responsabilidade civil referente à perda de uma chance, possibilitando que o cliente inicie uma ação de reparação de dano conjuntamente com uma representação junto à Ordem dos Advogados do Brasil, contra o advogado, fazendo com que o mesmo responda a um processo administrativo.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) vem sendo estudada pela doutrina em todo o mundo. Ela é utilizada por diversos Tribunais brasileiros, incidindo a responsabilidade civil quando o advogado, ou outra pessoa, quando é retirada por dolo ou culpa a chance que vítima tinha de alcançar um melhor resultado processual.

Para afirmar a ocorrência da perda de uma chance, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, tais como a demonstração da seriedade e realidade, a perda da possibilidade de obter, naquele processo, uma resposta mais vantajosa, além de demonstrar que o processo tinha todas as exigências (leis, provas e jurisprudências) para seu sucesso.

As consequências da perda de uma chance no processo civil é a questão problema deste artigo, ou seja, quando o advogado perde um prazo, ocorrendo a preclusão, tem-se conseqüentemente a possibilidade do processo de ressarcimento de danos, alegando a sua responsabilidade civil, porque não se cumpriu o dever e provocou um prejuízo para o cliente.

Optou-se, nesse estudo, pela pesquisa bibliográfica e documental, com levantamento bibliográfico coletado em livros de doutrina, artigos em revistas científicas e publicados na internet, jurisprudência e legislação, com enfoque exploratório e análise qualitativa.

1 BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE O PROCESSO E O PRAZO

Se determinada pessoa tiver um problema a ser solucionado perante a Justiça, obrigatoriamente,

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

deverá ser instrumentalizado em um processo, sendo considerado como um instrumento para efetivar a jurisdição.

Em um conceito muito didático, Didier Júnior (2013, p. 328) preleciona que o processo é considerado uma marcha para frente, porque é uma sucessão organizada de atos, tendo como finalidade alcançar um objetivo, ou seja, a prestação da tutela jurisdicional.

O processo é considerado um método de solução de conflitos, com regras que proporcionam a participação dos sujeitos da ação de maneira organizada, sendo que essas todas essas regras denominadas de “formalismo processual”.

Na lição do Theodoro Junior (2014, p. 285), o prazo, que é algo fundamental no processo, sendo considerado como o espaço de tempo em que o ato é praticado para ser considerado válido, mas vale destacar que todo o prazo é delimitado por dois termos, que são: o inicial e o final.

Os prazos existem no processo para que este não se eternize, sendo compreendido como a quantidade de tempo entre dois atos processuais e no ordenamento jurídico há diversos exemplos de estabelecimento de prazos.

Pode-se afirmar que o prazo se relaciona diretamente com o procedimento, pois, a obrigação da existência de determinados espaços de tempo para a prática dos atos processuais, possibilitando o encaminhamento do processo, a passagem entre as mais diversas etapas do processo e do procedimento, desde que a provocação inicial da jurisdição até a satisfação da prestação da tutela jurisdicional.

Gonçalves (2013, p. 114-115) afirma que os prazos processuais são classificados da seguinte forma: legais (fixados por lei), judiciais (fixados pelo juiz) e convencionais (estabelecido em comum acordo com as partes). Neves (2016, p. 347) complementa tal pensamento afirmando:

Os prazos podem ser legais (fixados pela lei), judiciais (fixados pelo juiz) ou convencionais (fixados por acordo procedimental celebrado entre as partes, nos termos do art. 190 do Novo CPC).

Em regra, a lei prevê prazos específicos para a prática de atos processuais, cabendo às partes e mesmo ao juízo atentar para tais previsões a fim de evitar a intempestividade do ato processual. Para as partes a intempestividade gera preclusão temporal, já que seus prazos são próprios, enquanto para o juízo os prazos são, ao menos em regra, impróprios, de forma que o ato judicial praticado além do prazo é válido e eficaz como se tivesse sido praticado dentro do prazo.

No processo tem todo um formalismo a ser seguido e isto compreende não somente as formalidades ou formas, mas em especial na delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais. Esta lógica serve em resumo para organizar a disputa judicial entre as partes.

2. A PRECLUSÃO

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O processo, em qualquer uma das esferas do Direito, é dividido em fases ou momentos onde a anterior prepara para a seguinte, como uma sequência de atos, ou seja, cada momento tem um ato próprio a ser realizado, comparando o processo a uma verdadeira sequência lógica de atos, no qual um depende do outro para o sucesso da lide.

A propósito, sobre o tema, um importante estudo foi desenvolvido por Theodoro Junior (2014, p. 589) que, ao abordar o tema afirma que o processo ser considerado uma sucessão de atos organizados e ordenados por fase lógica, com o objetivo de alcançar uma prestação jurisdicional, tentando ser preciso e rápido.

Quando não há uma ordenação temporal destes atos e não tendo limite de tempo para que as partes os realizem, o processo se tornaria algo infundável e interminável. A preclusão é considerada um fenômeno interno do processo e refere-se ao curso do mesmo e as partes envolvidas. Neves (2016, p. 354) leciona que:

Segundo a melhor doutrina, o processo, para atingir a sua finalidade de atuação da vontade concreta da lei, deve ter um desenvolvimento ordenado, coerente e regular, assegurando a certeza e a estabilidade das situações processuais, sob pena de retrocessos e contramarchas desnecessárias e onerosas que colocariam em risco não só os interesses das partes em litígio, mas principalmente a majestade da atividade jurisdicional.

Não há dúvida de que a preclusão é instrumento para evitar abusos e retrocessos e prestigiar a entrega de prestação jurisdicional de boa qualidade. A preclusão atua em prol do processo, da própria prestação jurisdicional, não havendo qualquer motivo para que o juiz não sofra seus efeitos, pelo menos na maioria das situações.

Ainda, neste diapasão, colhem-se dos ensinamentos de Theodoro Júnior (2014, p. 294-295) de que existe na doutrina três tipos de preclusão, sendo elas: a lógica (que é decorrente da incompatibilidade entre o ato praticado e outro que se pretendia praticar); consumativa (ocorre quando um ato já foi feito e por isso ele não poderá ser realizado novamente); e por fim, a temporal (ocorre quando uma das partes perde o tempo para dar continuidade no processo). Nesta mesma linha de pensamento, Neves (2016, p. 354-355) afirma que:

Tradicionalmente a preclusão é classificada em três espécies: a consumativa, a lógica e a temporal.

A preclusão consumativa se verifica sempre que realizado o ato processual. Dessa forma, somente haverá oportunidade para realização do ato uma vez no processo e, sendo este consumado, não poderá o interessado realizá-lo novamente, tampouco complementá-lo ou emendá-lo. Essa espécie de preclusão não se preocupa com a qualidade do ato processual, limitando-se a impedir a prática de ato já praticado, ainda que de forma incompleta ou viciada. Na preclusão lógica, o impedimento de realização de ato processual advém da realização de ato anterior incompatível logicamente com aquele que se

pretende realizar. Exemplo clássico dessa espécie de preclusão é a aquiescência prevista no art. 1.000 do Novo CPC, que extingue o direito da parte de recorrer quando pratica ato de concordância, expressa ou tácita, com a decisão. Diz-se preclusão temporal quando um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar o ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo.

Do escólio de Theodoro Júnior (2014, p. 294-296) deduz que a preclusão ocorre nas decisões interlocutórias e nas possibilidades proporcionadas pelas partes com o prazo para o exercício do Direito.

Há também a preclusão *pro judicato*, conforme Theodoro Júnior (2014, p. 295), quando um juiz já decidiu algo sobre a lide, ninguém mais poderá alterá-la, salvo diante da interposição de recurso. De acordo com estabelecido em lei. Wambier (2015, p. 312, 313) afirma:

Quando ocorre a preclusão para o juiz, que pode assumir a feição de preclusão consumativa e, excepcionalmente, lógica, a doutrina costuma a ela se referir como preclusão *pro judicato*. Não há para o juiz preclusão temporal, já que ele não sofre nenhuma consequência processual pelo descumprimento dos prazos que lhe são impostos. Há, todavia, preclusão consumativa, pois o juiz, a não ser diante de novas alegações ou de fatos novos, não pode, em princípio, decidir novamente a questão já decidida (art.471). Essa proibição de “redecidir”, todavia, não abrange questões de ordem pública (pressupostos processuais, condições da ação, etc.) Excepcionalmente, a preclusão lógica pode atingir poderes do juiz: assim, se o juiz, em vez de exercer juízo de retratação no agravo (v.n 39.5), dá cumprimento à decisão agravada, fica-lhe preclusa a possibilidade de se retratar depois.

Então, a preclusão *pro judicato*, também chamada de preclusão de questão, é utilizada no sentido de reconhecer a não possibilidade do juiz em realizar uma decisão novamente sobre determinados aspectos da lide.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

A ideia de não prejudicar as outras pessoas está profundamente relacionada com a responsabilidade civil. Pode ser definida como uma aplicação de medidas para que alguém repare o dano provocado a outrem em razão da ação ou omissão. Stoco (2007, p. 114) preleciona que:

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.

A responsabilidade civil é um resultado de algo que não foi cumprido em uma relação jurídica, considerada como consequência de um ato ilícito.

Os pressupostos para a existência da obrigação de reparar o dano são: a realização de uma conduta pessoal, comissiva ou omissiva; a violação de um dever jurídico definido pelo negócio jurídico ou pela legislação existente; o fato de ter um dano patrimonial ou extrapatrimonial causado pelo agente; e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. A respeito do tema, trago à colação o pertinente de ensino do Noronha (2010, p. 468-469), o qual afirma que para que tenha uma obrigação de indenizar é preciso os seguintes pressupostos:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.

O elemento considerado primário de todo o ato ilícito é a conduta humana, sendo traduzida no comportamento das pessoas. Compreende-se por conduta o comportamento humano considerado voluntário, que se mostra por meio de ação ou omissão, produzindo a consequência jurídica nas relações entre as pessoas.

Os advogados que realizam a advocacia pública estão sujeitos ao regime estatutário, os empregados ao trabalhista e os profissionais liberais devem analisar as regras do mandato. Pereira (2000, p. 161-162) preleciona o seguinte:

Aplicam-se ao advogado as disposições relativas ao mandatário (Código Civil, art. 675). Mais severamente aplica-se ao mandatário judicial, em cujo zelo e dedicação o cliente confia seus direitos e interesses, e até a sua liberdade pessoal. Aceitando a causa, deve nela empenhar-se, sem contudo deixar de atentar em que sua conduta é pautada pela ética de sua profissão, e comandada fundamentalmente pelos Estatutos da Ordem dos Advogados (...)

As considerações acima são fundamentais para uma compreensão sobre a responsabilidade civil do advogado. A regra geral encontra-se disposta no art. 32 do Estatuto da OAB, assim a responsabilidade é considerada subjetiva, não tendo a possibilidade de nenhuma aplicação da responsabilidade objetiva descrita no Código Civil, pois para o advogado não estão presentes as características da responsabilidade objetiva.

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Visa salientar que os advogados que realizam a advocacia estão subordinados ao regime do Estatuto e ao seu próprio, ao qual é subordinado. Então, por exemplo, os danos causados por aqueles que fazem a advocacia pública, o ente público responde direta e objetivamente à vítima, podendo fazer uma ação rescisória contra o advogado, desde que sejam mostrados o dolo e a culpa.

4. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

No ano de 1889 na França surge a ideia da perda de uma chance, em um caso emblemático julgado pela Corte Francesa no dia 17 de julho do mesmo ano. Na situação, um médico realizou um diagnóstico errado sobre um paciente, evitando assim que o mesmo tivesse alguma chance de curar a doença que realmente o acometia. Sobre esse momento Savi (2006, p. 3) leciona que:

(...) na França, o tema despertou acirradas discussões doutrinárias, influenciando a Corte de Cassação, que passou a conceder indenizações a este título e, conseqüentemente, a contribuir para a evolução da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Depois de deste caso, apareceram outros, o quais foram inovando a época em relação à perda de uma chance. Havendo a perda efetiva dessa chance, a vítima estaria sofrendo um prejuízo de ordem patrimonial, ou seja, sendo considerado um déficit de ordem econômica.

A teoria da perda de uma chance, conhecida como *perte d'une chance*, foi muito difundida na Itália. Por muito tempo, foi ignorada pelo Direito a possibilidade de responsabilizar o agente de um dano por causa da perda de uma pessoa na obtenção de uma oportunidade de uma chance ou evitar o prejuízo, defendendo que aquilo não ocorreu, não poderá ter a certeza do sucesso e assim ter uma reparação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a utilização da responsabilidade civil com base na perda de uma chance é relativamente nova, porque o estudo e utilização estão a cargo da doutrina e jurisprudência, uma vez que em 2002 o Código Civil não fez menção nenhuma a ela. Tem, ainda, a falta de critérios argumentativos que proporcionam a uniformidade aos casos para serem utilizados.

A aplicação desta teoria não é considerada pacífica nem pela doutrina e nem pela jurisprudência. A primeira, quando é considerada a tradicional, não a reconhece, porque considera como não existente a alternativa de determinar como seria o resultado final, não se cogita o dano por causa dela, porque recai sobre uma hipótese de um dano eventual, o qual nunca poderá se afirmar que era certo e verdadeiro. E a segunda, a tenta aplicar utilizando de precedentes existentes no ordenamento jurídico.

No sentido jurídico, a perda de uma chance é considerada uma probabilidade concreta e real de alguém conseguir lucro ou evitar prejuízo. Ainda no que concerne à hipótese em tela, insta transcrever a seguinte lição de Cavalieri Filho (2008, p. 75):

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futura para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

A teoria da perda de uma chance é definida por Dias (1999, p.14) da seguinte forma:

A perda da oportunidade que o cliente sofre, causada por falha daquele profissional, de ver examinada em juízo uma pretensão ou de ver reformada em seu favor uma decisão judicial que lhe foi desfavorável e contra a qual cabia recurso.

Neste mesmo diapasão, Zuliani (2003, p. 137) leciona que a perda de uma chance tem o seguinte conceito:

Perda de uma chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, o cliente, na verdade, perdeu a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e satisfação integral ou completa de seus direitos (Art. 5º, XXXV, da CF).

O grande dilema dos juízes é quantificar o dano em decorrência da chance perdida, para a doutrina a mais adequada hipótese é fazer um cálculo das probabilidades de ocorrência do sucesso da lide, caso não tivesse sido frustrada. A propósito do tema ora aventado, não é demais trazer à lume a lição de Cavalieri Filho (2008, p. 75), que assim ensina:

A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis.

A outra controvérsia em relação à perda de uma chance seria a natureza jurídica da sua responsabilidade civil, porque a doutrina a divide em dano emergente, lucro cessante, dano moral e autônoma, sendo que a grande maioria a enquadra neste último tipo, porque ela não está inserida de modo perfeito nos três primeiros institutos, os quais já são definidos no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina e jurisprudência citam como exemplo de perda de uma chance as seguintes situações ou fatos: o médico que não realizou adequadamente o diagnóstico do paciente e assim atrasou o tratamento, prejudicando a sua possível cura; o concursando que não conseguiu prestar o seu concurso, porque o curso preparatório não fez a sua inscrição mesmo se comprometendo a isso e a irrefutável perda do direito do cliente por causa da inércia desidiosa do advogado, a qual não possibilitou que a lide fosse analisada e examinada por órgãos jurisdicionais competentes, entre outros.

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Ao verificar esses exemplos, observa-se um ponto em comum: não tem em específico um dano certo e determinado, todavia, têm-se um prejuízo para a vítima por causa da perda da oportunidade ou de evitar um possível prejuízo. A doutrina vem aceitando a teoria da perda de uma chance, mesmo tendo diversas críticas.

5. DO ADVOGADO E DA PERDA DE UMA CHANCE

O papel do advogado não se restringe somente à defesa dos inocentes que estão sofrendo acusação ou representa-lo em juízo. Tem que se de rechaçar a teoria de que é somente um simples defensor daqueles que está sofrendo injustiça. Este profissional, legalmente habilitado, vai muito além desta pequena visão, pois a referida profissão é baseada em fundamentos maiores que não são percebidos a sociedade, que não têm essa visão que o advogado, ao realizar a defesa de um direito particular, está em conjunto, provocando a defesa da própria ordem jurídica e a coletividade.

Mas, quando um advogado perde um prazo de um processo, está cometendo um grave erro, pois terá como consequência a preclusão e a ação será extinta, fazendo com que o cliente perda a lide. Nesta situação, o cliente pode ter a possibilidade de demonstrar que aconteceu a perda de uma chance, tendo assim a oportunidade de entrar com uma ação sobre a responsabilidade civil do advogado.

Como pode ser analisado, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é recepcionada pela maioria da doutrina, apesar de diversas críticas. Stoco (2004, p. 490) é contrário a aplicação da referida teoria, como afirma que:

Ora, admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria. Ademais de se caracterizar em verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em última *ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção.

Contudo, é necessário compreender que, a responsabilidade civil do advogado é de meio e não de fim, porém em determinadas situações aquela pode ser considerada de fim e Gonçalves (2013, p. 277), com sua habitual autoridade e peculiar clareza, afirma:

A responsabilidade do advogado se assemelha à do médico, pois não assume ele a obrigação de sair vitorioso na causa. São obrigações de meio as decorrentes do exercício da advocacia e não de resultado. Suas obrigações contratuais, de modo geral, consistem em defender as partes em juízo e dar lhes conselhos profissionais. O que lhes cumpre é representar o cliente em juízo,

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

defendendo pela melhor forma possível os interesses que este lhe confiou. Se as obrigações de meio são executadas proficientemente, não se lhe pode imputar nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa.

Admite-se, no entanto, que a obrigação assumida pelo advogado possa, em determinados casos, ser considerada, em princípio, de resultado, como na elaboração de um contrato ou da minuta de uma escritura pública, por exemplo, em que se compromete, em tese, a ultimar o resultado. Somente o exame do caso concreto, todavia, poderá apurar a ocorrência de eventual falha do advogado e a extensão de sua responsabilidade.

O primeiro juiz da causa pode ser considerado sendo o advogado, pois no momento da propositura de uma ação se faz necessário um estudo antecipado das possibilidades de alcançar o sucesso, e ainda, se o meio utilizado foi o mais adequado.

Atualmente, é comum constatar o ajuizamento de ações sendo essas inviáveis ou impróprias, erros que são vistos *ictu oculi*, o qual não irá fazer com que a ação não passe da fase de saneamento.

O advogado deve ser diligente e cauteloso, não podendo deixar perecer o direito do cliente por falta de medidas ou omissão de providências acauteladoras. Quando dois ou mais advogados se unem em uma associação, ambos são responsáveis pelos seus atos perante os clientes.

Entretanto, tem que se destacar que não é qualquer erro do advogado que poderá causar a responsabilidade civil do profissional. A teoria de perda de uma chance (*perte d'une chance*) torna possível a responsabilização do advogado, seja por ato doloso ou culposos, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo entre um e outro, ou seja, a perda da possibilidade de se alcançar resultado jurídico mais favorável.

Desta forma, a chance perdida não poderá ser apenas hipotética e singela, mas sim razoável, séria e real, capaz de frustrar expectativas reais do indivíduo. Neste mesmo sentido, diversos doutrinadores têm se posicionado. Preleciona Gonçalves (2013, p. 279) que:

Não será, entretanto, qualquer erro que irá dar causa à responsabilidade civil do profissional, proporcionando a respectiva ação de ressarcimento. E só quando ele for inescusável, patente, demonstrativo apenas de ignorância profunda é que terá justificativa o pedido de perdas e danos.

Proclamou o Tribunal de Justiça de São Paulo que tão só a circunstância de os autores terem sido julgados carecedores da ação, por inteiramente inadequada, extinguindo-se o processo sem exame do mérito, não proporciona, automaticamente, o direito a eventual ressarcimento pelos danos sofridos, sendo necessária a comprovação da total inépcia do profissional e de sua autoria como causador direito do dano.

Dentro da responsabilidade civil do advogado, uma situação tem se destacado na doutrina e jurisprudência: a perda de uma chance. Quando se inicia uma ação de reparação do dano contra um advogado, o valor indenizatório tem que ser como afirma a doutrina, sempre inferior importância monetária do resultado esperado pela lide, porque ocorreu a perda de um processo que não se saberá qual

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

seria o verdadeiro resultado. O doutrinador Gonçalves (2013, p. 282) traz à baila o entendimento que:

Mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível.

A quantificação do dano será feito por arbitramento (CC, art 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperando e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a incidir essa porcentagem sobre tal resultado. Assim, a indenização pela perda da chance será fixada em 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera em razão de negligência do advogado.

O magistrado tem que averiguar se realmente houve um evento culposo e ilícito, como ter evidências de que teria uma chance ou probabilidade do cliente ter a sua pretensão alterada em seu favor, também tem que arbitrar uma possível indenização correspondente à chance perdida, tendo que analisar muito detalhadamente o caso concreto, baseando em princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade, como fundamentar-se em lei, doutrina e jurisprudência, para conseguir uma melhor solução para o caso em questão.

Com muita propriedade, Zuliani (2003. p.137) quando o advogado perde o prazo, tem como consequência a perda do cliente a oportunidade de ter sua pretensão analisada pelo Poder Judiciário, uma vez que:

Não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o Juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance.

Além das responsabilidades na área civil, também o advogado poderá sofrer sanções administrativas, no âmbito da OAB, porque o exercício da advocacia exige uma conduta compatível com os preceitos do Código de Ética e Disciplina, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Quando o advogado realiza procedimentos não compatíveis com o Código de Ética, Regulamento Geral ou provimentos publicados pela OAB, dando ao Presidente do Conselho Seccional, da Subseção, ou do Tribunal de Ética e Disciplina ou do Conselho Federal, de acordo com o art. 47, CEDOAB.

Todas as notícias de procedimentos não compatíveis com o Código de Ética, o Regulamento Geral, ou com Provimentos publicados pela OAB, é destinado ao Presidente do

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Conselho Seccional, da Subseção, ou do Tribunal de Ética e Disciplina, mesmo que seja por *ex officio*, o dever de invocar a atenção do responsável para o artigo violado, sem alteração da instauração do competente procedimento disciplinar.

O Código de Ética e Disciplina dispõe, ainda, sobre o processo disciplinar, referindo sobre a competência do Tribunal de Ética e Disciplina e os seus procedimentos. Porém, a responsabilidade civil dos advogados não se fundamenta somente no Código de Ética, pois está submetida a uma preceituação complexa, também sendo proveniente da um Código Civil, Processo Civil e o Estatuto da OAB.

Conforme os mandamentos do Código de Ética e Disciplina, indubitavelmente, o advogado estará fazendo *jus ao status* que foi atribuída a Constituição da República Cidadã, demonstrando a sua indispensabilidade e inviolabilidade, demonstrando o seu papel de defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, dando base ao exercício da sua atividade à mais elevada função pública que a dinamiza.

CONCLUSÃO

A perda de uma chance é configurada por um dano autônomo, certo e atual, não dependendo do resultado final e o ofendido possuía antes da conduta do ofensor de angariar um lucro ou tentar evitar o prejuízo.

Ao ocorrer a perda dessa oportunidade, poderá causar ao lesado danos considerados de natureza patrimonial, cumulado ou não com danos de natureza extrapatrimonial, devendo ser ressarcido. Interligado ao patrimônio do lesado, este dano tem que ser configurado como dano emergente e, como tal, deve ser reparado.

É imprescindível que a oportunidade perdida tem que ser séria e real, sendo necessário que se possa afirmar que, caso não analisasse a ação ou omissão do agente, a vítima tinha verdadeiras possibilidades de alcançar a vantagem esperada, por causa do decurso normal dos fatos.

A perda de uma chance deve ser valorada na situação real, com a possibilidade de justa indenização devida. Quando for definir a quantificação do dano, tem de se observar o valor da vantagem esperada.

Além disso, tem que se verificar qual era a porcentagem de probabilidade de a chance perdida possibilitar ao ofendido, atingir o resultado desejado, em uma situação de normalidade.

Com a posse de todas as informações, o jurista deve multiplicar o valor do dano final pela porcentagem observada no caso concreto. Dessa forma, atinge o valor justo à chance perdida que, portanto, será a quantia devida à título de realizar a indenização pelo ofensor.

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Na situação em que o advogado perde o prazo e não consegue prosseguir com processo, perdendo a causa, diante de omissão ou negligência, o patrimônio do cliente será afetado. Surge então a perda de chance no processo. Tal ato poderá gerar a responsabilidade civil do advogado e, conseqüentemente, uma possível indenização.

A perda de uma chance no processo ocorre quando o advogado atua em uma causa tendo todas as provas e meios para conquistar a vitória no processo, mas, diante de um ato negligente, perde a possibilidade de alcançar resultado mais vantajoso ao seu cliente.

Mas, para provar tal ato, necessário se faz o preenchimento de alguns requisitos, v.g. que a chance seja séria, razoável e real; que perca a possibilidade de obter resposta processual mais vantajosa; e, por fim, que o processo tinha todas as exigências para o seu sucesso.

Diante disso, o cliente poderá ingressar com uma ação de indenização contra o advogado, demonstrando a perda da chance no processo. O procurador poderá ainda sofrer sanções administrativas diante da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Caberá ao magistrado analisar quais eram as probabilidades de vitória da parte diante daquele processo, bem como quais foram as chances perdidas, em decorrência da omissão ou negligência do defensor.

Portanto, a consequência da perda de uma chance no processo civil é muito séria, porque o advogado terá que responder civil e também perante a Ordem dos Advogados do Brasil, tendo a sua imagem profissional prejudicada e devendo ressarcir o seu cliente.

Entretanto, destaca-se que, atualmente, a teoria da perda de uma chance ainda vem sendo usada muito aquém do necessário e, em determinadas situações, de forma equivocada, impedindo a reparação de danos injustos do cliente.

Nesse sentido, para a consecução da Justiça, é preciso que os tribunais comecem a utilizar, de forma inequívoca e eficaz, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Como auxílio, podem os pesquisadores dedicar uma maior atenção ao estudo do tema, almejando estabelecer diretrizes para sua correta aplicação, dedicação ao estudo do tema, almejando estabelecer diretrizes para a sua aplicação correta e segura, perante a sua grande importância para a responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BITTAR, C. A. **Responsabilidade civil – teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, J. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

DIAS, S. N. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil e o processo de conhecimento. 15 ed., Bahia: Jus Podivm, 2013.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, M. M. S. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, v. 5.

Neves, D. A. A. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, L. A. R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: direito material – arts. 1º ao 54. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSSI, J. C. **Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, V. R. P. **Conhecimentos Essenciais da Justiça**: Constituição Federal, Processo e Poder Judiciário. v. 1. 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2016.

SOUZA, V. R. P. **Novo Código de Processo Civil**: Alterações e Inovações Comentadas. 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2016.

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

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, H.. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZULIANI, Ê. S. [Responsabilidade Civil](#) do Advogado. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, v. IV, n. 21, jan./fev. 2003.

