



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE CHANCE NO**  
**EXERCÍCIO DA ADVOCACIA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autora: Nathalia Pinhão de Azevedo

Orientador: Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número da candidata: 20150297

**Junho de 2019**

**Lisboa**

## **DEDICATÓRIA**

À minha querida avó Katty, *in memoriam*, que nos deixou em Março de 2018, quando este trabalho estava sendo elaborado.

## AGRADECIMENTOS

A Deus;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Pedro por toda atenção e ajuda no desenrolar deste trabalho, pessoal na qual nutrirei a eterna gratidão;

Aos meus pais, por todo amor e apoio, não só nesse projeto de mestrado, mas por todos ao longo da vida, e por terem me ajudado a me tornar a pessoa que sou hoje, tanto profissionalmente quanto pessoalmente. Sem vocês, eu nada seria e nada faria sentido;

Ao meu namorado Vitor, pessoa que me ajudou a chegar até aqui, meu agradecimento pelo amor, carinho, compreensão e paciência nas vezes em que precisei me ausentar em virtude dos estudos. Obrigada pela força e incentivo;

Ao meu grande amigo Stefano Xavier, minha profunda gratidão, pois sem ele, eu jamais teria conhecido essa experiência fantástica de fazer um mestrado fora do Brasil.

Aos meus amigos de jornada acadêmica: Carlos Roberto, Pedro Damasio, Filipe Queiroz, Pedro de La Nina e Gustavo Kelly, meus sinceros agradecimentos por todo apoio, ajuda e companheirismo ao longo desses anos de mestrado. As idas a Lisboa e as aulas do Curso de Mestrado foi mais leve, divertida e fácil com vocês.

A minha amiga Gisela Gadelha, obrigada por ter compartilhado comigo boas risadas e por ser amiga e companheira das aulas do mestrado.

As minhas ex-estagiárias Stephany Santos e Amanda Vieira e as estagiárias Vanessa Tavares e Tayane Castro, obrigada por cuidarem tão bem do meu escritório, dos meus clientes, e dos meus processos durante as idas a Portugal. Sem vocês, não seria possível a finalização desse projeto!

Ao Instituto Universitário, na pessoa da Carla Dolezel, pela oportunidade e acolhimento.

E por fim, e não menos importante, a minha amiga Amanda Guimarães por toda força, apoio e hospedagem em Lisboa.

*“Todas as vitórias ocultam uma abdicação”.*

(Simone de Beauvoir)

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. -Artigo

Dr.- Doutor

Min.- Ministro

OA. - Ordem dos Advogados

OAB. - Ordem dos Advogados do Brasil

Pr.-Paraná

Prof.- Professor

R.E.- Recurso Extraordinário

Rel.- Relator

Resp.- Recurso Especial.

STF.- Superior Tribunal Federal

STJ.- Superior Tribunal de Justiça

TJ.- Tribunal de Justiça

TJUE.- Tribunal de Justiça da União Européia

TR.- Tribunal da Relação

UPA.- Unidade de Pronto Atendimento

## RESUMO

O trabalho tem por objetivo o estudo da teoria da perda de chance aplicável ao advogado no exercício de sua profissão, tanto direito brasileiro quanto no português. Salientamos que a perda de chance é uma nova espécie de dano que vem sendo aplicada pelos Tribunais, e significa a reparação pelo dano por uma oportunidade perdida (chance frustrada) desde que as chances perdidas tenham seriedade, certeza e probabilidade de sucesso. Apenas é possível dizer, sem maiores certezas, que a vítima, em virtude de um ato ilícito teve uma chance frustrada sem sabermos se a chance seria ou não de sucesso. E com isso, o trabalho buscou apurar as origens históricas desta teoria, que teve início na França no final do século XIX, analisar seus requisitos caracterizadores e suas semelhanças entre Brasil e Portugal, visando sempre o estudo do direito comparado. E principalmente como a teoria da perda de chance vem sendo aplicada pelos Tribunais, focando o estudo na possibilidade da responsabilização do advogado caso ele venha a perder um prazo para a interposição de um recurso ou de contestação, ou que não proponha a ação que fora contratado por um cliente dentro do prazo legal, deixando o direito prescrever, quando falta a uma audiência, dentre outras possibilidades. A pesquisa adota o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Dano. Nexó de causalidade. Perda de chance. Advogado.

## **ABSTRACT**

The purpose of this work is to study the theory of loss of chance applicable to the lawyer in the exercise of his profession, both in Brazilian and in Portuguese law. We emphasize that the loss of chance is a new kind of damage that has been applied by the Courts and means compensation for the damage for a lost opportunity (frustrated chance) as long as the lost chances have seriousness, certainty and probability of success. It is only possible to say, without greater certainty, that the victim, by virtue of an illicit act, had a frustrated chance without knowing whether or not the chance would be a success. And with this, the work sought to ascertain the historical origins of this theory, which began in France at the end of the nineteenth century, to analyze its characterizing requirements and its similarities between Brazil and Portugal, always seeking the study of comparative law. And especially as the theory of loss of chance has been applied by the Courts, focusing the study on the possibility of accountability of the lawyer if he loses a deadline for filing an appeal or a defense, or does not propose the lawsuit that was hired by a client within the legal deadline, leaving the right to prescribe when a hearing is missing, among other possibilities. The research adopts the method of bibliographic and jurisprudential research.

**Keywords:** Civil liability. Damage. Causal link. Loss of chance. Lawyer.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>14</b>
<b>1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>14</b>
1.1 Breve origem histórica da Responsabilidade Civil .....	14
1.2. Conceito de Responsabilidade Civil.....	19
1.3. Modalidades de Responsabilidade Civil .....	20
1.3.1. Contratual x extracontratual (Obrigacional x <i>Aquiliana</i> ).....	20
1.3.2 Subjetiva x Objetiva .....	22
1.3.3 Responsabilidade civil com culpa presumida.....	24
1.3.4 Responsabilidade por factos ilícitos, pelo risco e pelo sacrifício .....	25
1.3.5 Responsabilidade Cível, Penal e Administrativa .....	26
1.4 Funções da Responsabilidade Civil.....	27
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>30</b>
<b>2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>30</b>
2.1 Facto voluntário do agente (Conduta Humana).....	31
2.2 A ilicitude .....	33
2.3 Nexo de Causalidade .....	34
2.3.1 Teoria da equivalência das condições ( <i>Conditio sine qua non</i> ) .....	35
2.3.2 Teoria da causalidade adequada .....	37
2.3.3 Teoria do escopo da norma violada: causalidade normativa.....	39
2.4. O dano .....	40
2.4.1 Modalidades de danos .....	42
2.4.1.1 Dano material ou dano patrimonial .....	42
2.4.1.2 Danos morais .....	44
2.5 A Culpa.....	46
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>49</b>
<b>3. A TEORIA DA PERDA DE CHANCE .....</b>	<b>49</b>
3.1 Origens históricas da perda de chance.....	49
3.1.1 Na França - <i>Perte d'une chance</i> .....	49
3.1.2 Na Itália - <i>Perdita di una chance</i> .....	51
3.2 A Definição da Perda de chance.....	53

3.3 Enquadramento desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro. ....	55
3.4 Enquadramento desta teoria no ordenamento jurídico português. ....	57
3.5 Espécies de Perda de chance: obtenção de vantagem e de se evitar um prejuízo .....	58
3.6 A chance perdida como um dano autônomo ou lucros cessantes, dano emergente ou dano moral? .....	60
3.7 Requisitos para a reparação pelo dano da chance perdida.....	66
3.7.1 No ordenamento jurídico Brasileiro .....	66
3.7.1.1 Chances sérias e reais .....	66
3.7.1.2 Nexo de causalidade: .....	67
3.7.1.3 Critérios de probabilidade .....	68
3.7.2 No ordenamento jurídico Português .....	68
3.7.2.1 Chances reais, sérias e a certeza do dano .....	69
3.7.2.2 Probabilidade da ocorrência .....	69
3.7.2.3 O nexo de causalidade entre o fato e o dano .....	70
3.7.2.4 O julgamento dentro do julgamento nos casos da perda de chance aplicável ao advogado.....	71
3.7.3 Comparativo entre o tratamento dado no Brasil em face de Portugal. ....	73
3.8 Áreas em que a perda de chance vem sendo aplicada .....	75
3.9 A perda de chance na Jurisprudência .....	78
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>85</b>
<b>4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO .....</b>	<b>85</b>
4.1 A atividade do Advogado .....	85
4.2 A Responsabilidade Civil do Advogado tanto no Brasil quanto em Portugal .....	88
4.3 Natureza da Responsabilidade Civil do Advogado .....	91
4.4 A in(VALIDADE) de cláusula de não indenizar nos contratos de mandato e as possibilidades de excludentes de responsabilidade civil do advogado .....	92
4.5 O dever de sigilo imposto ao Advogado .....	93
4.6 Obrigação de Meio ou de Resultado da Atividade do Advogado .....	94
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>98</b>
<b>5. A PERDA DE CHANCE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA.....</b>	<b>98</b>
5.1 Responsabilidade civil do advogado pela perda de chance .....	98
5.2 Hipóteses em que o advogado pode ser responsabilizado pela perda de chance .....	102
5.3 Posicionamento da jurisprudência brasileira acerca do assunto. ....	103
5.4 Posicionamento da jurisprudência portuguesa acerca do assunto .....	117

5.5 Elementos distintivos e semelhantes da Perda de chance no exercício da advocacia em análise as jurisprudências Brasileiras e Portuguesas. ....	130
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>141</b>

## INTRODUÇÃO

A Teoria da perda de chance é um instituto que vem sendo amplamente utilizado pela Jurisprudência de diversos países do mundo. Ela surgiu na França, em 1889 (*Perte d'une chance*), momento em que a perda da oportunidade começou a ser aplicada, e tem como significado que uma vítima deve ser indenizada se perder a chance (oportunidade) de obter uma vantagem, e não pela perda da própria vantagem.

É quando há a frustração de uma chance séria e real que a vítima possuía e que foi perdida por conta da atuação ilícita do agente, visando indenizar o prejudicado quando existir a probabilidade do dano se concretizar. É importante salientar que tal teoria vem sendo aplicada nas mais diversas áreas do direito, como a perda de chance de cura ou de sobrevivência, na esfera médica, perda de chance em prosseguir em um determinado concurso público, perda de chance de ganhar uma ação judicial, no caso do advogado, dentre muitas outras.

Sendo assim, o problema principal do nosso trabalho é a seguinte questão: *“Atualmente é possível um advogado ser responsabilizado pela perda de chance? Como essa questão vem sendo julgada pela Jurisprudência do Brasil e de Portugal?”* Vamos responder de forma minuciosa tal indagação.

Contudo, para chegarmos à resposta a indagação acima, teremos muitas outras a serem respondidas, tais como: o que é a Teoria da Perda de chance? Onde surgiu? Em quais tribunais essa teoria vem sendo aplicada? Como vem sendo aplicada? A chance perdida vem sendo aplicada nos Tribunais Portugueses e nos Brasileiros? Em qual espécie de dano devemos enquadrar a perda de chance dentro dos processos fundados na responsabilização civil do agente com base na perda de uma determinada oportunidade? Já existem jurisprudências favoráveis a esse assunto? Como é o posicionamento do direito em outros ordenamentos jurídicos no que tange a responsabilização pela chance perdida pela vítima?

Este tema da perda de chance se revela muito interessante, pois traz uma nova abordagem da responsabilidade civil, salientando que esta teoria vem sendo muito discutida pela doutrina e jurisprudência, que já reconhecem essa nova modalidade de dano: o dano pela perda de chance, pela oportunidade perdida ou pela perda da possibilidade de fazer algo.

Visaremos ao longo do trabalho, demonstrar que a Teoria da Perda de uma Chance mesmo que desprovida de certeza no que tange ao nexos de causalidade da conduta do agente praticante do ato ilícito ao prejuízo final da vítima, denota um dano injusto, que é justamente o da chance que fora perdida de forma injusta pela vítima.

Diante desta atual visão acerca da responsabilidade civil, cria-se a possibilidade de ressarcimento de danos que antigamente eram desconsiderados pelos ordenamentos jurídicos. E para chegar ao ponto crucial da questão, o presente trabalho irá abordar toda a parte histórica deste instituto que surgiu no século XIX, porém ainda é desconhecido de muitos.

Entretanto, o grande foco deste estudo é a possibilidade desta teoria da perda de chance ser aplicada ao advogado no exercício do mandato tanto em Portugal, quanto no Brasil, e se já existem decisões favoráveis a este tema, já que é um instituto relativamente novo.

No que se refere ao método de procedimento, serão adotados o histórico e o comparativo, vez que no presente trabalho serão abordados o direito português e o direito brasileiro, havendo assim a latente necessidade do estudo do direito comparado, comparando com a França e Itália eis que fora nesses países em que a Teoria da Perda de chance teve seu surgimento e ganhou força para ser aplicada nos demais países do mundo, sobretudo no Brasil e em Portugal.

As técnicas de pesquisa que serão utilizadas para confecção da presente dissertação serão as pesquisas bibliográficas, documentais bem com pesquisas jurisprudenciais nos sites dos Tribunais de Justiça de Portugal e do Brasil.

Para fazermos o trabalho de forma minuciosa, o mesmo foi dividido em 5 (cinco) capítulos. No primeiro capítulo, abordaremos uma breve origem histórica da responsabilidade civil. E, além disso, abordaremos as espécies de responsabilidade civis existentes tanto no Brasil quanto em Portugal e suas funções.

No segundo capítulo, trataremos de forma especificada e bem detalhada, todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, verificando se há semelhança ou divergência quanto a esses requisitos no ordenamento jurídico Brasileiro e Português. Insta mencionar que não há responsabilização civil de quem praticou um dano se não estiverem presentes seus elementos, tais como ilicitude, nexos de causalidade, culpa e dano. No que tange ao nexos de causalidade, ainda no capítulo segundo, será abordado qual seu conceito e importância dentro da responsabilidade civil bem com quais são as teorias explicativas do nexos causal, além de trazer ao trabalho qual teoria vem sendo aplicada no Brasil, e em Portugal nos processos de responsabilização civil por danos.

Outra questão de suma importância que será tratada no Segundo Capítulo é o dano, pois ele é o prejuízo causado a vítima, vez que não há obrigação de indenizar sem que haja dano à vítima. E sendo assim, o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, sendo a perda

de chance encaixada dentro de um desses, que iremos descobrir ao longo do desenrolar do presente trabalho.

O terceiro capítulo será de suma importância, pois será nele que abordaremos a teoria da perda de chance em si, sua conceituação, origem histórica na França e na Itália, e ainda, como ela vem sendo enquadrada no ordenamento jurídico brasileiro e português. Ela é aceita no Brasil e em Portugal? Veremos ainda, como os doutrinadores Brasileiros e Portugueses veem esta teoria, e como os Tribunais a aplicam.

Será ainda neste capítulo terceiro que iremos abordar qual a natureza jurídica do dano pela perda de chance, uma vez que não sabemos se ele é aplicado pelos Tribunais como dano moral, dano material, dano final ou dano autônomo. Posteriormente, veremos quais são os requisitos para a aplicabilidade desta teoria, fazendo um comparativo entre Brasil e Portugal vez que os ordenamentos tratam este tema de forma distinta e ao mesmo tempo bem semelhante, e ainda, de forma sucinta, abordaremos quais áreas que a perda de chance vem sendo aceita.

No capítulo quarto do presente trabalho, iniciaremos uma pesquisa mais profunda sobre a responsabilidade civil do advogado no exercício de sua profissão, abordando sobre a sua atividade, seu dever de sigilo, se a sua obrigação é a de meio ou de resultado, e a natureza jurídica de tal responsabilização, sempre fazendo um paralelo entre Brasil e Portugal.

E por fim, no último e mais importante capítulo, o trabalho abordará o instituto da perda de chance aplicável ao advogado no exercício de sua atividade. Saberemos se o advogado que perde um prazo falta a uma audiência ou até mesmo deixa de contestar uma demanda poderá ser responsabilizado pelo seu cliente, vítima. Frisando ainda, que serão realizadas pesquisas nos diversos tribunais brasileiros e portugueses, e ainda no Supremo Tribunal de Justiça para sabermos como vem sendo analisada a perda de chance pelos tribunais em relação ao advogado.

Em um sentido geral, o trabalho vai trazer toda a abordagem da perda de chance, que é uma teoria que vem sendo usada de forma reiterada dentro dos processos judiciais, com intenção de esgotar as possibilidades de dúvidas acerca desse tema, que é de suma importância para a nova responsabilidade civil.

# CAPÍTULO I

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 Breve origem histórica da Responsabilidade Civil

As origens históricas de um instituto nos permitem compreender muitas questões, e não é diferente com a Responsabilidade Civil que é explicada justamente com a ampla abordagem de sua parte história. Assim sendo, no que tange a pré-história do instituto, temos a palavra vingança como sendo a reação contra um comportamento danoso em face de uma determinada pessoa<sup>1</sup>.

De acordo com o doutrinador Português Antônio Menezes Cordeiro, “*No direito romano não havia, propriamente um instituto da responsabilidade civil. Na época clássica falar-se-ia em delicta ou em maleficia para referir um dos elementos dessa realidade*”<sup>2</sup>.

A responsabilidade civil tem sua origem no ordenamento mesopotâmico, e que podemos citar o código de Hamurabi, que era aquele em que havia a ideia de punição daquele que causou um dano a outrem, mas a punição não era pecuniária, mas sim conferia ao lesado o direito de causar um dano idêntico a aquele ofensor<sup>3</sup>.

Nesta época, a falta de um poder central, eis que o direito ainda não era regulamentado, a vingança era realizada pela própria vítima do dano, ou então, pelo grupo no qual aquela vítima pertencia, que resultou na chamada Lei de Talião, que é a mesma que autoriza a vingança do chamado olho por olho; dente por dente<sup>4</sup>.

A título de exemplo, vale citar o art. 200 do Código de Hamurabi, o qual traz a ideia da Lei do Talião, vejamos:

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes<sup>5</sup>.

Assim sendo, o dano causava na vítima, conforme já dito, uma reação imediata, instintiva e atroz daquele que foi o ofendido desse dano<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-1408-1, p. 55.

<sup>2</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4221-3, p. 291

<sup>3</sup> RANGEL, Emanuel de Freitas - **A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN:, p. 6.

<sup>4</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 55

<sup>5</sup> ABC DO DIREITO. **Aula sobre a evolução histórica da responsabilidade civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de janeiro de 2018]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.abcdodireito.com.br/2010/08/evolucao-historica-responsabilidade.html>>.

Posteriormente a época da Lei de Talião, chegou a vez da composição tendo em vista que a vítima começou a perceber que era mais vantajosa a substituição da vingança pela composição pecuniária. Frise-se que ainda não havia o elemento culpa, que é um elemento primordial para a caracterização da responsabilidade civil.

Frise-se que de acordo com Antônio Menezes Cordeiro: “*Na lei das XII Tábuas, os malefícios, a que correspondia o que hoje se diria uma ocorrência de responsabilidade, estavam estritamente tipificados. Essa situação, era, estruturalmente pena, numa decorrência que se manteria, ainda, por longo tempo.*”<sup>7</sup>

Cabe salientar que quando houve a substituição da justiça com as próprias mãos com a possibilidade da compensação pecuniária já havia uma autoridade soberana que vedava à vítima de fazer justiça com as próprias mãos uma vez que a composição passou a ser obrigatória, e ainda, tarifada<sup>8</sup>.

Também com este desenvolvimento, e principalmente no estatuto mais recente dentre os citados (Lei das XII Tábuas), pode-se verificar o surgimento da possibilidade de composição do agente do dano e da vítima, evitando-se assim o uso da Lei de Talião. Desta forma também, a função de punir passa a ser assumida exclusivamente pelo Estado<sup>9</sup>.

A partir desse ponto, entre o final do século III e início do II a.C, ocorreu à verdadeira evolução no quesito de “punição ao dano causado” com o advento da Lex Aquilia, que é ponto crucial na origem do pressuposto “culpa” como um elemento chave na punição do ofensor e consequentemente na reparação do dano<sup>10</sup>.

Com surgimento desta Lei, que se deu com um plebiscito realizado pelo tribunal Aquilo, as legislações anteriores não foram revogadas, mas a sua importância foi tão colossal que atualmente o termo “aquiliana” é usado para definir uma espécie de responsabilidade: a extracontratual<sup>11</sup>.

Essa foi a grande evolução, de acordo com Antônio Menezes Cordeiro, que foi a *Lex aquilia de damno*, o qual a data exata do seu surgimento não é conhecida, mas alguns estudos

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61730-8, p. 24.

<sup>7</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 291.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 2015, p. 25.

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 13ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-850-262-354-5, p. 54.

<sup>10</sup> RANGEL, Emanuel de Freitas - **A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil**. 2006, p. 5

<sup>11</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 13ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-850-262-354-5, p. 55.

a colocam em torno do ano 387 ou 286 a.c e foi consagrada através de um plebiscito por *Aquilius*<sup>12</sup>.

Essa legislação nos apresentou a um novo, e futuramente intitulado, elemento para a responsabilização: a culpa. Nela estava presente a designação da origem do dano, ou seja, explicava que após um ato ilícito contra certo indivíduo e seu patrimônio surgiam dois delitos: um de “injúria”, que era o ato causado a certo indivíduo; e o “dano” causado por esse ato, intitulado *damnum injuria datum* (dano produzido pela injúria), o qual diversos doutrinadores afirmam que foi a raiz para o surgimento do item caracterizado da culpa, o qual visava à reparação necessária ao patrimônio da vítima<sup>13</sup>.

Contudo, foi a *Lex Aquilia* do final do século III a.C. que trouxe os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual, eis que confere ao ofendido e vítima do mal causado pelo ofensor o direito lícito de receber o pagamento de uma quantia em dinheiro do agente causador do dano e não mais a retribuição pelo mal causado como anteriormente, e totalmente independente da existência de uma relação contratual entre as partes<sup>14</sup>.

De acordo com o doutrinador Flávio Tartuce em sua obra, a *Lex Aquilia* chegou a um momento importante para a Responsabilidade Civil, pois, vigorava nesta época a responsabilização civil sem culpa eis que aquele que causasse o dano seria punido de acordo com a Lei de Talião, previsto na lei das XII Tábuas e que constituía *olho por olho e dente por dente*. A substituição gradativa da pena de talião pela compensação pecuniária se mostrou muito justa uma vez que com a experiência Romana foi verificado que a responsabilidade sem culpa muitas vezes trazia situações injustas<sup>15</sup>.

Ainda de acordo com o mesmo doutrinador Flávio Tartuce:

O elemento culpa foi inserido dentro da questão da responsabilidade civil um bom tempo após o surgimento da *Lex Aquilia* diante da máxima de Ulpiano segundo a qual *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, haveria o dever de indenizar mesmo pela culpa mais leve.<sup>16</sup>

A *lex aquilia* teve uma importância muito grande, e talvez seja a lei mais importante da humanidade, pois se encontra em vigor no Ocidente há mais de 23 séculos, de acordo com as lições de Antônio Menezes Cordeiro<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 295.

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 55.

<sup>14</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7408-4, p. 306.

<sup>15</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>17</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 297.

Com isso, e partir desse momento histórico, passou a ser regra no direito comparado à responsabilidade civil com aferição de culpa, o que influenciou grandiosamente as codificações privadas de muitos países, incluindo o Código Civil francês, do ano de 1804<sup>18</sup>.

Não obstante, dentro do próprio sistema e conforme novas condições foram despontando e o Direito Brasileiro foi evoluindo, obviamente não se perdendo da ideia tradicional de culpa. Isto posto, houve uma ampliação da ideia principal, inclusive com o surgimento de novas teorias dogmáticas, sendo que todas as formas se pautam exclusivamente pela reparação do dano causado pelo fato ou da possibilidade criada para tal através do risco criado pelo agente.

Deste modo, originou-se o conceito de responsabilidade civil que é adotado pelas legislações mais modernas, inclusive pelo ordenamento jurídico brasileiro através do atual Código Civil de 2002, em seu artigo 927<sup>19</sup>, que também é aplicado no Código Civil Português, em seu artigo 483<sup>20</sup>, posto que ambos adotam como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, que é aquela fundada na culpa do agente causador do dano, entretanto, dentro da análise de cada caso concreto e fundado em algumas teorias, podemos ter a exclusão da culpa, tanto no ordenamento jurídico direito brasileiro quanto no Português, que é a chamada responsabilidade civil objetiva, que trataremos mais adiante.

Devemos salientar que a noção de culpa daquela época não deve ser confundida com a culpa que é aferida hoje, dentro dos processos judiciais que envolvam responsabilização civil e pedidos de indenizações tendo em vista que a culpa do direito romano e abordada até agora neste trabalho, trazia forte influência da igreja católica onde estabelecia em seu conteúdo uma noção de castigo para o ofensor<sup>21</sup>.

Em Portugal, após as invasões árabes, a forma de reparação do dano pecuniariamente começou a ser aplicada de forma paralela as penas de natureza corporal<sup>22</sup>. Atualmente, o

---

<sup>18</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil**. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

<sup>20</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW:

<URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tab\\_ela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>21</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 2015, p. 27.

Código Civil Português em seu artigo 483<sup>23</sup> traz os novos conceitos da responsabilidade civil conforme anteriormente estabelecido.

Em relação ao elemento culpa, em Portugal, o Autor Antônio Menezes Cordeiro assevera em sua obra que, um dos grandes problemas trazidos por *Rudolf Von Jhering* era o momento da culpa no direito romano privado:

Depois de apoiar suas asserções no direito romano- o qual era, então, Direito vigente- Jhering vem concluir que a ideia de culpa com a contraposição, daí derivada, entre o ilícito objetivo e subjectivo, atravessa todo o sistema jurídico, rematando: (...) o conceito de culpa é a bitola geral de responsabilidade do direito privado romano desenvolvido.<sup>24</sup>

No que tange a evolução histórica da Responsabilidade Civil no direito brasileiro, temos o Código Civil brasileiro do ano de 1916, onde havia a necessidade de provar a culpa ou até mesmo o dolo do autor do dano causado à vítima para que assim este fosse obrigado a repará-lo. Com a evolução e o desenvolvimento industrial do Brasil fez com que os danos causados fossem multiplicados, trazendo assim várias teorias no tocante a responsabilidade civil, as quais eram tendenciosas a proteger de forma mais abrangente a vítima<sup>25</sup>.

Surgiu no Brasil um novo conceito de responsabilidade civil, que era a fundada no risco, que sem modificar ou substituir a teoria da culpa, ajuda a vítima em casos que é difícil fazer a prova da culpa do autor do dano, sendo assim uma proteção ao ofendido, a qual veremos bem mais adiante.

Posteriormente entrou em vigor, no ano de 2002, o novo Código Civil no Brasil que mantém a responsabilização civil com base na culpa em seu artigo 927, e ainda definindo o que é realmente um ato ilícito que gera a responsabilidade civil do ofensor em seu artigo 187<sup>26</sup>.

Insta salientar que o Código Civil Brasileiro do ano de 2002, também traz a possibilidade da responsabilização sem a incidência de culpa do agente com base no parágrafo único do Art. 927 que estabelece que:

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.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>24</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 330.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 2015, p. 27.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 2015, p. 29.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

Essa foi sem dúvida, a maior inovação do direito brasileiro no que tange a responsabilidade civil adotando assim a teoria do risco como fundamento para uma responsabilização sem culpa.

O autor Português Antônio Menezes Cordeiro em sua obra sobre responsabilidade civil aborda a problemática brasileira no que tange ao Código Civil do ano de 2002, informando que este atual diploma apresenta muitas semelhanças com seu Código antecessor, que era o do ano de 1916, e que o Código brasileiro apresenta o modelo híbrido de responsabilização civil com uma conjunção analítica da culpa na responsabilidade civil *aquiliana*<sup>28</sup>.

## 1.2. Conceito de Responsabilidade Civil

A palavra “responsabilidade” provém do termo em latim *respondere*, contendo inclusive uma raiz no termo *spondeo*, que significavam no Direito Romano à vinculação do devedor nos contratos verbais. Assim sendo, a pessoa que é responsável por algo, ou seja, aquela que pratica uma conduta humana, seja por ação ou omissão, possui a obrigação de responder por ela, trazendo para si a obrigação de assumir as consequências deste ato<sup>29</sup>.

Frise-se que o tema Responsabilidade civil é um dos mais apaixonantes da seara do direito, sem contar ainda, que é um dos mais importantes, sendo uma matéria muito complexa de grande relevância nos ordenamentos jurídicos de todos os países<sup>30</sup>.

Diante das lições de Sérgio Cavalieri, grande doutrinador Brasileiro em relação à diferença entre obrigação e responsabilidade, já que muitas pessoas o confundem:

Obrigação” não é sinônimo de “responsabilidade”, uma vez que a primeira é um dever jurídico originário, e que o não cumprimento deste dever, gera a segunda. Desta forma, motiva o encargo de minimizar ou redimir o dano causado pelo não realização do dever originário<sup>31</sup>.

Sendo assim, a Responsabilidade Civil é conceituada como um dever jurídico que provém da necessidade que um indivíduo tem de reparar um dano causado a outro. Tal conceito encontra, no âmbito jurídico, amparo no princípio fundamental da “obrigação de não ofender”, este sendo componentes da máxima de Ulpiano que define além deste, outros

---

<sup>28</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 384.

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 45-46.

<sup>30</sup> RANGEL, Emanuel de Freitas - **A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil**. 2006, p. 5.

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-84-224-8566-9, p. 14.

preceitos como princípios fundamentais, quais sejam: *honeste vivere* (viver honestamente), *neminem laedere*, (não lesar ninguém) e *saum cuique tribuere* (dar a cada o que é seu)<sup>32</sup>.

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, responsabilidade civil “*deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior das coisas.*”<sup>33</sup>

Responsabilidade significa, portanto, uma ideia de restauração do equilíbrio, ou seja, de reparação de um dano causado a outrem. Faz-se necessária a responsabilização de alguém que foi o causador do dano para que a situação volte ao *status quo*<sup>34</sup> anterior ao dano causado<sup>35</sup>.

É inquestionável que a Responsabilidade Civil é um instituto com muita força no direito mundial, porém, a mesma mudou, e vem mudando de acordo com as mudanças da sociedade.

### 1.3. Modalidades de Responsabilidade Civil

#### 1.3.1. Contratual x extracontratual (Obrigacional x *Aquilianiana*)

A responsabilidade civil ainda pode ser qualificada em “contratual” e “extracontratual” de acordo com o conteúdo da norma jurídica violada. Posto isso, define-se que a responsabilidade contratual ocorre do inadimplemento de uma obrigação pactuada anteriormente entre as partes, e a responsabilidade extracontratual é a violação direta de uma norma legal, onde as partes não possuem nenhuma contratação, ainda que tácita<sup>36</sup>.

É importante mencionar que no Brasil, a doutrina classifica em contratual e em extracontratual, e em Portugal, diante das nossas pesquisas, vislumbramos que as mesmas responsabilidades possuem nomenclaturas distintas, quais sejam: responsabilidade civil obrigacional, que é a que equivale a contratual, e a responsabilidade civil *aquilianiana*, que é a que no Brasil, chamamos de extracontratual, ou também de *aquilianiana*, já que é proveniente da *lex aquilia*.

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro no que tange a classificação da responsabilidade civil:

---

<sup>32</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 46

<sup>33</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 53

<sup>34</sup> Tradução: No estado em que (se encontrava) antes.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 2015, p. 20.

<sup>36</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 2015, p. 61.

Em face a vastidão da matéria, uma das formulas habituais de redução dogmática é a de proceder as classificações. No entanto, é a semelhança do que sucede noutras áreas obrigacionais, com natural relevo para os contratos, as classificações não esgotam as múltiplas possibilidades de ordenação... A responsabilidade civil é classificável em função dos seus diversos pressupostos. Além disso, ela preenche dois grandes tipos, não inteiramente lógicos e que requerem um tratamento mais detido: os que equivalem à responsabilidade obrigacional e aquiliana.<sup>37</sup>

De uma forma mais detalhada nota-se que a responsabilidade contratual ocorre quando uma das partes descumpre o combinado, e isto vale para qualquer tipo de contrato: os realizados de maneira unilateral (como, por exemplo, um testamento ou uma promessa de recompensa), bem como nos de maneira bilateral (como os que envolvem relações de consumo)<sup>38</sup>.

Já a responsabilidade extracontratual (também conhecida como *aquiliana*) pode-se considerar que é a modalidade de responsabilidade que não se encaixa em qualquer tipo de contrato, ou seja, o agente “apenas” infringe um dever legal, imposto pela legislação.

A autora Ana Mafalda Castanheira assevera que de forma tradicional, em Portugal, existem as duas modalidades de responsabilidade civil tal qual como fora abordado acima: a Extracontratual, e a contratual, e afirma que essa bipartição vem desde a época do direito romano<sup>39</sup>.

Das lições extraídas de Antônio Menezes Cordeiro, o mesmo estabelece que a responsabilização civil obrigacional, está sempre ligada a uma fonte original da obrigação, matricialmente, um contrato vinculado entre as partes, e o fato ilícito do seu incumprimento por aquele que se obrigou. E do contrário, na responsabilidade civil *aquiliana*, bastará à presença do fato e dos demais pressupostos<sup>40</sup>.

Nas suas palavras:

Havendo entre as partes, uma obrigação específica, cabe ao devedor executar a prestação principal. O dever dele é o bem do credor, atribuído e legitimado pelo ordenamento. Se o devedor não cumpre, é grave: ele está a frustrar, pelo sua conduta, precisamente o valor que o direito atribuíra ao credor. Em ao face do incumprimento, o devedor é automaticamente condenado a indenizar, isto é, a prosseguir, no plano indenizatório, o dever de prestar principal que inadimpliu<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 385.

<sup>38</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil.** 2015, p. 45.

<sup>39</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil.** Cascais: Principia, 2017. ISBN.:, p.. 13.

<sup>40</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 391.

<sup>41</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 391.

O Brasil, os autores estabelecem que existem vários pontos em que é possível diferenciar essas modalidades de responsabilidades. Algumas e principais diferenças que podemos citar são: o

Neste ponto peculiar do nosso estudo, temos que levar em consideração que tanto a responsabilidade civil contratual, quanto a extracontratual podem ser objetiva ou subjetiva, dependendo da análise do caso concreto.

No Código Civil Português, no que tange a responsabilidade civil contratual há uma presunção de culpa do agente causador do dano, ou seja, daquele que não cumpriu com sua parte no contrato, de acordo com a previsão do art. 799, nº 01, *in verbis*:

Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua<sup>42</sup>.

A doutrinadora Ana Mafalda Castanheira estabelece que em Portugal, a responsabilidade civil extracontratual é a prevista no Artigo 483 do Código Civil Português, sendo acolhidas as ideias e o modelo proposto por *Ihering*, com a dualidade de culpa e ilicitude<sup>43</sup>.

Desta forma, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, em Portugal, no que tange a responsabilidade civil daquele que descumpriu uma cláusula contratual não é objetiva, ou subjetiva, mas sim com culpa presumida. No Brasil, citamos o exemplo da responsabilidade civil nas relações de consumo, que é chamada de objetiva.

### 1.3.2 Subjetiva x Objetiva

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, autores brasileiros, a responsabilidade civil enquanto fenômeno oriundo de conflitos existentes na convivência entre homens na sociedade é um conceito uno e incindível. Contudo, é possível que esta seja classificada de acordo com a questão da culpa e a natureza jurídica violada, conforme se observará a seguir<sup>44</sup>.

Sobre a responsabilidade objetiva, esta cria um dever de reparação que prescinde da existência de culpa, se satisfazendo apenas com os elementos do “dano” e do “nexo de causalidade” existentes entre a conduta humana (ilicitude) e o dano gerado<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>43</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 99.

<sup>44</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 57

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 58-9

Uma das teorias existentes para se explicar a responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco. Segunda ela, há casos em que o indivíduo, devido a alguma atividade que exerce, concorre para a existência de um dano, e desta forma, não se isenta de culpa e tem o dever de reparar os possíveis danos<sup>46</sup>.

Tal teoria, chamada de teoria do risco, e a própria definição de dessa modalidade de responsabilidade é encontrada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, quando expõe que:

Art. 927. 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.

Já no Código Civil Português, encontramos essa teoria no art. 483, nº 02, *in verbis*:

2. Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei<sup>47</sup>.

De acordo com Ana Mafalda Castanheira sobre as espécies de responsabilidade civil: “A primeira exige a verificação da culpa e, podemos afirma-lo adiantando explicações posteriores, da própria ilicitude. (...) esta responsabilidade objetiva é designada pelo risco.”<sup>48</sup>

Observando-se de maneira mais detalhada o artigo da legislação brasileira, que é o art. 927, e seu parágrafo único, podem-se definir dois casos específicos em que essa modalidade é aplicada: nos casos previstos em lei e nos casos em que “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Essa segunda ocasião é mais complexa por restar dúvidas acerca de quais atividades se encaixam nessa proposta.

Contudo, no caso da legislação portuguesa, só haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim determinar, o que de certo modo é bem parecido com o que acontece no Brasil, porém, no Brasil, conforme já dito, há a inclusão da atividade de risco, que está excluída do dispositivo português. No que tange a responsabilidade civil subjetiva, ela foi adotada no caput do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, que estabelece que:

---

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 2015, p. 49.

<sup>47</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>48</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 39

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.<sup>49</sup>.

Já no Código Civil Português, a responsabilidade civil subjetiva se encontra amparada no art. 583, nº 01, que estabelece que:

Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.<sup>50</sup>

De acordo com o Prof. Dr. Ricardo Pedro, orientador deste trabalho: *“Como pano de fundo do tema da responsabilidade civil está sempre o sistema binário fundado na responsabilidade com culpa/responsabilidade sem culpa, enquanto arquétipos que embalam a doutrina.”*<sup>51</sup>

Ainda ante as lições deste autor:

Acresce que a consulta da doutrina a que se tem debruçado sobre o tema revela que a responsabilidade subjectiva nos últimos tempos se tem perspectivado menos subjectiva e que a responsabilidade objectiva muitas vezes mobiliza critérios de imputação (e.g. risco) que se assemelham em alguns aspectos à culpa. Essa evolução não pode deixar de nos alertar para as insuficiências dos modelos assentes na responsabilização ajuizada na culpa (ou sem culpa) e para as dificuldades de nos situarmos solidariamente num ou noutra modelo<sup>52</sup>.

Sendo assim, o conceito de responsabilidade subjetiva é usado como regra geral, em ambos os ordenamentos jurídicos, de forma que o pressuposto culpa é indispensável a sua caracterização. Consequentemente essa modalidade é de mais fácil entendimento, tendo em vista que após se compreender a definição de culpa, a aplicação de tal conceito se torna algo simples<sup>53</sup>.

### 1.3.3 Responsabilidade civil com culpa presumida

A prova da culpa, em muitos casos, é muito difícil, e se apresenta como uma enorme barreira para a vítima, eis que na responsabilidade civil subjetiva, a prova da culpa é daquele que sofreu os efeitos do dano. Desta forma, os tribunais, em tais casos, têm examinado a culpa

---

<sup>49</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

<sup>50</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>51</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. Tese de doutoramento. ISBN 978-972-40-6607-3, p. 334.

<sup>52</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 334-5.

<sup>53</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 58.

com certa tolerância, extraíndo-a, muitas vezes, das próprias circunstâncias em que se dá o evento danoso<sup>54</sup>.

A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução da responsabilidade civil subjetiva ao da objetiva, mas não pode em hipótese alguma ser confundido com responsabilidade civil objetiva, pois a culpa permanece, o que é invertido nesses casos é o ônus da prova<sup>55</sup>.

O autor Ricardo Pedro, de forma brilhante explana sobre o assunto em sua obra:

A objectivação da culpa fez-se ainda através da figura presunção de culpa, devolvendo carga probatória ao lesante. A presunção de culpa permite compreender que existe na prática toda uma graduação de situações que se situam entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva<sup>56</sup>.

A presunção da culpa surgiu em face das imensas dificuldades em que a vítima tinha de provar a culpa daquele que praticada um ato ilícito, sendo então o mecanismo encontrado pela doutrina e jurisprudência para ajudar a vítima em certos casos que não havia necessidade de maiores discussões, pois a culpa decorre do próprio ato ilícito, salientando que o fundamento da responsabilidade manteve-se o mesmo, ou seja, fundado na culpa, o que mudou, conforme já dito acima é a distribuição processual do ônus da prova, que aqui nos casos de culpa presumida cabe ao agente causador do dano e não mais à vítima, e ao agente causador do dano cabe somente ilidir a presunção de culpa que recai sobre ele para se eximir do dever de indenizar<sup>57</sup>.

#### 1.3.4 Responsabilidade por factos ilícitos, pelo risco e pelo sacrifício

É importante frisar que a responsabilidade civil por factos ilícitos, que também pode ser conhecida como delitual, corresponde, em Portugal, a previsão contida no Art. 483, nº 01 do Código Civil, que faz uma alusão à violação culposa, ou também ilícita de direitos subjetivos que visam à proteção dos interesses alheios<sup>58</sup>.

Já a anteriormente citada Responsabilidade civil pelo risco, é a mesma que fora abordada no tópico anterior, onde fala de responsabilidade objetiva, e só é possível nos casos

---

<sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - Programa de Responsabilidade Civil. 2014, p. 55

<sup>55</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - Programa de Responsabilidade Civil. 2014, p. 56.

<sup>56</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 337.

<sup>57</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - Programa de Responsabilidade Civil. 2014, p. 56.

<sup>58</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 405.

previstos em lei, estando consubstanciado no Art. 483, nº 02 do Código Civil português, e também já citado acima. Não há, portanto, nem culpa e nem ilicitude<sup>59</sup>.

No que tange a responsabilidade pelo sacrificio ou também chamada por fatos lícitos, não há uma positivação na legislação portuguesa, não obstante ser conhecida pela doutrina, uma vez que ela, para ser caracterizada necessita da existência de um ato voluntário, que apesar de danoso, o direito faz a sua admissão, dependendo das circunstâncias em que ocorreram, e mesmo sendo licito, pode gerar a obrigação de indenizar de quem o praticou<sup>60</sup>.

O Prof. Dr. Ricardo Pedro, em sua obra, também aborda o assunto afirmando que:

A responsabilidade objectiva assume várias fattispecies dentro das fórmulas comuns da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por factos lícitos. No entanto, o principal desenvolvimento da responsabilidade objectiva encontra-se nas teorias do risco.<sup>61</sup>

Assevera ainda, que a Responsabilidade objetiva pelo risco é associada à ideia do perigo criado, e mantido, se tratando de um risco permitido pela ordem jurídica e inevitável para que haja o desenvolvimento de algumas atividades diversificadas na sociedade, e que essa responsabilidade pelo risco vem sendo aplicada no direito administrativo, sendo esse risco, conhecido como encargo público, de acordo com o citado professor<sup>62</sup>.

Tal responsabilidade pelo risco é admitida tão-somente nas atividades em que o elemento risco estiver presente<sup>63</sup>.

### 1.3.5 Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa

Em relação à responsabilidade jurídica temos a diferenciação entre elas eis que temos a de natureza civil, que serve de fundamento para as ações indenizatórias, temos a de cunho penal que é quanto o ato do ofensor confronta-se com as normas de natureza penal, definidas pelo Código Penal de cada país, e ainda temos a responsabilização administrativa que pode ser conceituada como a punição do servidor público que pratica atos contrários à lei, violando assim a administração pública podendo assim, após a instauração de um processo

---

<sup>59</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 405.

<sup>60</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 405.

<sup>61</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito.** Lisboa: Almedina, 2016. Tese de doutoramento. ISBN 978-972-40-6607-3, p. 338.

<sup>62</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito.** 2016, p. 339.

<sup>63</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito.** 2016, p. 340.

administrativo sofrer as sanções de seu ato, independentemente de ser punido nas esferas cível e penal.

Acerca da distinção, devemos citar o nobre doutrinador Aguiar Dias<sup>64</sup>:

Assim, certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, enfim, acarretam a um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva. Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.

Caso o agente no momento em que causar o dano, também afronte uma norma de direito penal, ele será ao mesmo tempo responsabilizado perante a esfera cível no pagamento de uma indenização a vítima, e ainda responderá perante o Estado para sofrer uma pena de natureza penal, podendo inclusive ter sua liberdade cerceada.

Porém, devemos ressaltar que o mesmo fato, ou seja, mesmo dano causado pelo ofensor pode ensejar duas ou até mesmo três responsabilizações, sendo uma em cada esfera, não havendo assim *bis in idem*<sup>65</sup>. Em relação a responsabilização civil, se faz necessário salientar que só existirá se houver dano.

#### 1.4 Funções da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil tem funções multifuncionais, ou seja, ela tem diversas funções sem que haja qualquer tipo de hierarquia entre elas eis que todas são de suma importância. E uma das mais importantes evoluções da atual responsabilidade civil é o alargamento de seus escopos, ou de suas funções, como podemos chamar.

De forma tradicional, de acordo com Antônio Menezes Cordeiro, a responsabilidade civil assumiria um simples fim de ressarcimento, se contrapondo a responsabilização penal, preventiva e retributiva<sup>66</sup>.

O Prof. Dr. Ricardo Pedro, assevera em sua obra a importância da responsabilidade civil, e de acordo com ele:

São múltiplas as funções atribuídas ao instituto da responsabilidade civil, nomeadamente, de reparação, de controle do bom funcionamento de uma atividade,

---

<sup>64</sup> DIAS, José de Aguiar - **Da responsabilidade civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. ISBN:, p. 19.

<sup>65</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1572-9, p. 869.

<sup>66</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 419.

de prevenção, de reintegração, de controle social, de administração do risco, de punição e de realocação de recursos.<sup>67</sup>

E ainda, antes as lições do mesmo autor, em relação à função reparatória da responsabilidade civil:

A função de reparação de danos pressupõe circunstância de que se tenha produzido um dano, surgindo, como regra e como a razão de ser do instituto responsabilidade civil extracontratual, pois uma responsabilidade que não repare danos não será definitivamente responsabilidade civil, mas um instituto distinto.<sup>68</sup>

Tal função reparatória faz com que haja a reposição do *status quo* anterior ao dano, ou seja, de acordo com Ricardo Pedro, em consonância com os demais doutrinadores, é a possibilidade de realocação do lesado na situação anterior ao dano. Frise-se que em lugar nenhum do mundo, a reparação se dá automaticamente<sup>69</sup>.

Dentre as funções temos de forma majoritária na doutrina brasileira as seguintes: *reparatória ou compensatória*, que é aquela em que o autor do dano tem que reparar o mal causado a vítima. *Punitiva*, serve como uma punição para o ofensor que praticou aquele ato ilícito justamente para que ele não pratique novamente um ato que possa vir causar danos a terceiros. *Precaucional ou preventiva* que tem como objetivo prevenir a sociedade, ou seja, educar a todos que condutas como aquelas não são toleradas para que as pessoas saibam que podem ser punidos caso pratiquem atos como aqueles<sup>70</sup>.

A função *compensatória* ou *reparatória* é aquela em que há o dever de reparar/compensar a vítima na proporção do dano causado pelo agente. Sendo certo que esse mal é reparado através do pagamento de uma indenização com o intuito de restabelecer o *status quo* anterior ao dano. Decorre de um sentimento inato ao ser humano de restabelecer o equilíbrio abalado pelo ato ilícito praticado pelo ofensor, de maneira que este deve restituir os prejuízos suportados pela vítima<sup>71</sup>.

Nesta ordem de ideias, segundo o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, é que surge o princípio da restituição integral eis que segundo este autor: “*Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.*”<sup>72</sup>

Na mesma linha de raciocínio, o doutrinador Roberto Senise Lisboa:

---

<sup>67</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito.** 2016, p. 346.

<sup>68</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito.** 2016, p. 347.

<sup>69</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito.** 2016, p. 347.

<sup>70</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil.** 2017, p. 869.

<sup>71</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil.** 2014, p. 28.

<sup>72</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil.** 2014, p. 26.

Observa-se o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo verificado (*restitutio in integrum*), e, se esta não for viável, a indenização, somente admitindo-se de forma excepcional a limitação da reparação, por motivos de ordem pública<sup>73</sup>

Assim, para mensurar o *quantum* indenizatório não seriam levados em conta critérios punitivos ou preventivos, mas tão somente a extensão do dano suportado pela vítima<sup>74</sup>. Frise-se que esse é o entendimento do Código Civil Brasileiro que determina em seu artigo 944 que “A indenização mede-se pela extensão do dano”<sup>75</sup>. Desta forma, quanto maior for o dano, mais grave ele for maior deve ser o valor de indenização a ser pago pelo ofensor.

Desta forma, no âmbito da função compensatório-reparatória, a reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos sofridos, sem ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa de enriquecimento sem causa por parte da vítima<sup>76</sup>. Frisando ainda que vigora no campo da responsabilidade civil o princípio da reparação integral do dano.

No que tange a segunda função da responsabilidade civil, que é a punitiva, a qual, por sua vez, objetiva, através de uma indenização de caráter punitivo imposta ao causador do dano, não apenas retribuir o ilícito sofrido pelo ofendido, mas também por consequência fazer com que o ofensor não pratique a mesma conduta com medo da sanção sofrida<sup>77</sup>.

Por fim, como derradeira função da responsabilidade civil temos a *precaucional* ou preventiva uma vez que a sociedade com medo de uma sanção futura pode deixar de praticar atos que causem danos a outrem.

A verdade é que o fundamento da sanção civil é pedagógico, ou seja, desestimula o ofensor a praticar atos ilícitos, e de forma reflexa atinge toda a sociedade e potenciais ofensores que podem estar em idênticas situações<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> LISBOA, Roberto Senise - **Manual de Direito Civil, Volume 2: obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 978-852-032-566-7, p. 428.

<sup>74</sup> LISBOA, Roberto Senise - **Manual de Direito Civil, Volume 2: obrigações e Responsabilidade Civil**. 2004, p. 428.

<sup>75</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html)>.

<sup>76</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 26-7.

<sup>77</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 27.

<sup>78</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 76.

## CAPÍTULO II

### 2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para a mais nítida compreensão da Responsabilidade Civil e a complexidade deste instituto que tanto utilizamos no nosso dia-a-dia, devemos estudar os seus pressupostos ou elementos caracterizadores uma vez que cada um deles merece uma atenção especial por terem muitos detalhes que devem ser abordados.

Em relação à existência dos elementos ou pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, temos que abordar alguns que são considerados importantes e que não podem ser esquecidos dentro de um processo em que se busque a indenização pelo prejuízo causado por alguém a um terceiro.

Insta salientar que a doutrina Portuguesa diverge no que tange ao número de requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, mas a doutrina brasileira é uníssona no sentido que são quatro, os requisitos, quais sejam: *conduta humana, nexo de causalidade, dano e culpa*. Sendo estes os necessários para a averiguação da responsabilidade civil subjetiva, já que a objetiva dispensa a prova da culpa.

Em Portugal, com base nas pesquisas realizadas, os elementos são bem similares aos que encontramos no Brasil, sendo estes: a “*ocorrência facto voluntário do agente*”<sup>79</sup>, (Conduta Humana); “*A ilicitude desse facto*” (o ato praticado deve ser considerado ilícito); que tenha um “*nexo de imputação do facto ao lesante*” (culpa); “*que a vítima sofra danos*” (dano); que tenha ainda um “*nexo de causalidade*” entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pelo lesado (nexo de causal).

Segundo Almeida Costa, para que seja caracterizada a responsabilidade civil faz-se necessária a averiguação de vários elementos, tais como: “*a existência de um facto voluntário do agente*”, e não um simples facto natural que tenha causado danos; “*a ilicitude do facto*”, e que haja “*nexo de imputação do facto ao lesante*”; que da violação do direito subjetivo da vítima, ou de uma lei, resulte em *um dano*, posto que sem dano não haja no que se falar em responsabilidade civil; E ainda, que haja *nexo de causalidade* entre o facto praticado pelo agente, e o dano que fora sofrido pela vítima<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> VARELA, Antunes - **Das obrigações em geral**. 7ª. ed., rev. e atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. ISBN.:, p. 516.

<sup>80</sup> COSTA, Mário Júlio Almeida - **Direito das Obrigações**. 11ª ed. Lisboa: Almedina, 2008. ISBN 978-972-403-474-4, p. 557.

Jorge Ribeiro de Faria, em sua obra, faz a indicação que são cinco os requisitos da responsabilidade civil no direito português, quais sejam: “*um facto voluntário; a ilicitude; a culpa; o dano; o nexo de causalidade entre o facto e o dano*”<sup>81</sup>.

Para uma melhor compreensão da matéria, iremos abordar cinco (cinco) elementos caracterizadores da responsabilidade civil, para que o estudo fique mais enriquecido, tais como: facto humano (conduta), ilicitude, nexo de causalidade, dano e culpa.

## 2.1 Facto voluntário do agente (Conduta Humana)

O primeiro elemento essencial ressaltado pela doutrina brasileira, e algumas portuguesas, é a conduta humana, chamada em Portugal de “*facto humano*”. Este elemento consiste na exteriorização da atividade humana, sendo certo que ela é gênero de que são espécies a ação e a omissão, que devem estar presentes em todo processo de responsabilidade civil vez que sem conduta, não há que se falar em dano.

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro, há a designação em Portugal, do termo *facto* para a existência de um fato humano que possa ter uma imputação delitual, contudo, essa designação, segundo este autor tem muitas origens filosóficas e jurídicas. Entretanto, ele destaca o seguinte:

Como facto humano, podemos desde logo, considerar a acção. Esta corresponde a um desencadear de meios materiais e humanos, determinado pelo cérebro do agente, para prosseguir um preciso fim. O agente intervém em dois pontos: na escolha do fim que visa prosseguir e na seleção dos meios que tem por admissíveis e adequados, para esse feito<sup>82</sup>

Essa conduta humana (*facto*) pode ser uma ação ou uma omissão causada pelo agente, ou seja, essa conduta pode ser positiva ou negativa, guiada pela intenção/vontade do agente que resulta em um dano a uma pessoa.

A conduta positiva é traduzida na prática de um comportamento ativo do agente causador do dano, como por exemplo, o avanço de um sinal vermelho, ou dirigir em alta velocidade, ou ainda, dirigir embriagado, que são condutas reprováveis pelo ordenamento jurídico<sup>83</sup>.

Já no tocante a segunda espécie de conduta, que é a chamada de omissão, é considerada mais sutil em sua caracterização, pois se trata de uma atuação totalmente

---

<sup>81</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 978-972-400-455-6, p. 413.

<sup>82</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 435.

<sup>83</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. 2017, p. 891.

omissiva, podendo ser interpretada como um “nada” ou simplesmente um “não fazer” por parte do agente que tinha o dever de fazer<sup>84</sup>.

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro sobre a ação positiva:

(...) usa-se o termo *facto* para designar o acto ou *facto humano* que subjaz a qualquer imputação delitual. (...) como *facto humano* podemos, desde logo, considerar a acção. Esta corresponde a um desencadear de meios materiais e humanos, determinado pelo cérebro do agente, para prosseguir um preciso fim.<sup>85</sup>

Ainda nas lições do mesmo autor em relação à diferenciação entre ação e omissão, eis que segundo ele: “*enquanto a acção se define e identifica por si, a omissão, em si, não existe: nada existe*”<sup>86</sup>. E ainda, considera que a omissão só é um *facto/conducta humana* quando existe no momento o dever de praticar o ato omitido<sup>87</sup>, conforme preconiza o Código Civil Português, em seu artigo 486, salientando que tal artigo não é claro, conforme o mesmo autor:

As simples omissões são lugar a obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.<sup>88</sup>

Em relação à omissão, devemos trazer à colação o disposto no Art. 486<sup>89</sup> do Código Civil Português, que estabelece que basta que elas existam para que haja lugar a reparação do dano:

Art. 486. As simples omissões dão lugar a obrigação de reparar o dano, quando independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força de lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido.<sup>90</sup>

Desta forma, concluímos que o primeiro requisito necessário para que tenhamos responsabilidade civil é o *facto humano*, ou seja, uma conduta que seja uma ação ou omissão capaz de causar danos.

---

<sup>84</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. 2017, p. 981.

<sup>85</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 435.

<sup>86</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 436.

<sup>87</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 436.

<sup>88</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>89</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>90</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 436.

## 2.2 A ilicitude

No Brasil, não se fala em ilicitude como um elemento caracterizador da responsabilidade civil, mas se fala em conduta humana, como sendo a prática de um ato ilícito consubstanciado no Art. 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito<sup>91</sup>.

Já em Portugal, no que tange a ilicitude, esta se encontra prevista no Art. 483, nº 01, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 483, nº 01: Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.<sup>92</sup>

Como anteriormente asseverado, em Portugal, a doutrina diverge quanto aos requisitos caracterizadores da Responsabilidade civil, mas muitos autores enquadram a ilicitude como sendo um importante elemento para que o agente causador do dano seja responsabilizado, ou seja, o ato por ele praticado deve ser ilícito.

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro, existem duas modalidades de ilicitude, sendo a primeira àquela que advém da violação prevista no Artigo 483, nº01 do Código Civil, citado anteriormente, que estabelece a “*violação de direito de outrem.*”<sup>93</sup>

E como segunda modalidade de ilicitude, o mesmo autor aponta, ainda seguindo a orientação do Art. 483, nº 01 do Código Civil Português, é o “*violar qualquer disposição legal destinada a proteger os interesses alheios*”<sup>94</sup>.

Esse trecho do dispositivo que fala “*violar disposição legal*” estabelece que essas normas devam advir de leis expressas, de acordo com Antônio Menezes Cordeiro<sup>95</sup>. E ainda, o mesmo autor assevera a natureza da ilicitude:

Na ilicitude cabem, pois, elementos subjetivos: todos que sejam necessários para compreender plenamente o sentido de uma ação humana. Digamos, em síntese, que

---

<sup>91</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil.** [Em linha]. [Consult. 19 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html)>.

<sup>92</sup>PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil.** [Em linha]. [Consult. 01 de maio 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>93</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 445.

<sup>94</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 448.

<sup>95</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 453.

a ilicitude se reporta a uma ação (comportamento, resultado ou ambos) a qual, sendo humana, implica sempre os tais elementos subjetivos<sup>96</sup>.

Nas lições de Antônio Menezes Cordeiro em relação aos requisitos para que seja aplicada a ilicitude na forma de violação de disposição legal, contida no Art. 483, n° 01, do Código Português:

Podemos, desse modo, fixar uma grelha de requisitos relativa à aplicação do preceito em causa, na parte referente a normas de proteção: 1° Requer a presença de uma norma de conduta, devidamente aplicável. 2° Essa norma deve destinar-se a proteger determinados interesses alheios, como tal entendendo vantagens juridicamente protegidas e cuja razão dê azo a um dano. 3° A adoção, pelo agente, de um comportamento contrário a referida norma de conduta. 4° De tal maneira que sejam precisamente atingidos os interesses protegidos pela norma violada<sup>97</sup>.

Ainda existem autores portugueses, que indicam uma terceira modalidade de ilicitude, que é aquela oriunda do abuso de direito, que seria uma violação dolosa dos bons costumes. E asseveram que o Art. 334 do Código Civil português, contém uma cláusula delitual completamente absorvida pelo abuso de direito, e ainda, que este artigo não faz nenhuma referência à intenção do agente<sup>98</sup>.

Art. 334. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito<sup>99</sup>.

Poderíamos nos estender mais nesse requisito, no entanto, não é o foco central de nossa pesquisa, razão pela qual nos limitamos a trazer a ilicitude de uma forma geral, como sendo aceita pela doutrina portuguesa, e desta forma, entendemos que a conduta humana (facto) deve ser ilícito para que seja caracterizada a responsabilidade civil, pois a ilicitude deve se reportar a uma ação seja positiva ou negativa.

## 2.3 Nexo de Causalidade

O nexu causal é a incógnita da Responsabilidade civil. Na época clássica, o nexu de causalidade era totalmente desconhecido, posto que somente a existência de culpa e dano ensejava o dever de indenizar por parte do agente causador do dano<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 456.

<sup>97</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 452.

<sup>98</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. Cascais: Principia, 2017. ISBN.:, p.. 182-99.

<sup>99</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 19 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

Insta salientar que a relação de causalidade (nexo causal) é um dos pressupostos da responsabilidade civil, eis que ele é a relação entre o ato ilícito praticado através da conduta humana positiva ou negativa e o resultado dessa conduta, que é o dano. Sem esse nexo causal não é admitida a obrigação de indenizar<sup>101</sup>.

De acordo com o autor brasileiro Carlos Roberto Gonçalves: “o dano só poderá gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e seu autor”<sup>102</sup>. Nesse sentido, há que se apurar a ligação entre a conduta ilícita praticada pelo agente ofensor e o dano sofrido pela vítima, ou seja, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano suportado pela vítima para que se possa imputar a responsabilidade ao agente.

Para o autor Pablo Stolze, civilista brasileiro: “trata-se, pois do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano”<sup>103</sup>. De acordo com Antônio Menezes Cordeiro: “Entre a violação ilícita e culposa de um direito subjectivo ou de uma norma de proteção e o dano ocorrido, deve haver certa relação”<sup>104</sup>.

Esse é o nexo causal que deve ser apurado para sabermos se o agente praticante da conduta ou facto deve ser responsabilizado pelo dano. Contudo, a autora portuguesa Ana Mafalda Castanheira traz em sua obra, um problema quanto ao nexo de causalidade, afirmando que ele cumpre uma dupla função, ou seja, ao mesmo tempo em que é um elemento da responsabilidade civil, também é usado para fins de cálculo do valor da indenização da vítima<sup>105</sup>.

Assim, por conta das grandes discussões acerca do assunto, que abaixo iremos abordar de forma sucinta cada uma das teorias explicativas acerca do nexo de causalidade, e posteriormente, ao final explicaremos qual das teorias é adotada tanto no Brasil quanto em Portugal.

### 2.3.1 Teoria da equivalência das condições (*Conditio sine qua non*)

A primeira teoria é chamada de teoria da equivalência de condições (em latim, *conditio sine qua non*), que em suma significa que todos os elementos que de alguma forma antecederam e concorreram para a configuração de um dano, são considerados elementos

---

<sup>100</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 468.

<sup>101</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 2014, p. 477.

<sup>102</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 2014, p. 477.

<sup>103</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. 2017, p. 911-7

<sup>104</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 531.

<sup>105</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 249.

“causas”, sem a necessidade de se delimitar quais efetivamente participaram para o surgimento do evento danoso nesta “cadeia de fatos”<sup>106</sup>.

Elaborada na segunda metade do século XIX pelo jurista Von Buri<sup>107</sup>, esta teoria da *conditio sine qua non* não leva em consideração os antecedentes do resultado dano, e para ela, tudo aquilo que de alguma forma tenha contribuído para o resultado danoso é considerado como uma causa deste, ou seja, uma conduta é causa do dano sempre que seja concluído que o dano não existiria sem ela. E é por esse motivo que ela é chamada equivalência das condições eis que todas se equivalem, todas têm o mesmo valor para fins de nexos causal<sup>108</sup>.

Como exemplo, com a devida permissão, citaremos o do Pablo Stolze em sua obra: *“Imaginemos um sujeito que arremessa, bêbado, uma garrafa contra um transeunte, causando-lhe a morte. Se nós abstrairmos a conduta antecedente (arremesso da garrafa), a morte desaparecerá.”*<sup>109</sup>

Contudo, esta teoria apresenta defeitos posto que por considerar qualquer ato antecedente como causa, poderíamos chegar a um infinito nexos causal que nos levaria a sentenças injustas dentro dos processos judiciais.

O Código Civil brasileiro, e nem Português adotam esta teoria, haja vista que ela possuiu um grave inoportuno eis que por não impor uma linha que demarque o início dessa cadeia de fatos, a investigação se tornaria infinita, podendo ser responsabilizada uma série de pessoas, que na verdade, não possui responsabilidade pelo dano final casado a vítima.

Em um exemplo extraído do livro de Antônio Menezes Cordeiro, onde um lavrador comprou como saudável uma vaca, que na verdade estava doente, e ignorando a condição da vaca de doente, misturou-a com as suas outras vacas, vindo a contaminar toda a sua manada, e por conta disso, não houve colheita e conseqüentemente sem dinheiro, não conseguiu pagar as suas dívidas que contraiu para a exploração. Os credores ajuízam ação de cobrança, e seus bens são vendidos a preços baixos para pagamento das dívidas<sup>110</sup>.

Na questão acima colacionada, há a seguinte situação no que tange ao nexos causal, o vendedor da vaca doente deverá ressarcir do comprador os danos patrimoniais e morais que ocorreram em face de sua conduta? Para tal o mesmo autor, traz as respostas posto que de acordo com a teoria da equivalência das condições, o prejuízo deveria ser considerado pela provocação de qualquer evento cuja não verificação possa gerar o resultado, ou seja, por esta

---

<sup>106</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 140-1.

<sup>107</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 255.

<sup>108</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. 2017, p. 917

<sup>109</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. 2017, p. 918.

<sup>110</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 531.

teoria, o nexa causal se daria a favor de qualquer evento que fosse uma condição necessária do dano, salientando que essa teoria é atualmente repudiada<sup>111</sup>.

Por qual dos danos será imputada a responsabilidade ao vendedor da vaca com doença infecto contagiosa? Se formos aplicar a teoria da *conditio sine qua non*, todas as condições são equivalentes. E com isso, o vendedor da vaca deveria ser responsabilizado por todas as tragédias ocorridas com aquele que comprou a vaca contaminada<sup>112</sup>.

Imaginemos um acidente automobilístico com a morte de uma pessoa dentro do carro, poderia ser responsabilizado desde a pessoa que causou o acidente, até quem vendeu, e até mesmo o fabricante das peças que compunham o veículo, o que é um verdadeiro absurdo.

Insta consignar que esta teoria só é levada a efeito para fins de estudo, não devendo ser aplicada no campo da responsabilidade civil dentro das ações judiciais.

### 2.3.2 Teoria da causalidade adequada

A segunda teoria para desvendar o uso correto e determinação de quais elementos integra o nexa de causalidade é a teoria criada por Von Kries, denominada da causalidade adequada. Como o próprio nome sugere, ela não se distancia muito da teoria anteriormente comentada, porém, impõe certo limite a cadeia de fatos<sup>113</sup>. Aqui, já não se indaga a causa dos danos, mas olha-se para a conduta do agente causador do fato para saber se ela é idônea a produção daquele resultado final<sup>114</sup>.

Nesta teoria, a causa não é vista como toda e qualquer ação que antecede a efetivação do dano, mas sim, algo mais complexo que segue um juízo de probabilidade, onde a causa seria o apenas os atos anteriores abstratamente idôneos e convenientes e produção do dano<sup>115</sup>.

Nas palavras do doutrinador Sergio Cavalieri:

Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 531.

<sup>112</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - Novo tratado de responsabilidade civil. 2017, p. 474.

<sup>113</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 142.

<sup>114</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 260.

<sup>115</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 142.

<sup>116</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 65.

A questão se encontra exatamente nesse ponto: entre essas várias condições, de que forma se pode determinar qual (ou quais) fora a mais adequada? Infelizmente não existe uma regra padrão, uma fórmula teórica que possa fornecer a respostas em todas as ocasiões. É justamente ao contrário. Em cada caso será preciso analisar os fatos, fazendo a devida utilização do bom-senso e da ponderação.

Frise-se que o nexos causal pressupõe que a ação ou omissão praticada pelo agente tenha sido condição do dano e que, mais em abstrato, dele seja causa adequada para a produção daquele determinado resultado.

De acordo com Almeida Costa, citado no Livro de Antônio Menezes Cordeiro: “É necessário, portanto, não só que o facto tenha sido em concreto, condição ‘sine qua non’ do dano, mas também que constitua, em abstracto, segundo o curso normal das coisas, causa adequada à sua produção.”<sup>117</sup>

E seguem com um exemplo:

Um exemplo de escola clarifica o raciocínio. A atinge B, no peito, com um tiro. B morre: há causalidade, uma vez que o disparo no peito, é causa adequada para a morte. A deixa cair o óculos e B morre de susto: Não há causalidade, por falta de adequação: porém, se A, herdeiro de B, e conhecedor de uma insuficiência cardíaca, agravada por grande sensibilidade ao inesperado, deixa cair os óculos, para matar B que, de facto morre, já haverá responsabilidade. E adequação? Se a resposta for positiva, veremos que a fórmula da adequação já não é bitola de coisa nenhuma: trata-se apenas, de um espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético, até que a ciência do direito seja capaz de explicar o fenômeno.<sup>118</sup>

O que se precisa compreender é que, somente após um juízo razoável de probabilidade feito pelo julgador, será possível que se determinar quais antecedentes abstratos é aptos a determinar o resultado e, portando, poderão ser considerados como causa<sup>119</sup>.

Se a teoria anterior peca pelo excesso de atos antecedentes a realização do ato danoso considerados como causa, esta teoria por sua vez, incumbe ao julgador um alto grau de discricionariedade, sendo ele o responsável por avaliar e determinar no caso concreto quais atos é classificados como causas<sup>120</sup>.

Desta forma, de acordo com que abordamos até agora, notamos que para considerarmos uma causa como sendo adequada para a produção de um determinado

---

<sup>117</sup> COSTA, Almeida *apud* CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 531.

<sup>118</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 535.

<sup>119</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil.** 2015, p. 144

<sup>120</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil.** 2015, p. 144

resultado, esta causa deverá ter uma grande probabilidade de ser apta para a produção daquele determinado resultado, que é o dano<sup>121</sup>.

### 2.3.3 Teoria do escopo da norma violada: causalidade normativa

Essa teoria é desligada da linguagem casual, e de acordo com os doutrinadores portugueses, resolve o problema da delimitação dos danos a serem indenizados em uma sequência de ato ilícito e culposo, concentradas na indagação da violação da norma<sup>122</sup>.

O autor Antônio Menezes Cordeiro, afirma que coube a doutrina firmar uma alternativa clara a essa fórmula da causa adequada, sendo certo que segundo ele, essa alternativa veio com a teoria do escopo da norma jurídica violada<sup>123</sup>.

Ante as suas lições sobre a teoria do escopo da norma jurídica: “antecipando, podemos formulá-la nos termos seguintes: a causalidade juridicamente relevante verifica-se em relação aos danos causados pelo facto, em termos *conditio sine qua non*, nos bens tutelados pela norma jurídica violada”<sup>124</sup>.

Frise-se que essa teoria foi reconhecida através da decisão de *Bundesgerichtshof*, em 22 de abril de 1958, citado por Antônio Menezes Cordeiro:

No processo decidido em BGH 22-abril-1958, as partes discutiam quanto a saber quem deveria arcar com os custos de um processo penal, devido a uma acidente de viação, em que o réu acabara de ser absolvido. O BGH entendeu que, aqui, a causalidade adequada era insuficiente: havia que atender ao escopo das normas envolvidas, e designadamente, o paragrafo 823 I BGB, fora, já do estrito âmbito das normas de proteção. Pois bem: o risco de alguém se ver envolvido num processo judicial é geral: o Parágrafo 823, I, não visaria esse tipo de tutela. Os custos não poderiam ser imputados a outrem, que não o próprio.<sup>125</sup>

Assim sendo, e desde esta data, esta teoria vem ganhando forças no terreno da causalidade, até os dias atuais, posto que o Código Civil Português, não impõe a teoria da causalidade adequada, deixando a possibilidade desta teoria ser aplicada, na forma do Art. 563 do CC, e conforme já asseverado acima:

---

<sup>121</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JUNIOR, Pablo - **Manual de direito civil**. 2017, p. 919.

<sup>122</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 262.

<sup>123</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 537.

<sup>124</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 537.

<sup>125</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 538.

A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão<sup>126</sup>.

De acordo com o Código Civil Português, a causalidade legal, resulta da pura e simples aplicação do que prevê o citado artigo 563.º do Código Civil que compreende duas finalidades, de acordo com António Menezes Cordeiro:

Afasta, como princípio, a causalidade virtual, como fonte de imputação: não se responde civilmente, por condutas que embora ilícitas não chegaram a provocar danos. Arreda, como regra, a necessidade da absoluta confirmação do decurso causal: não há que provar tal decurso mas, simplesmente, a probabilidade razoável da sua existência.<sup>127</sup>

A jurisprudência portuguesa, ora tem entendido que o nexo de causalidade é tratado como sindicância normativa, ora tratam como questão de causalidade adequada de acordo com as lições de António Menezes Cordeiro. E ante ao exposto, alega que sob a ótica de Antunes Varela, a jurisprudência afirma haver uma formulação negativa da causalidade adequada<sup>128</sup>.

Ou seja, em Portugal, há uma divergência na doutrina quanto à teoria que é aplicada, por vezes aplicam a da causalidade adequada, e por outras, aplicam a teoria do escopo da norma violada.

## 2.4. O dano

O dano também é um dos pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que sem a ocorrência deste não haveria no que se falar em indenização ou reparação, e, por conseguinte, em responsabilidade. Pode-se afirmar então que o dano é o aspecto imprescindível sendo, portanto, inerente a todas as espécies de responsabilidade (subjéctiva ou objectiva, contratual ou extracontratual)<sup>129</sup>.

É incontestável que pode haver responsabilidade civil sem culpa, contudo, jamais poderá haver responsabilidade sem dano. E para se evidenciar a presença do dano não basta que exista apenas o risco do dano, ou a conduta humana gerando o ato ilícito, é necessário que

---

<sup>126</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

<sup>127</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 542.

<sup>128</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 549.

<sup>129</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 2015, p. 84.

o dano se concretize de forma a gerar uma lesão ao patrimônio econômico ou moral, resultando no dever de reparar<sup>130</sup>.

O dano é nas lições de Ana Mafalda Castanheira:

O dano surge identificado pelos autores como lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, subtração ou deterioração de um certo bem, lesão de bens juridicamente protegidos do lesado, desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante, supressão ou diminuição de uma situação favorável.<sup>131</sup>

Percebe-se então que, mesmo que o agente cometa um ato ilícito (e.g. um motorista que avança um sinal fechado), mas que não gere nenhum dano a partir desse ato (não atropela ou fere ninguém, bem como não danifica patrimônio alheio), não estamos aptos a caracterizar a existência de responsabilidade civil (não desprezando a possível existência de responsabilidade em outras áreas, como penal, ou administrativa)<sup>132</sup>.

Acerca da matéria Sergio Cavalieri resume de maneira excepcional, afirmando que:

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral<sup>133</sup>.

Ainda no tocante ao elemento dano, devemos fazer mais algumas considerações de acordo com o autor Marcelo Chamone o “*dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial*”<sup>134</sup>. Desta forma, podemos extrair, conforme já estabelecido anteriormente que o dano possui duas vertentes, o de ordem material (patrimonial) e o de ordem extrapatrimonial cujos conceitos abordaremos nos próximos tópicos.

O doutrinador Sergio Cavalieri expõe em sua obra que:

Temos hoje uma verdadeira inundação de danos ressarcíveis nada criteriosa: dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano pelo custo do filho indesejado, dano de férias arruinadas, dano de *mobbing*, dano por brincadeiras cruéis, dano por rompimento de noivado, dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono afetivo de filho menor, e assim por diante<sup>135</sup>.

De fato, hoje em dia, todas as espécies de danos ocorridos com uma pessoa ou contra uma empresa podem ser ressarcidos conforme visto acima. Salientando que dano deve ser definido como sendo o prejuízo que uma pessoa sofreu com o ato ilícito praticado por alguém,

<sup>130</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 92.

<sup>131</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 298.

<sup>132</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 76-7.

<sup>133</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 93.

<sup>134</sup> CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil**. [Em linha]. [Consult. 04 de mar. de 2018]. Disponível em WWW: <URL: <https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>.

<sup>135</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 92.

que violou uma norma jurídica e ofendeu direitos de *outrem*. Passaremos agora para a análise de cada modalidade de dano de forma específica e individualizada.

#### 2.4.1 Modalidades de danos

##### 2.4.1.1 *Dano material ou dano patrimonial*

Podemos definir o dano material de acordo com os ensinamentos dos autores Cristiano Chaves e Felipe Netto que estabelecem que “esta modalidade de dano é a lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela. Quando o dano ofende a relação entre pessoa e bens economicamente avaliáveis, surge a responsabilidade patrimonial”<sup>136</sup>.

Ana Mafalda assevera em sua obra que: “o dano é patrimonial quando é suscetível de ser avaliado em dinheiro; será não patrimonial quando não seja suscetível de ser avaliado em dinheiro”<sup>137</sup>.

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro:

Um dano é patrimonial quando a situação vantajosa prejudicada tenha natureza econômica: quando assume simplesmente natureza espiritual, o dano diz-se não patrimonial ou moral. A matéria pode ser precisada, explicando-se que o dano moral se reporta a vantagens que o direito não admita que possam ser trocadas por dinheiro: embora sejam compensáveis naturalmente, em sede de responsabilidade civil<sup>138</sup>.

Desta forma, acerca do dano material (patrimonial) em específico, podemos decifrá-lo como sendo a lesão de bens e patrimônios que possam ser expressos economicamente, de forma que o dano afeta somente o patrimônio do ofendido. O critério para a sua utilização se encontra no artigo 402 do Código Civil brasileiro, e este dispõe que, *in verbis*:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar<sup>139</sup>.

De acordo com Sérgio Cavalieri: dano patrimonial, como o próprio nome já diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima,

---

<sup>136</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 256.

<sup>137</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 300.

<sup>138</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 513.

<sup>139</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 04 de abr. 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html)>.

entendendo-se como tal, o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”<sup>140</sup>.

Essa espécie de dano ainda comporta dois subtipos de danos: *o dano emergente e o lucro cessante*. De forma sucinta, definimos o dano emergente como aquela perda (ou diminuição) de patrimônio que a vítima sofreu, ou seja, o prejuízo efetivo sofrido pela vítima; e o lucro cessante seria o que a vítima deixa de ganhar em razão do dano, é uma perda de ganho esperado, uma frustração da expectativa de dano<sup>141</sup>.

Antônio Cordeiro de Menezes se posiciona em relação aos danos emergentes, estabelecendo que “*este resulta da frustração de uma vantagem já existente*”<sup>142</sup>. E quanto aos lucros cessantes: “*o lucro cessante advém da não concretização de uma vantagem que, doutra forma, operaria*”<sup>143</sup>.

Assim sendo, tanto no direito português quanto no Brasileiro, os danos materiais ou patrimoniais são divididos em dano emergente, que é o próprio prejuízo causado pelo agente, e em lucro cessante, que são os benefícios, ou valores que a vítima deixou de ganhar em virtude daquele ato ilícito ou lesão praticada pelo agente, tal diferença se encontra no art. 564 do Código Civil Português, e no art. 402, já citado acima, no Código Civil brasileiro.

Segue *in verbis* o citado art. 564 do Código Civil Português:

1. O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão. 2. Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

Há de ressaltar que para que o juiz profira sua sentença é determinante e imprescindível que a vítima junte ao processo documentos, vez que a prova documental no pedido de dano material é extremamente importante, pois o juiz só poderá proferir uma sentença com documentos que comprovem qual foi o efetivo prejuízo da vítima, ou o que ela deixou de lucrar com este ato ilícito.

Frise-se ainda que grande parte da doutrina brasileira subdivide o dano em mais uma espécie, que é o dano pela perda de chance, o qual é o tema de nossa pesquisa, e que falaremos mais adiante nos próximos capítulos de forma específica.

---

<sup>140</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 93-4.

<sup>141</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN:, p. 371-2.

<sup>142</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 525.

<sup>143</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 525.

### 2.4.1.2 Danos morais

O alargamento dos danos morais é uma das maiores conquistas da responsabilidade civil, e de acordo com Antônio Menezes Cordeiro, a isso se deve ao Código de Seabra, em uma ação de acidente ferroviário, e além disso, em Portugal, no Código Civil do ano de 1966, há a nítida consagração da possibilidade de ressarcimento por danos morais, no Art. 496, nº 01, que será oportunamente colacionado<sup>144</sup>.

No direito brasileiro não há nenhuma definição exata do que é dano moral, estando apenas presente na Constituição Federal e no Código Civil que toda ofensa, ainda que ela seja só moral, deverá ser indenizada.

O dano moral não lesa o patrimônio da vítima, mas sim a pessoa da vítima em si, causando-lhe uma sensação de dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação<sup>145</sup>. Sendo assim, estes “bens” que podem ser lesionados se encontram elencados no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, a seguir exposta:

Art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>146</sup>.

Insta trazer à baila o que assevera Antônio Menezes Cordeiro, que estabelece que: “o dano moral se reporta a vantagens que o direito não admita que possam ser trocadas por dinheiro: embora sejam compensáveis, naturalmente, em sede de responsabilidade civil”<sup>147</sup>. De acordo com Sérgio Cavalieri: “dano moral é a dor, vexame, sentimento, desconforto, humilhação- enfim, dor da alma.”<sup>148</sup>

Em contrapartida, seguindo o pensamento contrário de Sérgio Cavalieri, temos o dos autores Cristiano Chaves de Farias e Felipe Netto que dispõem que o dano moral não tem absolutamente nada a ver com a dor, vexame, sentimento de humilhação sentida pela vítima, senão vejamos:

Ocorre que o dano moral nada tem que ver com a dor, mágoa, ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. Pesar e a consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e

---

<sup>144</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 416.

<sup>145</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil.** 2012, p. 386.

<sup>146</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Art. 5º, inciso X. [Em linha]. [Consult. 05 de jan. de 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>.

<sup>147</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** 2016, p. 513.

<sup>148</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil.** 2014, p. 106.

vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamento.<sup>149</sup>

Vale dizer que a decepção, desgosto, dissabor, desprazer, tristeza são consequências de um dano moral ao indivíduo, ou seja, pode ser considerado reflexo ao comportamento danoso do ofensor na vida da vítima<sup>150</sup>.

Porém, como o dano moral é provado dentro dos processos judiciais? Na verdade, o dano moral pode surgir de um descumprimento contratual quando estivermos diante da responsabilidade civil contratual, o que dispensará maiores provas, bastando mostrar dentro do processo a existência do inadimplemento.

Agora, quando estivermos dentro de outra situação, como, por exemplo, morte de um filho como pode provar a dor de uma mãe? Nesse caso, a doutrina majoritária chama o dano moral de *in re ipsa* uma vez que há a dispensa da prova em concreto, pois a dor se passa no interior de uma personalidade, sendo uma presunção totalmente absoluta<sup>151</sup>.

O dano moral *in re ipsa* é aquele que vem em decorrência do próprio fato lesivo, de modo que depois de provada a ofensa, *ipso facto*, fica cristalinamente demonstrado o dano moral através de uma presunção natural<sup>152</sup>.

Desta forma, é uma dispensa da prova da dor ou daquela mágoa sofrida em virtude daquele dano, o que é o correto nesses casos, pois deixa a dignidade como o ponto principal da questão uma vez que há a substituição do dogma da dor pelo dogma da dignidade humana<sup>153</sup>.

E por fim, trazemos uma indagação de Antônio Menezes Cordeiro: “*a morte seria caracterizada como danos morais?*” Primeiramente, o aludido autor faz a colocação que a morte de uma pessoa deve realmente ser considerada um dano, eis que a vida representa, segundo ele, uma vantagem, e que esse é o bem mais importante de um ser humano, e que resta claro desde a abolição da escravatura que uma pessoa não é bem de ninguém, e com isso, o dano sendo a morte, deverá ser indenizada a família do falecido<sup>154</sup>.

---

<sup>149</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 302.

<sup>150</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 304.

<sup>151</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 2014, p. 504.

<sup>152</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 307.

<sup>153</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 307.

<sup>154</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 517.

## 2.5 A Culpa

A culpa é um dos pressupostos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil, ou seja, a pretensão indenizatória. No Código Civil Português, há a clara indicação, assim como no Código Civil Brasileiro no que tange a obrigatoriedade da existência da culpa para fins de caracterização da responsabilidade civil, tal regra se encontra disciplinada no art. 483, nº 02 do Código Civil português e no art. 927 do código civil brasileiro<sup>155</sup>.

É importante ressaltar que em ambos os casos é possível que haja a responsabilidade civil sem culpa, que é o modelo de responsabilidade civil objetiva, contudo, para que tal modelo seja aceito se faz necessária a expressa previsão legal.

Mas devemos conceituar o elemento culpa para sabermos o que de fato é. Desta forma, de acordo com a doutrinadora Ana Maria Mafalda Barbosa, culpa é:

Tradicionalmente, a culpa era entendida em termos psicológicos, como uma mera ligação psicológica entre a vontade (do lesante) e o ato praticado. Mantendo embora essa nota de ligação subjetiva entre o sujeito e o seu ato, a culpa assume-se como um juízo de censura ético-jurídica, a traduzir um desvalor: a pessoa podia e devia ter agido de outro modo<sup>156</sup>.

De acordo com o autor brasileiro Flávio Tartuce: “A culpa pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”<sup>157</sup>.

Antônio Menezes Cordeiro assevera em sua obra que

a culpa, quando recém separada da ilicitude, começou a assumir um alcance puramente psicológico. Sendo a ilicitude o puro objetivo da dissonância entre a conduta do agente a estatuição normativa por ele desrespeitada, a culpa permitiria imputar o ocorrido a vontade livre daquele.<sup>158</sup>

Pois bem, o conceito objetivo de culpa pode ser entendido ainda como o descumprimento, ou uma inobservância do dever de cuidado do agente, posto que fosse importante que o agente antes de praticar a conduta, conhecesse e observasse bem o ato a ser praticado. Diante da culpa, entende o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, sobre o dever de cuidado do agente:

Vivendo em sociedade, o homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão à bem jurídicos

---

<sup>155</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 227.

<sup>156</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 228.

<sup>157</sup> TARTUCE, Flávio - **Direito Civil, Vol. 2: Teoria das obrigações e da responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN.

<sup>158</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 466.

alheios. A essa cautela, atenção ou diligência convencionou-se chamar de dever de cuidado objetivo<sup>159</sup>.

No que tange ao dolo, este é considerado, em termos de responsabilidade civil, apenas uma graduação da culpa, posto que sua classificação mais específica se faz necessária somente para o Direito Penal.

Na verdade, a culpa na responsabilidade civil é a tradução de uma censura, ou uma reprovação pelo direito de uma dada conduta praticada por um agente, e no âmbito do direito romano, haviam várias distinções, lembradas por Antônio Menezes Cordeiro: *culpa lata ou culpa levis*<sup>160</sup>.

Nos dias atuais, a culpa, ou negligência do agente causador do dano, tem sido estudada como sendo a violação de uma norma por uma inobservância de dever de cuidado, conforme acima já asseveramos, uma vez que a vida em sociedade exige de seus sujeitos à observação de determinadas regras de conduta, cuidado, prudência, zelo, ou simplesmente atenção. E a inobservância de tais cuidados, mesmo que não seja voluntário, poderá provocar a violação e como consequência disso, responsabilização civil e dever de indenizar<sup>161</sup>.

A autora Ana Mafalda Castanheira, estabelece em sua obra que “o juízo de censura da culpa pode vir a apresentar-se sob duas modalidades: o dolo e a negligência”<sup>162</sup>. De acordo com a mesma autora, o dolo sempre indica a intenção do comportamento danoso, podendo ser distinguido entre dolo eventual, necessário ou direto.

Frise-se que para ela, há o dolo direto quando o agente previu e quis assumir o resultado, já o dolo necessário é quando o mesmo agente não quis assumir o resultado, mas o previu e aceitou como necessário para poder alcançar outro resultado, e por fim, há o dolo eventual quando o agente previu o resultado, mas assumiu o risco<sup>163</sup>.

E no que diz respeito à negligência, esta traduz em violação do dever de cuidado, podendo ser a consciente ou a inconsciente, de acordo com a mesma autora dantes citada.

No direito Civil Português, em seu art. 487, nº 01 do Código Civil, há a expressa determinação que incumbe ao lesado à prova da culpa, a não ser que haja uma presunção legal no caso<sup>164</sup>.

Segue o dispositivo, *in verbis*:

---

<sup>159</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 47.

<sup>160</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 472.

<sup>161</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil**. 2016, p. 474.

<sup>162</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 236.

<sup>163</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 236.

<sup>164</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil**. 2017, p. 238.

1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. 2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.<sup>165</sup>

Percebemos então, que a culpa é o elemento central da responsabilidade civil, e deve ser analisada com cautela.

---

<sup>165</sup> PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 14 de maio 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

## CAPÍTULO III

### 3. A TEORIA DA PERDA DE CHANCE

#### 3.1 Origens históricas da perda de chance

Inicialmente cabe destacar que foi na Itália e na França que o instituto da perda de chance ganhou maior força e expressividade em demais países do mundo. Frise-se que foi no direito francês que essa teoria surgiu como a ideia da reparação da oportunidade/chance perdida.

##### 3.1.1 Na França - *Perte d'une chance*

O desenvolvimento de uma teoria específica para os casos em que a vítima perdia uma possibilidade de conseguir uma vantagem esperada surgiu na França, tendo em vista que foi neste país que houve maior dedicação por parte da doutrina e da jurisprudência para sanar o óbice encontrado pela vítima para demonstrar o requisito de certeza exigido à época para quem buscava uma reparação civil por uma oportunidade séria e real perdida<sup>166</sup>.

Em 17 de julho de 1889, através de uma decisão proferida por *Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation* Francesa, foi aceita a indenização pela perda de chance de uma pessoa ganhar uma ação na justiça por conta de um comportamento negligente que impediu que o processo tivesse sua normal tramitação<sup>167</sup>.

Foi ainda na França, que tivemos as primeiras decisões acerca do tema, eis que lá a doutrina influenciou a Corte de Cassação, a qual passou a conceder indenizações à oportunidade perdidas, contribuindo, dessa forma, para a evolução e aplicação da responsabilidade civil pela perda de chance<sup>168</sup>.

Neste diapasão, vale citar também Rafael Peteffi, o qual explica que:

A jurisprudência francesa, a partir de um acórdão pioneiro, no final do século XIX, pode ser considerada como a mais criativa em relação às possibilidades de utilização da teoria perda de chance. A propósito, os juristas franceses apresentam um leque de hipóteses bastante variado, como responsabilidade civil pela perda de uma chance de lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva, tal como ocorreu

---

<sup>166</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-852-247-2307, p. 3.

<sup>167</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 16.

<sup>168</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 3

com um criador que teve seus cavalos de corridas arrestados, ficando impedido de inscrevê-los em competição<sup>169</sup>.

Observa-se que a utilização da teoria da perda de uma chance, era no sentido de que a indenização tinha de ser feita independentemente da certeza do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo<sup>170</sup>.

Conforme se vê dos argumentos acima expostos, percebemos que as hipóteses supramencionadas constituem casos clássicos de utilização da teoria da perda de chance como dano autônomo, isto é, o processo aleatório foi definitivamente interrompido pela conduta do réu<sup>171</sup>.

Todavia, segundo o autor Rafael Peteffi, cabe destacar que a doutrina francesa é fortemente contrária à aplicação da responsabilidade civil pela perda de chance nos casos em que a noção de causalidade parcial necessite ser utilizada, ou seja, quando o processo aleatório não foi interrompido pela conduta do réu, como ocorre, por exemplo, na maioria dos casos de perda de chance na seara médica<sup>172</sup>.

Assim, em razão dos estudos feitos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem perdida, passou-se a doutrina francesa a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja: o da perda de chance<sup>173</sup>.

Frise-se que foi ainda na França que o conceito de perda de chance começou a ser aplicada na área médica. No acórdão da *Cour d'Appel* de Grenoble, em 1961, houve o julgamento de um caso em que aconteceu uma falha em um diagnóstico médico que não conseguiu diagnosticar a existência de uma fratura que já se encontrava totalmente evidenciada em uma radiografia anterior, e com isso, acabou agravando o estado de saúde do paciente uma vez que provavelmente esse agravamento não teria ocorrido se tivesse o médico feito uma avaliação mais específica e cuidadosa da situação da vítima<sup>174</sup>.

Por mais que a jurisprudência francesa venha aceitando de forma ampla a aplicação desta teoria, faz-se necessário salientar que ela só será aplicada pelos tribunais franceses se além dos elementos essenciais da responsabilidade civil, haja ainda a presença da chance real e séria do fato lesivo.

De acordo com Rui Cardona, em sua obra sobre o assunto:

---

<sup>169</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo:Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7535-3, p. 116.

<sup>170</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 4

<sup>171</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 156.

<sup>172</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 156.

<sup>173</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 4

<sup>174</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 16.

Assim, para que a perda de chance seja indenizável, não basta a constatação da previa existência, numa qualquer medida, da oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado, em face do circunstancialismo concretamente existente, que tenham sido destruídas em resultado do facto lesivo ocorrido. Para tal, é ainda necessário que a concretização da chance se apresente com um grau de probabilidade ou verossimilhança razoável e não com carácter meramente hipotético<sup>175</sup>.

É importante deixar claro que a oportunidade perdida deve ser muito mais que uma simples esperança, ou uma hipótese, sem qualquer chance séria e real, e o debate acerca dessa teoria é grande, sobretudo na França, país onde ela surgiu há mais de 100 anos.

### 3.1.2 Na Itália - *Perdita di una chance*

Na Itália ocorreu certa resistência para aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de chance, porém, tais barreiras foram quebradas mediante as manifestações favoráveis dos juristas italianos Adriano de Cupis e Maurizio Bochiola<sup>176</sup>.

Assim como na França, a doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independentemente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Ocasão em que se admitiu o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que séria, e a delinear os pressupostos para a aplicação de tal teoria<sup>177</sup>.

Embora os primeiros estudos acerca do tema tenham se iniciado em 1940, com o professor da *Università di Milano*, Giovanni Pacchioni em sua clássica obra “*Diritto Civile Italiano*”<sup>178</sup>, certo é que foi o professor Adriano de Cupis o primeiro autor a reconhecer o valor patrimonial da chance de vitória por si só considerada, enquadrando-a em uma espécie de dano emergente, afastando, dessa forma, as objeções acerca da incerteza do dano, que influenciaram negativamente o trabalho de seu predecessor<sup>179</sup>.

Adriano de Cupis foi um dos autores mais importantes para a consolidação da teoria no Direito Italiano, na medida em que “*reconheceu a existência de um dano autónomo consistente na chance perdida, inseriu a perda de chance no conceito de dano emergente e limitou a possibilidade de indenização à chances sérias e reais*”<sup>180</sup>.

---

<sup>175</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1943-2, p. 115.

<sup>176</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 4.

<sup>177</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 4.

<sup>178</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 7.

<sup>179</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 11.

<sup>180</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 12.

Malgrado a correta compreensão desta teoria tenha se iniciado com Adriano de Cupiz, certo é que foi somente em 1976, com o artigo *Perdita di una chance e certeza del danno*, escrito por Mauricio Boccchiola, também professor da *Università di Milano*, é que se passou a ter uma visão mais adequada sobre a responsabilidade civil pela perda de chance<sup>181</sup>. Urge trazer a judiciosa lição deste professor italiano:

É inútil esperar para saber se haverá ou não um prejuízo, porque o seu concretizar-se não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e incerto. A situação é definitiva e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos, que poderia dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado<sup>182</sup>.

E continua o renomado jurista italiano:

Se fosse possível estabelecer com certeza de que a chance teria logrado êxito, ter-se-ia a prova do dano final e com isso, o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria como a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar<sup>183</sup>.

Um dos julgamentos paradigmas, considerado como *leading case* da teoria da perda de chance, na Itália, é o que ocorreu em 04 de março do ano de 2004, julgado pela *Corte di Cassazione*, onde a esposa e um filho de uma pessoa que já havia falecido ajuizaram uma ação em face de um hospital pela morte desta pessoa alegando que a morte se deu em virtude de erro médico, pedido que fora negado pela Justiça pela falta de prova que a pessoa havia morrido em decorrência do erro médico, os recorrentes interpuseram recurso para a *Cassazione* ficando entendido, no julgamento, que houve um nexo de causalidade entre a conduta dos médicos que atenderam aquele paciente, e o dano (morte) ao falecido<sup>184</sup>.

Como se vê, a doutrina italiana e a jurisprudência, seguindo o pensamento francês, aprimorou a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance, contribuindo para que outros ordenamentos pudessem se valer de tal instituto, como por exemplo, no Brasil e em Portugal, conforme se passará a demonstrar.

---

<sup>181</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 12.

<sup>182</sup> BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 13.

<sup>183</sup> BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 13.

<sup>184</sup> NETO, Renato Lovato. *Perda De Chance No Direito Brasileiro E Português*. Porto, 2014. em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17272/1/tese%20completa%20Renato%20Lovato%20Neto.pdf> [em linha] Acesso em 02 de maio de 2019].

### 3.2 A Definição da Perda de chance

Inicialmente no que tange a perda de chance, é importante que façamos uma sucinta análise do que significa a “chance”. Assim sendo, em consulta ao dicionário da língua portuguesa, a palavra chance tem o mesmo significado de “*oportunidade, sorte, possibilidade, probabilidade*”<sup>185</sup>.

E de acordo com as definições, de forma inicial, é possível analisar da extração do significado acima informado, que a palavra chance nos traz duas realidades: uma possibilidade e a concretização dessa possibilidade. E assim, em um segundo momento, nos traz a ideia de incerteza, de imprevisto, tudo que iremos estudar ao longo deste capítulo.

O instituto da perda de chance, oriundo da França, em finais do século XIX, visa indenizar o prejudicado quando existir a probabilidade do dano se concretizar. No entendimento de Sérgio Savi, a expressão perda de chance significa:

O termo chance utilizados pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizaremos a expressão perda de uma chance, não obstante entendermos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade<sup>186</sup>.

Dessa forma, podemos entender que o instituto da perda de chance visa à reparação do indivíduo lesado por outrem, quando este tiver praticado ato ilícito que retire daquele a oportunidade de experimentar situação diversa daquela que experimenta atualmente.

O instituto da perda de chance é muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, e por não estar expressamente presente no texto legal, é normal nos depararmos com certas dificuldades para a análise dos elementos que pretendem demonstrar o dano/prejuízo causado à vítima.

Diante de algumas pesquisas, verificamos que a responsabilidade civil pela perda de chance representa modalidade específica e autônoma de dano, fugindo das demais modalidades já existentes no ordenamento jurídico. Assim entendeu Lídia Salomão:

Para a maioria da doutrina, a perda de chance configura-se um dano material e autônomo posto que se baseia na perda da oportunidade de obter um lucro (vantagem) ou evitar um dano. Esta perda apenas ocorre porque um fato (ilícito) interrompe o curso normal dos acontecimentos antes da concretização da oportunidade.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup>CHANCE *in*: Dicio. [Em linha]. [Consult. 12 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL:https://www.dicio.com.br/chance/>

<sup>186</sup>SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 3.

<sup>187</sup> SALOMÃO, Lídia. **Responsabilidade Civil: A Teoria da Perda de uma Chance**. [Em linha]. [Consult. 14 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: http://www.jurisway.org.br/v2/cursosentrar.asp?id\_curso=757>.

Assim, a perda de chance não pode ser analisada como a perda de um resultado favorável, mas como a perda de uma probabilidade de alcançar uma vantagem.

No que tange ao ordenamento jurídico Português, a teoria da perda de chance não possui uma consagração no direito positivo, assim como não ocorre no Brasil, contudo, vem sendo objeto de largas discussões pelos Tribunais.

Desta forma, a perda de chance em Portugal, assim como no Brasil, é aquela que equivale a a perda da probabilidade de ser obtido um resultado ou uma vantagem. E de acordo com Esperança Mealha, citando um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal<sup>188</sup>:

Assim, pode definir-se a perda de chance como uma “frustração irremediável, por ato ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer não fosse essa omissão.

Frise-se que quando alguém vai à justiça pleitear indenização fundada na perda de chance, na verdade, está invocando uma perda da oportunidade de que fosse obtido um ganho por ela, sem que seja possível, no entanto, a apuração se essa chance realmente seria de sucesso, ficando assim no campo da incerteza o resultado final daquela chance que foi perdida. Nas palavras de Nuno Santos Rocha: “*a perda de chance consubstancia a perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável*”<sup>189</sup>.

Cumprir destacar que, na teoria da perda de chance, segundo Sérgio Cavalieri Filho, “*a reparação deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*”<sup>190</sup>.

Ou seja, muito embora, não haja um dano certo e determinado, existe um prejuízo, o qual decorre da legítima e iminente expectativa da vítima em auferir um benefício ou evitar um prejuízo, e desta forma, a indenização se dará pela perda da oportunidade e não da própria vantagem vez que não se sabe se realmente a vantagem perdida teria um resultado de sucesso.

Para o doutrinador brasileiro, Rafael Peteffi Silva, “o ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final”<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> MEALHA, Esperança - **O dano da perda de chance na jurisprudência do Tribunal de Justiça Européia**. Braga: CEJUR, 2017. ISBN:, p. 152.

<sup>189</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. Coimbra: Almedina: 2015. ISBN 978-972-40-5443-8, p. 19.

<sup>190</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 99.

<sup>191</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo:Atlas, 2013. ISBN 978-852-247-5353, p. 116.

O referido autor ainda faz uma observação, na qual destaca que a certeza não é totalmente absoluta na perda de chance, mas não pode ser fundada em dados hipotéticos, pois nesse caso, aplica-se o grau de probabilidade que deverá ser analisado pelo juiz.

Neste diapasão:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza<sup>192</sup>.

Como se vê, a partir dos ensinamentos dos doutrinadores, tanto brasileiros quanto portugueses, ora consultados, que se faz necessário, para obter a reparação do dano, a demonstração da realidade e da grande probabilidade do prejuízo final, o qual não pode ser evitado, e ainda, no que tange a quantificação do prejuízo dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Portanto, conforme lição de Sérgio Savi: *“a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento”*<sup>193</sup>.

A aceitação da perda de chance como uma nova possibilidade de dano importa em uma visão mais abrangente da causalidade e até mesmo sobre a própria responsabilidade civil.

### **3.3 Enquadramento desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro.**

No início, havia certa resistência por parte da doutrina brasileira em aceitar a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance. Todavia, alguns doutrinadores já lecionavam sobre o tema, como, por exemplo, José Aguiar e Agostinho Alvim, que muito embora de forma tímida, já tratavam de maneira exemplar algumas hipóteses de perda de chance.

Atualmente, a doutrina brasileira, respaldada principalmente pela doutrina francesa e italiana, vem admitindo em larga escala a aplicação da teoria da perda de chance<sup>194</sup>.

Por outro lado, face à falta de fundamentação legal acerca do tema, os Tribunais enfrentam grande dificuldade para aplicar o conceito, eis que sua fundamentação é em cima exclusivamente de posicionamentos doutrinários, o que gera grande divergência na aplicação prática da teoria da responsabilidade civil pela perda de chance.

---

<sup>192</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 117.

<sup>193</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 120.

<sup>194</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 191.

Segundo Sérgio Savi, o primeiro acórdão a fazer alusão à teoria foi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgado na década de 90, o qual tratava da ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico<sup>195</sup>.

Segue o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na época:

CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NÉVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance."TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598069996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990<sup>196</sup>.

Muito embora o relator não tenha concedido a indenização pela aplicação da teoria da perda de chance, já que, no caso concreto, não foi possível estabelecer o nexo causal entre a atitude culposa do médico e o dano final, este demonstrou entendimento acerca do assunto passando a utilizar como parte integrante do seu voto<sup>197</sup>.

Contudo, a oportunidade surgiu um ano após o primeiro acórdão, ocasião em que este desembargador aplicou a teoria da perda de chance. No caso concreto, o advogado da autora embora soubesse do extravio dos autos, não informou tal fato à sua cliente, tampouco providenciou a restauração dos autos, cerceando o direito da sua constituinte de ver seu pedido apreciado pelo Poder Judiciário. Desta feita, imperioso transcrever o citado acórdão<sup>198</sup>.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. 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 de chance. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991)<sup>199</sup>.

Estes foram os dois primeiros acórdãos que se há notícia nos Tribunais Estaduais de Justiça Brasileiros que reconheceram a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance. Ressalta-se que foi a partir destes que surgiram diversos outros julgados enfrentando o tema.

Ocorre que o *leading case* no Brasil no que tange a esta teoria foi o julgamento do caso “*Show do Milhão*”, o qual falaremos oportunamente no item 3.9 desta obra, em Jurisprudências, tendo em vista que a partir deste julgamento, a teoria começou a ser aplicada de forma reiterada pelos Tribunais haja vista a confirmação pelo STJ.

---

<sup>195</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 47.

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: Processo nº 598069996**. [Em linha]. [Consult. 13 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tjrs.jus.br>>.

<sup>197</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 48.

<sup>198</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 49.

<sup>199</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: Processo nº 91064837**. [Em linha]. [Consult. 12 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tjrs.jus.br>>.

Porém, em que pese reconhecerem a possibilidade de reparação pela teoria da perda de chance, os tribunais estaduais ainda possuem dificuldade de harmonizar os conceitos para aplicação da teoria da perda de chance<sup>200</sup>.

### 3.4 Enquadramento desta teoria no ordenamento jurídico português.

É imperioso salientar que até muito pouco tempo não havia espaço na doutrina portuguesa para a perda de chance, e que aos poucos, os doutrinadores começaram a aderir à orientação tradicional da doutrina francesa<sup>201</sup>.

João Álvaro Dias, citado por Rui Cardona Ferreira em sua obra, de forma expressa se posicionou acerca do assunto afirmando que:

A teoria da perda da chance está em causa a lesão do direito a integridade ou incolumidade do patrimônio do respectivo titular, pelo que a chance perdida configura-se como um bem patrimonial, uma entidade econômica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano actual e ressarcível<sup>202</sup>.

Há uma ausência de positividade expressa da norma tanto no direito brasileiro quanto no direito português, e por esse motivo, a doutrina portuguesa se divide quanto a eventual aceitação de um dano autônomo pela perda de chance, lembrando que a doutrina também diverge quanto ao enquadramento desta teoria em dano ou em modalidade especial de causalidade<sup>203</sup>.

Sinde Monteiro, doutrinador Português, ao abordar o instituto da perda de chance, o conceituou da seguinte forma, citando a origem francesa:

Instrutiva é também a jurisprudência francesa respeitante à “*perte d’une chance de guérison ou de survie*”. O carácter de dano indenizável da *perte d’une chance* não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua ressarcibilidade, respeitadas que sejam as “*garde-fous*” colocados por aquela doutrina e jurisprudência.<sup>204</sup>

Rute Teixeira Pedro, em uma obra profunda acerca da perda de chance na seara médica, faz alusão a Álvaro Dias em relação ao uso desse instituto em terras portuguesas:

Em Portugal, poucos são os Autores que se referem à noção de perda de chance e, quando o fazem, dedicam-lhe uma atenção lateral e pouco desenvolvida. Pode também, entender-se que paira nas entrelinhas de decisões judiciais portuguesas,

<sup>200</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 47.

<sup>201</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 229,

<sup>202</sup> <sup>202</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 230.

<sup>203</sup> MEALHA, Esperança - **O dano da perda de chance na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeia**. 2017, p. 152.

<sup>204</sup> MONTEIRO, J. Ferreira Sinde – **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Coimbra: Almedina, 1989. ISBN:, p. 297.

estando subjacente a algumas delas em que os tribunais expendem um raciocínio semelhante ao que subjaz a esta teoria, sem, no entanto, se lhe referirem.<sup>205</sup>

Nas lições do doutrinador Manoel Carneiro da Frada no que tange a perda de chance em Portugal, este aborda a chance perdida na seara médica, onde fala sobre os atrasos nos tratamentos médicos que podem diminuir radicalmente as chances de um paciente obter a cura, e segue abordando tal teoria em concursos públicos ou contratos, senão vejamos:

Um outro exemplo dá-o o dano conhecido por “perda de chance”, praticamente por desbravar entre nós. Entre as suas áreas de relevância encontra-se a da responsabilidade médica: se o atraso de um diagnóstico correto diminuiu em 40% as possibilidades de cura do doente, quid iuris ? Já fora desse âmbito, como resolver também o caso de exclusão de um sujeito a um concurso, privando-o da hipótese de o ganhar? Ainda: se na fase das negociações de um contrato um terceiro acusa infundadamente uma das partes à outra, e esta última se desinteressa depois das negociações, poderá haver responsabilidade pela perda da oportunidade de um contrato (e em que termos ?). Uma das formas de resolver este género de problema é a de considerar a perda de oportunidade um dano em si, como antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final. (...) Mas então tem de se considerar que a mera possibilidade de uma pessoa se curar, apresentar-se a um concurso ou negociar um contrato consubstancia um bem jurídico tutelável.<sup>206</sup>

### 3.5 Espécies de Perda de chance: obtenção de vantagem e de se evitar um prejuízo

A perda de chance tanto no Brasil quanto em Portugal possui duas espécies, sendo a primeira, aquela que mais conhecida da doutrina e da jurisprudência, ou seja, a que o ato ilícito simplesmente faz com que uma pessoa tenha retirada a possibilidade/opportunidade de ter uma situação financeira melhor, ou nas lições de Durval Ferreira:

Consubstancia a lesão dum direito ou dum bem juridicamente protegido, existente no patrimônio do lesado, que, em si, é possuidor da oportunidade de se obter um resultado favorável, um ganho, um lucro, e oportunidade essa que, com a lesão causada, adequadamente se perde<sup>207</sup>.

Para ilustrar essa situação, imagine o caso de uma pessoa que projetou um futuro melhor, estudando de forma árdua para um concurso público, estando na última fase do concurso que se dedicou por anos, e no dia da prova de títulos, que é a última fase, é atropelado por um condutor embriagado, podendo assim afirmar que o candidato, vítima, foi despojado de uma oportunidade<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> PEDRO, Rute Teixeira – **A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado**. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN:, p. 232-3.

<sup>206</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da - **Direito Civil: Responsabilidade Civil. O Método do Caso**. Lisboa: Almedina, 2011. ISBN:, p. 103-4.

<sup>207</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2ª ed. Porto: Vida Econômica, 2017. ISBN:, p. 109.

<sup>208</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 268.

Ato contínuo, situação diversa poderia ocorrer, se esse mesmo candidato, tivesse falecido em decorrência de ato ilícito na primeira fase do concurso, eis que nesta primeira fase muitos candidatos são eliminados, não cabendo indenização pela perda de chance.

No caso em tela, a natureza da perda de chance será a título de lucros cessantes, o qual será abordado no próximo tópico do presente estudo. Na perda de chance segundo Felipe Neto e Cristiano Chaves: “*apesar do benefício ser incerto, o dano é certo*”<sup>209</sup>.

Nesse sentido, essa nova teoria veio para flexibilizar a tradicional máxima que os danos devem ser diretos e imediatos, pois o dano na perda de chance poderá consistir na destruição de uma possibilidade de ganho, que apesar de incerta, apresenta indícios de razoabilidade bem como de plausividade, sendo excluídas as esperanças aleatórias, já que estas não consistem na perda de chance.

Um exemplo que não comporta a perda de chance, citado pelos Autores já mencionados acima, é o caso de pais de uma menor de 12 anos, assassinada, fossem a justiça pleitear dos causadores da morte da filha, uma indenização a título de perda de chance por tudo que ela receberia se não tivesse morrido e caso houvesse se formado em médica cirurgiã, pois ela apresentava certa vontade de fazer medicina. Não é perda de chance<sup>210</sup>. É mera expectativa e não chance.

Já a segunda espécie de perda de chance, é a de se evitar um prejuízo, é chamada de frustração de uma oportunidade de que um dano fosse evitado, divergindo assim da hipótese que mencionamos acima.

Nessa outra espécie, a perda de chance é consubstanciada com a perda de uma oportunidade, que na conduta do agente foi simplesmente omitida, e que se tivesse sido realizada corretamente, tinha evitado um resultado desfavorável. E ela vem sendo mais aplicada na seara médica<sup>211</sup>.

De acordo com Felipe Netto e Cristiano Chaves:

A reparação decorrerá de um esboço daquilo que aconteceria caso o ilícito fosse neutralizado a tempo. Vale dizer, é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano, e que houvesse a possibilidade de ser ele interrompido por certa atuação. O fundamento da perda de uma chance será o ato ilícito da não interrupção desse processo que culminou por causar um dano<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSEVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 268.

<sup>210</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSEVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 268.

<sup>211</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 109.

<sup>212</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSEVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 271.

Aqui, nesse caso, podemos citar a responsabilidade civil do médico pela perda de chance de cura ou de sobrevivência, pois uma falha do médico pode fazer com que o dano não tenha sido evitado. Ou seja, a pessoa morre esperando 4 horas de atendimento em um hospital tem-se a perda de chance de sobrevivência uma vez que se a pessoa tivesse sido a tempo atendida, teria mais chances que o dano morte não houvesse ocorrido.

Durval Ferreira, cita um exemplo jurisprudencial do STJ da Espanha, onde um submarinista sofre um acidente de descompressão, e nesse tipo de acidente, é exigida uma atuação com extrema celeridade, pois o paciente deve ser introduzido em uma câmara hiperbárica, de modo que, uma maior demora, faz com que o resultado seja ineficaz. No caso em tela, a demora foi por 4 horas que gerou a ineficácia do tratamento, que resultou na paralisia dos membros inferiores do submarinista, vindo este a ter que usar cadeiras de rodas<sup>213</sup>.

Desta forma, diversamente da teoria da perda de chance clássica, a de evitar um prejuízo está consubstanciado quando o dano surge justamente porque o processo não foi interrompido, e com isso o dano ocorre.

### **3.6 A chance perdida como um dano autônomo ou lucros cessantes, dano emergente ou dano moral?**

Como já dito anteriormente, o instituto da perda de chance não possui entendimento pacificado na doutrina. Por esta razão, há necessidade de se analisar o lucro cessante e o dano emergente, vez que o instituto em discussão tem caracterização muito próxima de ambos, mas não se iguala a nenhum dos dois.

Insta salientar que há uma grande confusão nos julgamentos no que tange a quantificação deste dano, e, sobretudo, na definição deste, ora é enquadrado como lucros cessantes, ora como dano emergente, ora como dano autônomo distinto do dano final, e às vezes, no Brasil, chega a ser confundido com dano moral.

Segundo Silvio de Salvo Venosa,<sup>214</sup> o dano “*pode ser compreendido como toda ofensa e diminuição do patrimônio*”, bem como dispõe como dano emergente “*o que efetivamente a vítima perdeu*”, e lucro cessante como o que “*razoavelmente deixou de ganhar*”, enquadrando-se estes dois últimos na espécie de dano material, conforme previsão do Código Civil Brasileiro em seu artigo 402, *in verbis*:

---

<sup>213</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 112.

<sup>214</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil, Volume 4: Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-852-245-355-9, p. 285-6.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar<sup>215</sup>.

No que tange ao enquadramento do lucro cessante, atualmente, temos uma gama de entendimentos diferenciados acerca da natureza jurídica do dano a ser indenizado, eis que por vezes ele é caracterizado como lucro cessante, e em outras vezes dano emergente, contudo, não existe de fato uma classificação ideal para o instituto.

Cabe salientar ainda que muitos dos julgados enquadram a perda de chance como espécie de dano moral justamente por não saberem de fato onde ele realmente deveria ser enquadrado por ausência de fundamentação na legislação.

Temos atualmente uma gama de entendimentos diferenciados acerca do instituto, ora caracterizando-o como lucro cessante, ora como dano emergente, sem que haja de fato no texto legal uma classificação ideal para o mesmo.

Alguns doutrinadores entendem ser uma nova modalidade de dano material, ou uma nova classificação inserida na classificação de dano emergente, vez que a possibilidade perdida existia, caracterizando dano certo. Senão vejamos o entendimento de Sérgio Savi:

A perda de uma chance, como vista, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, deve ser considerada em nosso ordenamento uma subespécie de dano emergente. Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial)<sup>216</sup>.

Alguns autores afirmam não se tratar de lucros cessantes, posto se tratar este de impedimento de futura vitória, mas sim de dano emergente, se considerarmos possibilidade séria e real da vitória que restou prejudicada.

Portanto, entendem como sendo a perda de chance um dano autônomo, existente no intermédio entre lucro cessante e dano emergente, pois relacionam as expectativas, probabilidades, nas chances de ocorrência de determinado resultado.

Em Portugal, a perda de chance não se enquadra nem no conceito de lucro cessante, e tampouco no conceito de dano emergente. O autor Português Júlio Vieira Gomes afirma que: *“os autores que defendem a existência da perda de chance como dano autônomo tendem a inseri-lo no dano emergente.”*<sup>217</sup> Uma grande questão que versa sobre a perda de chance é

---

<sup>215</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil**. [Em linha]. [Consult. 14 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html)>.

<sup>216</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 102.

<sup>217</sup> GOMES, Vieira Júlio - Sobre o dano da perda de chance. **Direito e Justiça**: Universidade Católica Editora Unipessoal. Lisboa. ISSN:. XIX:II (2005), p. 26.

justamente saber como enquadrarmos no momento da quantificação do valor pelo magistrado no processo judicial.

O autor citado por Júlio Vieira, Mauricio Bocchiola, que é um jurista Italiano, afirma que a aceitação da perda de chance é uma modalidade de dano emergente, mas ainda assim este autor reconhece que o lucro cessante e a chance perdida apresentam características parecidas, e até certas analogias, até porque a certeza na reparação pelo lucro cessante é também uma certeza relativa e não absoluta vez que não é possível apurar o que exatamente a vítima deixou de lucrar para a aferição do lucro cessante<sup>218</sup>.

Ainda de acordo com esse autor: “*A perda da chance não deve ser considerada como lucro cessante (ainda que haja uma diferença qualitativa, mas apenas quantitativa entre ambos), mas como dano emergente. A chance surge como uma espécie de lesão à propriedade anterior*”<sup>219</sup>. Segue afirmando que: “*Tratar-se-ia de um bem patrimonial como em “gestação”*.”<sup>220</sup>

Em contrapartida, temos ainda doutrinadores que seguem o entendimento de que o instituto da perda de chance se trata única e exclusivamente de um dano moral, considerando-se o abalo sofrido pela oportunidade sofrida. Assim entende Melo:

Por outro lado, o que não se pode é dizer que a indenização pela perda de uma chance é de natureza moral, apenas. É claro que, além da indenização material, enquadrada nessa terceira e sui generis espécie, a vítima pode sofrer dano moral, também passível de reparação. Igualmente não se pode esquecer de que o ato ilícito que gerou a indenização pela perda de chance pode acarretar outros prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito, passível de reparação<sup>221</sup>.

Por sua vez o doutrinador brasileiro Sérgio Cavalieri Filho<sup>222</sup> aduz que; “essa questão é também controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral”.

Todavia, continua o autor, “Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”<sup>223</sup>.

Assim, percebe-se que o aludido autor sustenta que a teoria perda de chance guarda certa estreita relação com o lucro cessante.

---

<sup>218</sup> GOMES, Vieira Júlio - **Sobre o dano da perda de chance**. 2005, p. 27.

<sup>219</sup> GOMES, Vieira Júlio - **Sobre o dano da perda de chance**. 2005, p. 28.

<sup>220</sup> GOMES, Vieira Júlio - **Sobre o dano da perda de chance**. 2005, p. 30.

<sup>221</sup> MELO, Raimundo Simão de - **Indenização pela perda de uma chance**. [Em linha]. [Consult. 12 de abr de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>.

<sup>222</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 101.

<sup>223</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 101.

Porém, não obstante haver autores, além de Cavalieri, que enquadram a perda de chance na categoria de lucro cessante, Sérgio Savi e Rafael Peteffi Silva, pesquisadores desta teoria no Brasil, discordam dessa análise, esclarecendo que o que se indeniza é a chance perdida e não a vantagem frustrada, por isso, o lucro cessante (o que razoavelmente deixou de ganhar) não está abarcado por esta ideia<sup>224</sup>.

Aqui cabe trazer o ensinamento de Sérgio Savi, o qual faz uma observação a respeito:

Não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de causar um dano material, poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano *exclusivamente moral*. Até porque, [...], a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram como uma subespécie de dano emergente<sup>225</sup>.

Ainda sustentando que a perda de chance não se enquadra na modalidade de lucros cessantes, continua o renomado autor:

Na perda de uma chance indeniza-se apenas a perda da possibilidade atual de conseguir determinada vantagem e assim, indiscutível que a chance já fazia parte dos bens da vítima, portanto a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente<sup>226</sup>.

Ressalta-se que, conforme o aludido autor, “não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir”<sup>227</sup>.

Entretanto, os tribunais vêm decidindo de maneira confusa acerca do tema, considerando por vezes como dano moral, outras como lucros cessantes. Nesse sentido, cabe colacionar os seguintes julgados:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NAO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NAO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

I. Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação. II. As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV. Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da

<sup>224</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 41-2.

<sup>225</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 57.

<sup>226</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 22.

<sup>227</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 23.

Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. V.- Recurso Especial improvido<sup>228</sup>.

Assim, muito embora Sérgio Savi tenha estabelecido, em sua obra, relevantes critérios para a correta aplicação da teoria, na qual, segundo este autor, a perda de chance se enquadraria na categoria de dano emergente e não de lucro cessante, no Brasil se aplica de forma inadequada, ora como lucro cessante ora como dano moral eis que não há uma pacificação quanto a isso no Brasil.

Diante de tantos entendimentos difusos sobre o mesmo instituto, pode-se claramente observar que a teoria da perda de uma chance trata de nova categoria de dano indenizável, com suas próprias características que a difere das demais.

E é por esse motivo que alguns autores Portugueses defendem a perda de chance como um dano autônomo totalmente desprendido de qualquer classificação de dano material ou moral eis que ao posicionarmos a perda de chance como um dano totalmente autônomo traria uma terceira espécie de dano.

Recentemente em um julgado do STJ, no Brasil, a Ministra Nancy Andrighi ao julgar um recurso onde se verificava a responsabilização pela perda de chance de um advogado salientou que a perda de chance pode ter tanto cunho moral quanto patrimonial:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - **A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.** - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento

---

<sup>228</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 821.004/MG. [Em linha]. [Consult. 14 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http:// www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.

suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido (grifos nossos) <sup>229</sup>.

De acordo com o Autor Sérgio Cavalieri, existe uma forte tendência doutrinária no Brasil que a perda de chance seja colocada em um terceiro gênero de indenização, no meio do caminho entre os lucros cessantes e o dano emergente.

A jurisprudência no Brasil ainda não se entende no que tange a natureza jurídica do dano da perda de chance, sendo caracterizado às vezes como lucros cessantes, e vezes como danos morais.

É importante destacar que em Portugal, há uma forte tendência ao dano da perda de chance ser caracterizado como dano emergente, conforme já salientamos acima, e corroborando este entendimento, o Autor Nuno Santos Rocha<sup>230</sup>, afirma:

(...) considerando a chance como entidade dotada de autonomia que fazia já parte do patrimônio do lesado, a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como um verdadeiro dano emergente, pois só dessa forma será possível justificar a sua indenização. Senão vejamos: o conceito de lucro cessante exige uma prova da certeza, ainda que relativa, do dano, isto é, dos pressupostos e requisitos necessários para que ele pudesse vir a existir. Já no que concerne a perda da chance, dá-se a ausência de tal certeza, pois como estamos na presença de eventos aleatórios, apenas se demonstra uma probabilidade maior ou menor de se conseguir obter um resultado. Aqui, os lucros nunca seriam cessantes, mas sim hipotéticos, consubstanciando-se num dano meramente eventual, do que a incerteza interdiz qualquer indenização.

Ocorre que, de acordo com as pesquisas realizadas com os diversos autores portugueses, a grande maioria entende que o dano pela perda de chance em Portugal, é um dano autônomo, o que não se fala desta forma no Brasil, conforme já visto anteriormente.

De acordo com autor Júlio Vieira:

A chance é assim, um elemento actual do patrimônio de quem tem a expectativa de um resultado futuro útil, mas incerto. A perda de uma chance seria um dano emergente, um prejuízo patrimonial certo e atual. A noção de perda de chance implica, pois como destaca COUTURIER, o reconhecimento de um dano específico, distinto do dano final<sup>231</sup>.

Em trecho extraído de um julgado do STJ Português (Processo nº 488/09 4TBESP. P1.S1), citado por Rui Cardona Ferreira, em sua obra, há a previsão, por parte deles, que o dano a ser indenizado na perda de chance não é o dano final, mas sim um dano chamado de avançado, sendo um dano completamente certo, senão vejamos: “...o dano que se indeniza não é o dano final, mas o dano avançado, constituído pela perda de chance, que é, ainda, um

<sup>229</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1.079.1850- MG. [Em linha]. [Consult. 14 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>.

<sup>230</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 72.

<sup>231</sup> GOMES, Vieira Júlio - **Sobre o dano da perda de chance**. 2005, p. 29.

*dano certo, embora distinto daquele, pois a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do ato do lesante*”.<sup>232</sup>

Assim sendo, não há um entendimento pacificado no que tange a natureza jurídica da perda de chance, podendo ser enquadrado pelo julgador diante da análise do caso concreto.

### **3.7 Requisitos para a reparação pelo dano da chance perdida.**

Requisito fundamental para a existência do instituto da perda de chance é a demonstração real da obtenção de um resultado útil. Será necessária a demonstração efetiva da perda de uma oportunidade de obtenção do resultado pretendido.

Para caracterização deste instituto, é necessária a comprovação da interrupção de um caminho normal a ser seguido pela vítima para obtenção do resultado pretendido, demonstrando também que essa interrupção retirou da vítima qualquer possibilidade existente de obter o resultado almejado.

Assim, para que haja imputação da obrigação de reparar o dano ao agente causador, será necessário verificar a certeza do dano em questão, deverá ser analisado se ao dano causado à vítima realmente se aplica a reparação civil. Comprovando a vítima que, sem a ação ou omissão do agente, a mesma teria chance séria e real de obter o resultado por ela esperado, configura-se então a responsabilidade civil pela perda de chance.

#### **3.7.1 No ordenamento jurídico Brasileiro**

No Brasil, diante das pesquisas realizadas, e conforme já estabelecido acima, nos processos fundados em pedido de perda de chance, caberá ao juiz, diante de cada caso concreto analisar os requisitos que adiante serão expostos:

##### **3.7.1.1 Chances sérias e reais**

Se a vítima perdeu chances sérias e reais, que não podem ser meras expectativas, tendo em vista que para o sucesso da ação judicial com pedido de perda de chance, a chance que foi perdida pela vítima deve ser muito mais que uma simples esperança subjetiva e sem chances sérias de ser concretizada.

---

<sup>232</sup> FERREIRA, Rui Cardona - A perda de chance revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense). **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. ISSN:. 73:IV (2013), p. 1302.

No que tange a esse requisito, prelecionam os autores Felipe Neto e Cristiano Chaves: “quando alguém é privado de uma chance séria e efetiva, o dano traduzirá uma lesão a uma legítima expectativa, que eventualmente será objeto de reparação da mesma forma que os danos emergentes, lucros cessantes e dano moral”<sup>233</sup>.

### 3.7.1.2 Nexo de causalidade:

O mestre Sérgio Cavalieri Filho destaca que a problemática do nexos causal na perda de chance, gira, principalmente, em torno da atividade médica:

Em última instância, o problema gira em torno do nexos causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consiste na perda da chance da sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se há erro médico e esse erro provoca *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico<sup>234</sup>.

Cristiano Chaves e Felipe Netto identificam o problema no nexos de causalidade na perda de chance, eis que de acordo com este, o nexos causal deve ser analisado sob outro ângulo.

Veremos que esse interessante modelo jurídico não apenas se prende a uma inusitada qualificação de um dano, mas também uma elastização dos limites de aplicação das teorias da causalidade, sugerindo que a reparação pela chance perdida não representará propriamente uma nova espécie de dano, porém, uma presunção de causalidade, na qual se imputará a alguém uma obrigação de indenizar, sem que necessariamente o comportamento do responsável tenha sido a causa do dano<sup>235</sup>.

Portanto, conclui-se que a dificuldade de se constatar o nexos causal na perda de chance, não é por si só motivo suficiente para afastar aplicação de tal instituto, eis que se trata de instituto próprio, o qual adota uma forma diferenciada de se configurar a responsabilidade do agente causador<sup>236</sup>. Mas por óbvio que deve existir nexos de causalidade, eis que este é um dos requisitos imprescindíveis da responsabilidade civil.

---

<sup>233</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 267.

<sup>234</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 104.

<sup>235</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 267.

<sup>236</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 122.

### 3.7.1.3 Critérios de probabilidade

No que tange a probabilidade, a mesma deverá ser verificada ante as regras de estatísticas, e percentuais, que podem ser maiores, ou menores, que a vítima teria de poder alcançar a suposta chance perdida. E de acordo com a grande parte da doutrina brasileira, as probabilidades das chances devem ser superiores a 50 % (cinquenta por cento).

De acordo com Sérgio Savi: “*a quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada*”. Para tanto, segue o posicionamento deste autor, quanto ao percentual de probabilidade acima descrito:

Entendemos que somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização<sup>237</sup>.

A doutrina majoritária brasileira preconiza que a perda de chance será indenizável quando a probabilidade do êxito for superior ao percentual de 50% (cinquenta por cento), e diferente a isso, esse dano será quantificado pelo magistrado. Contudo, não foi isso que ocorreu no caso *leading case* brasileiro, que é o clássico exemplo do programa “*Show do Milhão*”, que veremos mais abaixo, uma vez que a probabilidade era menor e ainda assim, a vítima conseguiu a reparação pela perda de chance.

### 3.7.2 No ordenamento jurídico Português

Não basta, para a concessão da indenização pela perda de chance, a comprovação da perda da oportunidade sofrida pela vítima em alcançar o objetivo desejado. A oportunidade perdida deverá ser séria e real<sup>238</sup>, e não dano meramente hipotético ou esperança subjetiva de qualquer êxito, posto que estes não são suficientes para a responsabilização civil pela perda de chance.

De acordo com Vera Lúcia Raposo: “*Em termos gerais, exige-se que o lesado tenha ficado privado de uma oportunidade, a qual consiste na possibilidade relevante de obter o benefício ou evitar o prejuízo*”<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 122.

<sup>238</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 58.

<sup>239</sup> RAPOSO, Vera Lúcia - A perda de chance no mandato judicial. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN: 1:1 (2014).

### 3.7.2.1 Chances reais, sérias e a certeza do dano

Cabe salientar que o primeiro requisito para a caracterização da perda de chance, é que exista realmente uma chance real, uma vez que não podemos estar diante de uma mera criação do risco.

De acordo com Nuno Santos Rocha: “o dano tem que ser definitivo, resultando na possibilidade de a chance voltar a existir, ou seja, o comportamento desvalioso na perda irreversível das chances que a vítima detinha de poder vir a alcançar a vantagem desejada”<sup>240</sup>.

Em seguida, após a seriedade da chance perdida, será imprescindível a averiguação se as possibilidades que foram perdidas tinham certa probabilidade de ocorrer com um resultado de sucesso. É o que se designa como chances sérias e reais. Com isso, ela se torna indenizável.

A certeza do dano, de acordo com Nuno Rocha “é a característica essencial do dano da perda de chance. E essa certeza refere-se as “chances perdidas, e não ao dano final”<sup>241</sup>.

Quanto a essa certeza, devemos contrapor a incerteza que a teoria também traz uma vez que se exige a certeza no que tange a possibilidade ser real e séria da obtenção da tal vantagem, mas há a incerteza do dano, já que não sabe qual seria ao certo o desfecho.

### 3.7.2.2 Probabilidade da ocorrência

Durval Ferreira estabelece que “todavia, se basta uma probabilidade, sem se exigir certeza, já a lei não é expressa em determinar qual o grau de probabilidade de conexão causal que a priori deve existir entre um dano de ilicitude e uma sua (verificada) repercussão negativa”<sup>242</sup>.

Desta forma, não há uma probabilidade certa estipulada pela legislação portuguesa no que tange ao dano pela perda de chance, mas por óbvio de acordo com o citado autor é que deve haver certo grau de probabilidade, pois do contrário não haverá nenhum suporte legal que o magistrado possa sentenciar a indenização.

Frise-se que de acordo com Paulo Mota Pinto o que tange ao assunto, o mesmo estabelece em sua obra que a ausência de probabilidade fará com que não se verifique a

---

<sup>240</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 58.

<sup>241</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 59.

<sup>242</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 173.

existência de uma causalidade. E ainda assevera: “E apesar de frequentemente não se indicar sequer um limiar percentual para a prova do dano certo, este não deverá andar muito longe de uma probabilidade para além de dúvidas razoáveis e certamente muito acima dos 50% (ou 0,5%)”<sup>243</sup>.

A chance perdida deve ser consistente e com elevado grau de probabilidade ou verossimilhança. Frise-se que essa chance perdida e essa probabilidade de sucesso só poderá ser analisada em cada caso concreto a ser apresentado dentro de um processo judicial.

De acordo com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais realizadas para o presente estudo, percebemos que, em Portugal, há quase que uma unanimidade no sentido que a probabilidade do dano deve ser elevada, desde que haja verossimilhança das alegações.

### 3.7.2.3 O nexo de causalidade entre o fato e o dano

Cabe salientar que só haverá responsabilização civil pela perda de chance quando ficar demonstrado o nexo causal entre o fato e o resultado dano.

Algumas críticas à perda de chance ocorrem no sentido de ela deixar certa confusão entre os planos do dano e da causalidade, posto que para alguns autores portugueses, a perda de chance consiste em um novo dano, mantendo as demais regras de responsabilização civil, contudo, outros autores entendem que há mera construção artificial, que seria usada apenas para superar as dificuldades existentes no momento da demonstração do nexo de causalidade entre o fato ocorrido e o dano causado<sup>244</sup>.

Diante dessa questão, este mesmo autor, citando decisões do *Cour d'appel de Grenoble*, na época de sessenta, estabelece que nessa época houvesse mudanças em relação à perda de chance, sobretudo nos casos de responsabilização civil do médico pela chance perdida. De acordo com esse novo entendimento, Nuno Rocha assevera que nesses casos, a perda de chance não consubstanciaria um dano autônomo, mas:

Apenas seria utilizada como certo artifício que mascarava a incerteza do juiz em relação à apreciação do nexo causal, contribuindo assim para que se pudesse conseguir indenizar de forma parcial, o único prejuízo verdadeiramente existente, o dano final, ou seja, a não ocorrência do resultado pretendido<sup>245</sup>.

E segue o mesmo autor:

---

<sup>243</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. Coimbra: Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-54076-2-0, p. 773.

<sup>244</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 33.

<sup>245</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 34.

Desse modo, se o acto do agressor não for *conditio sine qua non* do dano final, ou seja, da perda da vantagem esperada, poderá conceder-se a reparação de prejuízo parcial e relativo, traduzido na perda de chance, e que será dessa forma quantificado de acordo com a probabilidade da causalidade provada. Consequentemente, se for aceite que determinado facto tinha x% de possibilidade de ser causa de dano final, o lesado será indenizado em x% do prejuízo total por si sofrido<sup>246</sup>.

Na verdade, cabe salientar que a teoria aplicada nos casos de ação de perda de chance é em sua grande maioria, é a teoria da causalidade adequada, como podemos citar Almeida Costa: “*É necessário, portanto, não só que o facto tenha sido, em concreto, condição sine qua nom do dano, mas também que constitua em abstrato, segundo o curso normal das coisas, causa adequada a sua produção*”<sup>247</sup>.

#### 3.7.2.4 O julgamento dentro do julgamento nos casos da perda de chance aplicável ao advogado

A grande parte da jurisprudência do STJ Português tem entendido que para haver perda de chance aplicável no caso do mandato forense, é necessário que seja feito dentro do processo o *julgamento do julgamento*, ou também chamado por alguns de *juízo dentro do juízo*.

Bem, mas o que poderia ser considerado este requisito?

A determinação da perda de chance processual por via de julgamento dentro do julgamento vem sendo aplicada pelo STJ Português tendo em vista que quando o advogado devidamente constituído, por negligência não propõe uma ação dentro do prazo, ou quando este não apresenta a contestação no prazo devido, ou não faz a produção de provas de maneira que seu cliente perca uma prova importante, ou ainda, deixa de interpor um recurso de uma determinada decisão que não foi favorável ao seu cliente, ele faz com que o cliente/vítima não tenha a respectiva apreciação do seu pedido judicialmente, ou a sua reapreciação em sede de julgamento em segunda instância.

Insta salientar que o sucesso dentro de uma ação judicial é sempre incerta eis que estamos diante da obrigação de meio do advogado, a qual abordaremos mais adiante com profundidade, e desta forma, o autor de um processo fundado em perda de chance do

---

<sup>246</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 35.

<sup>247</sup> COSTA, Almeida - **Direito das obrigações**. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN. 978-972-404-033-2, p. 763.

advogado jamais terá como afirmar que ganharia a ação caso seu advogado não tivesse sido negligente, muito embora, o julgamento tenha ficado comprometido<sup>248</sup>.

No caso da perda de chance do advogado em Portugal, não há como ter a certeza que o cliente ganharia a ação, conforme já dito acima, e é por isso que o julgamento dentro do julgamento (ou juízo dentro do juízo) é necessário ser realizado no processo fundado em teoria da perda de chance do advogado, para que seja determinada a existência da “chance” séria e real de vitória no processo que outrora fora perdido pela má atuação do patrono, quer, posteriormente, na fixação do “*quantum*” indenizatório ao lesado.

O juiz que vai julgar o processo fundado na perda de chance, deverá se colocar na função de juiz do processo perdido pelo advogado para que este magistrado possa fazer uma idealização do que realmente deveria ter ocorrido no primeiro processo caso o advogado não tivesse agido conforme agiu, avaliando assim o grau de probabilidade da vitória daquela causa inicial.

Desta forma, o juiz do processo em que discute a responsabilização do advogado também vira juiz da causa anterior, posto que ele terá que fazer a reconstrução de um processo imaginário diante das provas que o autor da ação juntar.

No caso específico do mandato, o dano da perda de oportunidade de sucesso em uma demanda não pode ser desvinculado de uma probabilidade consistente de ganho, uma vez que há a necessidade da probabilidade ser elevada<sup>249</sup>.

Paulo Mota Pinto entende no tocante a este requisito:

[O] lesado que pede o ressarcimento de um dano provocado pela perda de “chances” processuais deve, pois, fornecer elementos para prova de qual teria sido o resultado do processo frustrado, enquanto que “ao tribunal perante o qual é deduzido o pedido de indemnização cumpre fazer uma apreciação ou prognose póstuma sobre o resultado desse processo frustrado” – justamente, tal “juízo dentro do juízo”<sup>250</sup>.

Somente assim, o juiz conseguirá avaliar se haviam chances sérias, e se havia probabilidade de sucesso no ganho da causa, e se realmente há a responsabilidade civil do advogado pela perda de chance e se o cliente tem direito a ser indenizado pela oportunidade perdida no caso concreto.

---

<sup>248</sup> PORTUGAL. **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 488/09.4TBESP.P1.S1.** [Em linha]. [Consult. 04 de maio de 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument&Highlight=0,488%2F09.4tbesp.p1.s1>.

<sup>249</sup> PORTUGAL. **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 455/14.6TBGDM.P1.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f7a8116c03f74ab980258213003feed9?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>>.

<sup>250</sup> PINTO, Paulo Mota – in Direito Civil-Estudos, GESTLEGAL, p. 799, no estudo intitulado “*Perda de Chance Processual*” [também publicado nos “Estudos em homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos”, Tribunal Constitucional, 2016, Coimbra, Almedina, 2016, vol. II, pp. 1283-1323].

### 3.7.3 Comparativo entre o tratamento dado no Brasil em face de Portugal.

Desta forma, assim como é um requisito no Brasil, também é um requisito para a caracterização desta teoria, em Portugal, a necessidade de a chance perdida ser séria e real, sem a qual não há no que se falar em perda de chance e deve haver probabilidade da chance perdida ter sido de sucesso.

Contudo, nas pesquisas, percebemos um maior rigor maior na aplicabilidade desta teoria em Portugal, uma vez que neste país há a caracterização da perda de chance como um dano autônomo diverso do dano final, e já no Brasil, o dano da perda de chance não é conceituado como autônomo, na verdade, não se fala nisso no Brasil vez que os julgamentos estão sendo no sentido de caracterização da perda de chance certas vezes como dano moral, outras como dano material, sem haver uma corrente majoritária nesse sentido.

O certo é que tanto no Brasil quanto em Portugal, a perda de chance vem sendo aplicada, porém, a natureza do dano diverge. Outro ponto que merece destaque e que percebemos em nossas pesquisas é o *quantum indenizatório*, e a latente diferença entre os dois países.

Em Portugal, percebemos nos julgamentos que o valor da indenização fixada pelos juízes a título de perda de chance, não pode ser igual, ou acima ao dano final correspondente. E desta forma, será apurado com base na probabilidade que a pessoa tinha de realizar algo.

De acordo com o julgamento pelo Tribunal de Relação do Porto, em um caso onde um cliente estava processando seu advogado por não ter interposto recurso de uma decisão, fazendo com que ele perdesse a chance de ter seu caso julgado pelas instâncias superiores, sobretudo por ser uma questão criminal, o juiz entendeu o seguinte: *“Importa, assim, apurar qual a percentagem que representa o grau de probabilidade, face ao valor correspondente ao valor do dano final, apurando-se o valor da indemnização pelo dano “perda de chance”, enquanto dano autónomo”*<sup>251</sup>.

No Brasil, a indenização decorrente da perda de chance jamais poderá ser idêntica ao benefício que a o lesado obteria se não tivesse perdido chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado. Tendo em vista que não há certeza acerca da vitória no recurso (no caso do advogado), a indenização da chance perdida será inferior ao valor do resultado útil esperado.

---

<sup>251</sup> PORTUGAL. **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 540/13.1T2AVR.P1.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>>.

De acordo com Sérgio Savi: “a *quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada*”<sup>252</sup>. Para tanto, segue o posicionamento de Sérgio Savi, quanto ao percentual de probabilidade acima descrito:

Entendemos que somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização<sup>253</sup>.

Para ilustrarmos como é o entendimento no Brasil, trazemos a colação o que o Autor Sérgio Savi dispõe no seu livro a título de exemplo sobre a quantificação do dano da perda de chance em sede de tribunais brasileiros:

Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a 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 título de danos materiais seria de R\$9.000,00 (nove mil reais)<sup>254</sup>.

Já em Portugal, Durval Ferreira, traz em sua obra que o dano assumirá a seguinte posição: dano elevado é aquele que está entre os 50% e os 80/85%; - Dano médio é aquele que está em torno de 50%; - dano baixo é aquele que está entre os 15/20%, e os 50%, e por fim, o dano ínfimo, que é aquele que está abaixo dos 15/20%, e é chamado dano irrelevante por este autor<sup>255</sup>.

E ainda, finaliza asseverando que se a probabilidade do dano for muito elevado, ou seja, acima de 80%, a obrigação de indenizar se restará clara, e este quantum indenizatório, deve ser em 100% (cem por cento) do valor do dano final da vítima.

Depois de verificado o grau da probabilidade, os juízes devem passar para a questão da quantificação do dano da perda de chance, e de acordo com Durval Ferreira, no que tange a esse tema, devemos levar em consideração dois fatores: “*A primeira conducente a avaliar o valor monetário final de repercussão negativa em si. A segunda, fazendo repercutir nesse valor o grau da causalidade probabilística já assumida*”<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 123.

<sup>253</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 122.

<sup>254</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 68.

<sup>255</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 67.

<sup>256</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 274.

E com isso, colaciona um exemplo, qual seja: o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2015: “esse juízo avaliativo deve ser elaborado em dois passos: (1) avaliação do valor do dano final. (2) fixar o grau de probabilidade de obtenção de vantagem ou o grau em que o prejuízo foi evitado, traduzido em valor percentual”<sup>257</sup>.

### 3.8 Áreas em que a perda de chance vem sendo aplicada

A Teoria da perda de chance vem sendo aplicada nas mais diversas áreas do direito. Hoje em dia é possível a sua aplicação na esfera contratual, na esfera administrativa, no direito do trabalho, na área médica, do advogado, nas questões que envolvem jogos de azar e competições esportivas, entre muitas outras.

Frise-se que entre os domínios de aplicabilidade desta teoria, já são aceitas pela jurisprudência a perda de chance de celebração de um contrato, ou até mesmo a perda de chance da execução de um contrato, e como consequência da inexecução do contrato, a parte deixar de auferir ganhos com este contrato<sup>258</sup>.

A jurisprudência francesa, que é a precursora no assunto, aceita a perda de chance de forma muito ampla, contudo, mesmo sendo ampla, não deixam de impor certos requisitos para a sua aplicação, que vai além dos pressupostos da responsabilidade civil, e que já abordamos anteriormente, quais sejam: ato ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade. Eles aceitam a perda de chance desde que além dos requisitos básicos da responsabilidade civil haja a existência do dano, e que a chance de indenizar seja séria e real<sup>259</sup>.

Assim sendo, a questão vem sendo discutida no âmbito da responsabilidade civil do patrocínio judiciário. E muito embora, a jurisprudência dominante sobre a questão exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida pelo patrono (ou aquela não proposta por ele), há a possibilidade da indenização ser concedida só pelo fato do cliente ter perdido a chance de ver sua ação ser julgada.

É possível ainda que a responsabilidade civil seja por um ato médico, o que já vem sendo aceito pela jurisprudência de forma ampla, que é a chamada perda de chance de cura,

---

<sup>257</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 274.

<sup>258</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 114.

<sup>259</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 115.

ou perda de chance de sobrevivência, seja dos profissionais liberais médicos, ou seja pelos estabelecimentos hospitalares<sup>260</sup>.

Nesse caso, são julgados casos em que por uma sequência de erros de diagnósticos, ou falhas no tratamento prescrito, ou ainda, pela demora no atendimento emergencial, o enfermo vem a falecer, ou seu estado de saúde se agrava em virtude desse comportamento do médico.

Como tudo que já estudamos até o presente momento, não podemos esquecer que não saberíamos com certeza se o paciente sobreviveria ou seria curado caso o médico adotasse o procedimento correto, ou se o mesmo fosse atendido a tempo, mas o que se fala é que esse paciente teria mais chances de ser curado caso a falta não fosse cometida pelo profissional, ou mais chances de sobreviver se fosse atendido rapidamente, por exemplo.

Alguns autores surgiram na doutrina francesa acerca da perda de chance de sobrevivência, citando assim *Genevière Viney* e *Patrice Jourdan*, *apud* por Rui Cardona Ferreira “*a perda de chance postula uma tal incerteza que nunca se saberá se a perda sofrida teria sido evitada, nem se a vantagem esperada teria sido alcançada.*”<sup>261</sup>

De fato, em nenhum processo judicial teremos a certeza que a pessoa teria sobrevivido ou se ela teria sido curada com o tratamento correto, ou com o atendimento rápido, mas é certo que a pessoa teria mais oportunidades de sobrevivência ou de cura.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em caso de erro médico, de um médico da UPA- Unidade de Pronto Atendimento, do Sistema único de Saúde, onde este profissional não efetuou a transferência do paciente, invocando assim o julgado a teoria da perda de chance de cura ou sobrevida:

Apelação Cível. Direito Constitucional e Administrativo. Responsabilidade Civil. Habilitação dos herdeiros. Possibilidade de transmissão aos sucessores da compensação por danos morais sofridos pelo autor que veio a falecer no curso da demanda. Necessidade de transferência de paciente que se encontrava em UPA para unidade hospitalar com CTI. Sentença de improcedência. Irresignação dos herdeiros. Reforma do julgado. Laudo médico que atesta a necessidade de urgência na transferência do paciente. Tutela de urgência concedida determinando a transferência. Teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevida. Paciente internado em UPA, necessitando de vaga em unidade hospitalar com CTI. Valor da indenização fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos herdeiros, levando-se em consideração a perda de uma chance de sobrevida. Juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54 do E. STJ) e correção monetária a partir do julgado (Súmula 97 do E. TJRJ). Jurisprudência e Precedentes citados: REsp 1335622/DF Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA TERCEIRA TURMA Data da Publicação/Fonte 27/02/2013; 0009321-11.2012.8.19.0042 - APELAÇÃO - Des(a). ANDRE EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH - Julgamento: 05/06/2018 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL; 1650530-

---

<sup>260</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 119.

<sup>261</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 122.

42.2011.8.19.0004 - APELAÇÃO - Des(a). MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 15/05/2018 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL ;0428225-40.2012.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA - Des(a). MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA - Julgamento: 21/03/2018 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL ; 0202540-44.2014.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). ANDRE EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH - Julgamento: 25/07/2017 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. PROVIMENTO DO RECURSO.<sup>262</sup>

No julgado acima, temos a hipótese em conjunta da responsabilidade civil do médico e da administração pública uma vez que o erro se deu pelo médico vinculado a UPA, que é vinculado ao Município do Rio de Janeiro, condenando assim no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil Reais) a título de perda de chance de cura ou sobrevida.

Em um outro julgado recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fora possível identificar a aplicação da perda de chance no caso em que o médico fez um parto, de forma culposa, tardiamente, quando o feto morreu por asfixia por mecônio:

REMESSA NECESSARIA. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MORTE DE RECÉM-NASCIDO. ERRO MÉDICO. PARTO TARDIO. SOFRIMENTO FETAL. ASFIXIA POR MECÔNIO, OCASIONANDO INSUFICIÊNCIA RESPIRATORIA E MORTE DO BEBÊ. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DO RÉU. HOSPITAL DO ESTADUAL. DANOS MORAIS DEVIDOS. 1- O sistema de responsabilidade civil do Estado recepciona a teoria do risco administrativo, desobrigando o lesado de demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em razão de ato danoso causado por seus agentes. 2- Aplicação da regra inserta no art. 37 § 6º da Constituição da República. 3- Omissão nas cautelas exigidas dos profissionais médicos que atenderam a Autora, a quem cabiam enviar todos os esforços e meios ao seu alcance para que a saúde da mãe e do recém-nascido fosse preservada. 4- Laudo pericial incontestado, revelando que a Autora permaneceu sem assistência pelo período de 10 horas sem monitorização, sem ser examinada pelo plantonista, quando deveria ter sido preenchido, principalmente a frequência cardíaca fetal e a dinâmica uterina a cada 30 minutos, além de exames de toque feitos de acordo com a progressão do trabalho de parto (pelo menos de 2 em 2 horas. 5- A Autora era "gestante de Auto Risco", vinha se submetendo ao acompanhamento médico pré-natal e os exames de rotina solicitados, o que demonstra zelo com a gravidez. 6- O descaso da equipe do hospital foi determinante para a morte do filho da Autora. 7- Aplicação da Teoria da Perda da Chance na solução justa da demanda à luz do princípio democrático de direito e de respeito à dignidade da pessoa humana. 8- Dano moral, que deriva do próprio fato negligente, isto é, ocorre in re ipsa. 9- Dever de indenizar, nos termos do que estabelece o art. 37, § 6º da Constituição da República, art. 734, caput c/c art. 927, parágrafo único do NCC. 10- Quantum indenizatório que deve ser mantido em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). 11- Pequeno reparo na sentença, de ofício, para fixar a correção monetária, desde o arbitramento da indenização, na forma do que dispõe a Súmula 362 do STJ, com incidência de juros de mora a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ). 12- MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0013431-37.2013.8.19.0036. [Em linha]. [Consult. 28 de abr. de 2019]. Disponível em [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>.

<sup>263</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0043438-20.2013.8.19.0001. [Em linha]. [Consult. 28 de abr. de 2019]. Disponível em [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>.

Com o julgado acima, verificamos que fora arbitrado o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) pela perda de chance da equipe médica do hospital da administração pública, sendo nesse caso, o Estado condenado ao pagamento aos pais do bebê por conta da responsabilidade civil objetiva do estado fundada na teoria do risco. Aqui, ainda verificamos que a natureza do dano da perda de chance foi quantificado em danos morais pelo julgador.

Dando continuidade, além da responsabilidade civil pela perda de chance do médico ou do advogado, já é perfeitamente possível a perda de chance ser aplicada na administração pública, o que já vem sendo possível através da jurisprudência francesa, e como marco desta responsabilização civil citaremos um exemplo extraído da obra de Rui Cardona Ferreira, que trouxe o caso do Conselho de Estado de 3 de agosto de 1928, que reconheceu o direito de um funcionário ser indenizado pela perda de chance da progressão de sua carreira<sup>264</sup>.

E ainda, em uma outra decisão de 5 de Abril de 1957, que também condenou a administração ao pagamento de uma indenização pela perda de chance em um caso em que uma empresa foi objeto de uma sanção ilegal por parte da administração, e com isso fora impedida pelo prazo de 3 anos a realizar qualquer contratação pública<sup>265</sup>.

É possível ainda a indenização pela perda de chance ao ser impedido ilicitamente de fazer um concurso público, ou por acidente de trânsito que o impediu de chegar ao local da prova que ia ser realizada, perdendo assim a oportunidade de participar daquele concurso, desde que as chances de êxito sejam sérias e reais.

Assim sendo, de forma resumida podemos verificar que existem várias formas de aplicabilidade da perda de chance nas várias esferas do direito.

### **3.9 A perda de chance na Jurisprudência**

Já salientamos de forma exaustiva que a perda de chance é definida como a esperança frustrada de obtenção de uma vantagem ou de se evitar a consagração de um risco, e seguindo esta linha de raciocínio, a Jurisprudência do TJUE está desenvolvendo atualmente a noção de perda de chance, aceitando a perda da oportunidade como um dano passível de indenização<sup>266</sup>.

Citaremos alguns casos importantes, iniciando pelo de uma mulher que foi recrutada como agente temporária, e posteriormente excluída de um concurso interno de reserva para

---

<sup>264</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 128.

<sup>265</sup> CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública)**. 2011, p. 128.

<sup>266</sup> MEALHA, Esperança - **O dano da perda de chance na jurisprudência do Tribunal de Justiça Européia**. Braga: CEJUR, 2017. ISBN:, p. 158.

diversos lugares da instituição, e por isso, perdeu a sua chance de se apresentar em um segundo concurso, tendo sido provado que foi de forma injustificada tolhida da oportunidade séria e real de ter sido aprovada em um dos lugares do concurso. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça confirmou esse julgamento, considerando o seguinte:

A autora perdeu efetiva e irremediavelmente a oportunidade de ser recrutada para um lugar nos serviços da instituição no termo do processo em causa no presente caso, e que portanto, essa perda de oportunidade constitui dano que reveste para si um caráter real e certo<sup>267</sup>.

No acórdão do S. T. Administrativo de 29-11-2015, fora apreciado um pedido de indenização feito por um concorrente que foi ilegalmente preterido em um contrato de empreitada, contudo, o Tribunal se posicionou informando que não ficou provado nos autos do processo que o concorrente que foi preterido teria saído vitorioso do processo, e com isso, não havia a possibilidade de ser fixado um quantitativo fixo e certo, mas concluiu pela fixação de uma indenização nos termos do Código Civil Português<sup>268</sup>.

Ainda em Portugal, temos o caso que fora julgado pelo Tribunal, no Acórdão do S. T. Justiça, de 09-02-2006 (Moitinho de Almeida), cujo processo é o de nº 06B06<sup>269</sup>, onde o autor da ação tinha a pretensão de ser indenizado pela chance perdida de vender um imóvel cuja propriedade era sua, mas no momento da venda se viu impedido de concretizar a negociação pela existência de uma penhora indevida naquele imóvel. Frise-se que a ação, neste caso, fora proposta contra a instituição que realizou a penhora indevida, e o pedido feito pelo advogado do processo foi de seu cliente receber o valor que perdeu com a frustração da venda. A ação foi julgada, e a sentença fora ratificada pelo TRP, e posteriormente o STJ julgou nos seguintes termos:

O STJ entende que a perda da oportunidade de venda do imóvel nas condições estipuladas no contrato-promessa traduz-se num prejuízo cujo ressarcimento se impõe. Todavia, o STJ sustenta eu tal prejuízo não tem de coincidir com a diferença entre o preço de aquisição do imóvel e o acordado no contrato-promessa, ignorando-se este preço resulta de uma valorização do imóvel ou se é atribuível a quaisquer outras razões.<sup>270</sup>

Neste caso, assim como no anterior, o STJ entendeu pela fixação do valor equitativo de indenização nos mesmos termos do Art. 566, nº 3 do Código Civil Português, reduzindo o valor a 1/3 do valor que fora pleiteado pelo Autor do processo.

No Brasil, no ano de 2004, nas Olimpíadas de Atenas, o maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima, estava em primeiro lugar em uma prova, quando surpreendentemente,

---

267 MEALHA, Esperança - **O dano da perda de chance na jurisprudência do Tribunal de Justiça Européia**. 2017, p. 161.

268 FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 33.

269 FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 33.

270 FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 16.

quando estava a apenas 6 quilômetros da chegada, foi agarrado por um homem, que o segurou projetando-o para o público<sup>271</sup> que estava no local da prova, sendo certo que esta conduta o fez perder preciosos segundos da prova, e quando este conseguiu se desvencilhar, voltou para a prova, porém por conta deste fato, foi ultrapassado por mais dois corredores, e acabou ao final, em 3º lugar<sup>272</sup>.

A grande verdade é que não se pode apurar com certeza que o maratonista iria ganhar a prova caso não tivesse sido segurado de forma ilícita pelo homem, mas certamente, se essa conduta não tivesse acontecido, o maratonista teria mais chances de ser o ganhador da prova, pois a atuação ilícita daquele homem o fez perder preciosos minutos, e conseqüentemente perdeu a chance de ganhar o primeiro lugar naquela prova<sup>273</sup>.

Entretanto, no Brasil, foi com o famoso caso “*Show do Milhão*” que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da perda de chance, dando maior notoriedade a tal teoria, momento em que ela começou a ser dissipada.

Desta forma, se faz oportuno transcrever o Recurso Especial nº 788.459, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, julgado no ano de 2005: <sup>274</sup>.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1.O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo à terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2.Recurso conhecido e, em parte, provido. Ademais, segue o relatório do Ministro Fernando Gonçalves, para compreensão do referido caso, para então adentrarmos na respectiva análise do referido caso: Cuida-se de ação de indenização proposta por ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS, perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador – Bahia – contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., empresa do grupo econômico ‘Silvio Santos’, pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa ‘*Show do Milhão*’, consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$1.000.000,00 (hum milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais. Expõe a petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto a última indagação, conhecida como ‘pergunta do milhão’, não respondida por proferir salvar a premiação já acumulada de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda., em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão

<sup>271</sup>BRANCO, Marina. **Nos Jogos de Atenas, Vanderlei Cordeiro perde o ouro na maratona após empurrão**. [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/nos-jogos-de-atenas-vanderlei-cordeiro-perde-ouro-na-maratona-apos-empurrao-19749035>

<sup>272</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 17.

<sup>273</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 17.

<sup>274</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 203.

do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo.<sup>275</sup>

Antes de analisarmos o julgado acima, importa consignar as observações dos maiores estudiosos da teoria da perda de chance brasileira. Para Sérgio Savi o caso é o verdadeiro *leading case* no que tange a responsabilidade civil pela perda de chance<sup>276</sup>.

Retornando ao caso concreto, verifica-se que a autora da ação havia participado do programa “*Show do Milhão*” apresentado por Sílvio Santo e veiculado no SBT, que é uma emissora de televisão. Era um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo correspondia a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais)<sup>277</sup>.

A autora da ação obtivera êxito em todas as perguntas anteriormente formuladas, chegando a pergunta que valia um milhão de Reais e já tendo acumulado R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Todavia, chegada a última pergunta, a autora da ação, resolveu não respondê-la, uma vez que a maneira pela qual a pergunta fora formulada, gerava contradições, inviabilizando uma resposta correta<sup>278</sup>.

Irresignada com a produção do programa, tendo em vista que a pergunta foi mal formulada, a autora ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais, requerendo indenização no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pela perda de chance já que foi este valor que deixou de receber por ocasião da conduta da ré, que era a emissora de televisão, ou seja, requerendo o pagamento do valor que ela supostamente teria deixado de ganhar em virtude da conduta ilícita do programa<sup>279</sup>.

A sentença sobreveio com o provimento do pedido feito na inicial, ou seja, o magistrado entendeu que a autora da ação tinha direito a ser ressarcida em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) pela chance perdida. Tal entendimento, foi acatado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que confirmou a sentença, em recurso de apelação interposto pelo advogado do programa.

O caso chegou ao STJ, e a Corte Superior, se manifestou no sentido que não havia certeza de que a vítima acertaria última questão do programa, sendo mera possibilidade a obtenção de êxito, conforme foi aventada pela tese da defesa do programa. Dessa forma, tendo em vista que a questão de múltipla escolha possuía quatro alternativas, verificou-se que

<sup>275</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo n.º 788.459-BA. [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.stj.jus.br>>.

<sup>276</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 75.

<sup>277</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 75.

<sup>278</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 76.

<sup>279</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial. Processo n.º 788459 BA 2005/0172410-9. [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9>>.

a vítima tinha 25% (vinte e cinco) por cento de chances de ganhar os R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais) e, portanto, sua chance valeria R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil Reais)<sup>280</sup>.

Neste sentido, vale colacionar a elucidativa lição de Sérgio Savi:

O Ministro Fernando Gonçalves atacou muito bem a questão, tendo chegado á conclusão de que não era possível afirmar que a autora acertaria, com absoluta certeza, uma nova pergunta que viesse a ser formulada e que, desta vez, fosse passível de resposta. Inexistindo certeza do acerto da resposta, entendeu não ser possível condenar a recorrente ao pagamento da integralidade do valor que ganharia se obtivesse êxito na pergunta final, já que ausente um dos pressupostos “do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante<sup>281</sup>.”

Conforme se vê, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça aplicou na integralidade a teoria da perda de chance, valendo-se de critérios e limites estabelecidos pela doutrina. Entretanto, o único equívoco dos julgadores, consistiu no fato de que, para a mais abalizada doutrina, a chance para ser considerada séria, real e passível de indenização a título de danos materiais, precisa ser superior a 50%<sup>282</sup>.

Vale colacionar o trecho esclarecedor do mesmo autor:

Neste caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõem a Quarta Turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances eram de apenas 25% (vinte e cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida. Não há como afirmar que o acórdão está equivocado neste ponto. A diferença entre o entendimento esposado pelo STJ no caso do *Show do Milhão* e aquele por nós defendido neste livro é, tão somente, em relação ao critério a ser adotado. Há quem entenda, como o Superior Tribunal de Justiça, que a decisão amolda-se perfeitamente à forma de indenização baseada em probabilidades, onde o valor devido será sempre aquele resultante da probabilidade multiplicada pelo valor que obteria em caso de concretização da chance, mesmo naqueles casos em que a probabilidade é inferior a 50% (cinquenta por cento).<sup>283</sup>

Sendo assim, verificamos que o caso “*Show do Milhão*” foi o mais emblemático, bem como mais marcante no Brasil tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça aplicou, na integralidade, a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance, demonstrando a aceitação da teoria perda de chance no ordenamento jurídico pátrio, e a partir deste *leading case* muitas outras decisões foram proferidas.

No entanto, cabe colacionar mais um caso importante que fora julgado no Brasil, que é o caso dos pais que processaram uma empresa que oferecia prestação de serviços para a coleta e posterior armazenagem de células tronca embrionárias do filho.

---

<sup>280</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 76.

<sup>281</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 75

<sup>282</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 79.

<sup>283</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 80.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 129.1247, ratificou o posicionamento anterior, aplicando, mais uma vez a teoria da perda de chance.

Frise-se que no momento do parto, a empresa ré, que era a prestadora dos serviços, não compareceu ao local para a coleta do material genético, muito embora estivesse avisada do dia do nascimento da criança. Ante o inadimplemento contratual, os autores requereram indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

Em sentença proferida pela magistrada do juízo a quo, esta julgou procedente o pleito indenizatório dos dois primeiros autores (pais), entendendo ter sido extrapolado o limite dos meros dissabores do descumprimento contratual, caracterizando-se danos extrapatrimoniais que merecem ser reparados, condenando a empresa ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)<sup>284</sup>.

Nesse sentido, cabe trazer à colação a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM-NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Processo- REsp 1291247 / RJ, RECURSO ESPECIAL n. 2011/0267279-8, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 19/08/2014, Data da Publicação/Fonte: DJe 01/10/2014).<sup>285</sup>

Cabe a ainda transcrever o elucidativo trecho do voto do Ministro Relator:

Em verdade, não há que se falar em responsabilidade civil sem dano, fazendo-se necessária presença de seus três principais elementos - a certeza, a imediatidade e a injustiça do dano. A certeza do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão a interesse do prejudicado deve ser real e efetiva, sem deixar dúvida acerca

<sup>284</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial**. [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019] Disponível em WWW: <URL: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141009-06.pdf>>.

<sup>285</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 2011/0267279-8**. [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142684782/recurso-especial-n-1291247-rj-do-stj>>.

da sua existência, ficando, assim, excluídos danos hipotéticos. Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência a partir da teoria da perda de chance. Relembre-se que a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

Em um caso paradigma no Brasil, a 3ª Turma do STJ concedeu a responsabilização civil pela perda de chance a um candidato a vereador que não conseguiu se eleger por falta de 8 (oito) votos, por conta de uma notícia falsa veiculada por um jornalista na rádio local. Com as provas dos autos, o Tribunal de Justiça concluiu pela existência do ato ilícito praticado pela rádio, e pela existência da culpa daqueles que propagaram a notícia falsa, posto que fora provado que o mesmo não se elegeu por causa daquela notícia falsa, tendo sua chance frustrada<sup>286</sup>.

Direito Civil e Processual Civil. Recurso Especial. 1) negativa de prestação jurisdicional afastada. 2) Perda de Chance que gera dever de indenizar. 3) Candidato a vereador, sobre quem publicada notícia falsa, não eleito por reduzida margem de votos. 4) fato da perda de chance que constitui matéria fática não reexaminável no STJ. - as turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte Vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida. - Aplica-se a teoria da perda de chance ao caso do candidato a vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. - Tendo o acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão da conduta ilícita das rádios recorrentes<sup>287</sup>

Dessa forma, lícito considerar que já há maciça aceitação jurisprudencial, não só no Brasil mas nos mais diversos países que já acataram a teoria francesa da Perda de chance.

---

<sup>286</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 102.

<sup>287</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 821.004/MG** . [Em linha].

[Consult. 25 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_821004\\_MG\\_1286243419035.pdf?Signature=mMhfH7Y%2Fowl4q9nu9Ep7xcl2mqk%3D&Expires=1557862717&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b15e562615c8d2c13a3c907ede4656ba](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_821004_MG_1286243419035.pdf?Signature=mMhfH7Y%2Fowl4q9nu9Ep7xcl2mqk%3D&Expires=1557862717&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b15e562615c8d2c13a3c907ede4656ba).

## CAPÍTULO IV

### 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

#### 4.1 A atividade do Advogado

Inicialmente cabe destacar que a advocacia, lida de perto com os conflitos humanos, e muito embora a advocacia preventiva esteja crescendo, principalmente na área do direito empresarial, é fato que na grande maioria dos casos, o advogado só é chamado em momentos de embate, disputas, ameaças, brigas.

No Brasil, o Advogado presta serviço público e, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 8.906/94 que é o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e ainda o artigo 133 da Constituição Federal, que estabelece ser o advogado indispensável à administração da justiça:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.<sup>288</sup>

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.<sup>289</sup>

O advogado é uma peça fundamental a administração da justiça, sendo considerado um dos atores da arena judicial, ao lado do juiz, do Ministério Público, etc.<sup>290</sup>

Insta salientar que o exercício da advocacia se faz presente nas demandas processuais, tanto para o ingresso das medidas judiciais quanto para o desenvolvimento e conclusão dos trabalhos, porém, por mais importante que sejam as atividades do advogado, são ainda mais presentes e importantes as responsabilidades inerentes aos prestadores desse serviço público.

Ruy de Azevedo citando o Autor Rossi estabelece que o advogado é “*pessoa versada em direito com a função de orientar e patrocinar aqueles que têm direitos ou interesses jurídicos a pleitear ou defender em juízo*”<sup>291</sup>.

Sendo a advocacia uma profissão liberal, seus profissionais possuem a liberdade de agir, porém, sujeito à estatutos e regulamentos específicos quais sejam: Código de Ética e Disciplina do Advogado e Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), e também, a normas de caráter geral que são o Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

---

<sup>288</sup> BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. [Em linha]. [Consult. 27 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.html)>

<sup>289</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. [Em linha]. [Consult. 27 de abr. de 2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html).

<sup>290</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.049.

<sup>291</sup> ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone - **Direito Civil, Volume 6: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN:, p. 77.

O advogado deve agir com zelo, prudência, cautela e praticar todos os atos com o intuito de fazer com que seu cliente, que é aquela pessoa que confiou em seu trabalho, seja a ganhadora da causa, mas, no entanto, jamais fica obrigado ao resultado de sucesso do provimento jurisdicional.

A atividade do advogado é baseada na confiança entre o mesmo e seu cliente, e subordinadas a um código deontológico, sempre imposto pela associação que promove a própria atividade, como no Brasil e em Portugal, a Ordem dos Advogados. (OAB ou OA).

De acordo com o Orlando Guedes da Costa:

O código de deontologia dos advogados da União Europeia dispõe que, numa sociedade baseada no respeito pela Justiça, o Advogado desempenha um papel proeminente, não se limitando a sua missão à precisa execução de um mandato, no âmbito da lei, mas devendo o advogado servir o propósito de uma boa administração da justiça ao mesmo tempo que serve os interesses daqueles que lhe confiam a defesa e afirmação dos direitos e liberdades, não devendo apenas defender a causa do cliente mas também ser conselheiro deste, sendo o respeito pela função do Advogado uma condição essencial para a garantia do estado de direito democrático, e por isso, a sua função impõe-lhe uma multiplicidade de obrigações legais e morais, muitas vezes conflitantes, perante o cliente, etc.<sup>292</sup>

Em Portugal, após a IV Revisão Constitucional do ano de 1997, a profissão do advogado ganhou algumas garantias Constitucionais que se encontram previstas no Art. 208 da Constituição Portuguesa, que assegura:

A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial a administração da justiça.<sup>293</sup>

No Brasil, o Estatuto da OAB se assemelha ao prever que o advogado tem imunidade no exercício da profissão, desde que seja nos limites legais, em seu artigo Art. 2º, § 3º ao prever que:

Art. 2º. § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Em uma sociedade, o advogado desempenha um importante papel, e seus deveres não são esgotados apenas com o cumprimento do mandato que lhe fora outorgado pelo seu cliente. Conforme já asseverado acima e consubstanciado na Constituição Brasileira e Portuguesa, o Advogado tem o dever de uma boa atuação na administração da justiça, em consonância sempre com os interesses da pessoa que lhe confiou a defesa dos seus direitos.

---

<sup>292</sup> COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 7ª ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2010. ISBN 978-972-40-4140-7, p. 6.

<sup>293</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 02 de abril de 1976. “Artigo 208.º. Patrocínio forense. A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”. [Em linha]. [Consult. 27 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?sidc=31690&idc=1&idsc=54532&ida=109035](http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31690&idc=1&idsc=54532&ida=109035)>.

Frise-se que o verdadeiro advogado não deve apenas estar preocupado apenas em captar causas, mas também de ser uma pessoa de confiança do seu cliente, ser seu verdadeiro conselheiro, pois muitas das vezes é isso que o cliente precisa naquele momento de angústia. Por situações, o cliente não quer só um advogado para agir em seu nome, mas precisa de alguém que o aconselhe e principalmente que o escute no momento em que ele está precisando.

Sempre que um advogado é acionado, há um conflito a ser solucionado, e com isso, aquele que aciona, espera além da defesa dos direitos, um aconselhamento, e principalmente a sensação de confiança na pessoa que está contratando. Há um respeito muito grande pela figura do advogado no Estado Democrático de Direito.

E é pela razão dita acima que a função do advogado possui uma série de obrigações sejam elas legais, sejam elas morais e até conflitantes perante sua clientela, perante os Tribunais e outras esferas que o advogado atue na defesa dos interesses dos seus clientes, e ainda, há a obrigação para com o outro colega e com a advocacia em geral.

E com isso, o advogado possui alguns deveres a serem levados a sério, deveres estes que estão previstos nos Códigos Deontológicos dos países na qual são inscritos como Advogados. Ocorre que este não é tema central do nosso estudo, motivo pelo qual deixamos de citar de forma pormenorizada todos os direitos e deveres dos Advogados.

De acordo com Orlando Guedes:

Ao dever de consciência moral se referiu também Angel Ossorio Y Gallardo: no advogado, a retidão de consciência é mil vezes mais importante que o tesouro dos conhecimentos. Primeiro, ser bom; depois, ser firme; por último, ser prudente; a ilustração vem em quarto lugar; a perícia, no fim de tudo.<sup>294</sup>

Contudo, não devemos esquecer que o Advogado é o primeiro juiz da causa, e é isso que ouvimos desde o início dos nossos professores nos bancos acadêmicos, eis que o ajuizamento de uma causa, depende de estudo prévio de todas as possibilidades de êxito, e ainda, a eleição da mais adequada via, sendo hoje em dia muito comum que os novos advogados cometam erros justamente pela falta de preparo, e isso pode acarretar em sua responsabilização civil<sup>295</sup>.

Um dos casos mais graves de responsabilização do advogado é a perda de prazos, uma vez que todos os prazos processuais estão tipificados na legislação, não sendo tolerado que o profissional advogado não saiba quais prazos possui para um determinado ato<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 2010, p. 13.

<sup>295</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 2014, p. 362

<sup>296</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 2014, p. 363.

Conforme já citado acima, o Advogado deve ser diligente e muito atento, não podendo, em hipótese alguma, deixar perecer o direito do cliente por falta de medidas ou por omissão.

Insta salientar que o advogado, no exercício de sua atividade, sempre mantém a sua independência, e livre de qualquer pressão, abstendo-se de negligenciar a ética profissional prevista dos estatutos deontológicos seja para agradar seus clientes, colegas de profissão ou ao Tribunal, ou até mesmo a terceiros, sendo isso preconizado pelo autor Durval Ferreira em seu estudo<sup>297</sup>.

O mesmo autor segue em sua obra alertando que a relação entre o advogado e cliente deverá sempre ser baseada em confiança recíproca, pois, o advogado deve confiar em seu cliente, e vice-versa para que a relação seja boa do início ao fim do contrato. E segue informando que o advogado tem não só o dever, mas a obrigação de agir de forma que venha a defender os legítimos interesses dos seus clientes, sem que fiquem prejudicadas as normas éticas contidas nas legislações deontológicas<sup>298</sup>.

Em suma, o advogado deve agir de acordo com a boa-fé, tanto na fase das negociações preliminares, quanto durante o curso do contrato, tal qual após a finalização do mandato sendo essa uma regra geral de conduta que deverá ser seguida pelo profissional, aliás, por todos os profissionais.

Ademais, cabe uma última observação acerca deste item: não há melhor publicidade para um advogado do que seu cliente satisfeito com os serviços que lhe foram prestados. E assim, o advogado consegue fazer sua clientela e seu nome no mercado de trabalho.

#### **4.2 A Responsabilidade Civil do Advogado tanto no Brasil quanto em Portugal**

O advogado é profissional autônomo, liberal, tendo ampla autonomia no desempenho de suas funções. Assim sendo, poderá, na qualidade de patrono, causar danos e com isso, ter que responder civilmente, sem prejuízo das demais responsabilidades, tais como na esfera administrativa perante a Ordem dos Advogados, por exemplo<sup>299</sup>.

De forma inicial, cabe dizer que a responsabilidade civil do profissional liberal advogado está inserida na modalidade de responsabilidade civil subjetiva, que é aquela em que há a análise do elemento culpa.

---

<sup>297</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 255.

<sup>298</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 255.

<sup>299</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.049.

Hoje em dia, a jurisprudência é vasta no sentido que o advogado deve ser responsabilizado civilmente por uma conduta que venha a ensejar em dano ao seu cliente, que é aquela mesma pessoa que o confiou o encargo do mandato.

A responsabilidade civil do advogado é contratual, onde este fica sujeito ao que for acordado no contrato formalizado com seu cliente, tendo o dever contratual de acompanhar o processos em todas as suas fases e, em caso descumprimento de seus deveres, será sua conduta levada ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB para a averiguação de conduta ético-disciplinar bem como se obriga a reparar os danos causados ao cliente por sua displicência, desde que comprovada sua culpa já que estamos diante da hipótese de responsabilidade civil subjetiva.

O autor português Orlando Guedes da Costa assevera que é possível que a responsabilização civil do advogado também seja de forma extracontratual, em casos em que mesmo dê pareceres sem ser contratado pelo cliente<sup>300</sup>. Mas a regra geral é que essa responsabilização se dê na forma contratual pela existência de contrato entre advogado e seu cliente.

De acordo com o Autor Silvio de Salvo Venosa:

É dever do advogado encontrar soluções adequadas para as questões que se lhe apresentam. Quando ao dever de indenizar, cumpre que no caso concreto se examine se o prejuízo causado pela conduta omissiva ou comissiva do advogado é certo, isto é, com sua atividade, o cliente sofreu um prejuízo que não ocorreria com a atuação da generalidade de profissionais da área.<sup>301</sup>

Sendo assim, independentemente da atuação do advogado ser como mandatário ou mesmo como prestador de serviço extrajudicial, ele ficará civilmente responsável pelos danos diretamente ocasionados caso não cumpra fielmente com suas obrigações profissionais.

O advogado deve agir com zelo, prudência, cautela e praticar todos os atos com o intuito de fazer com que seu cliente seja o ganhador da causa, mas, no entanto, jamais fica obrigado a um resultado de sucesso do provimento jurisdicional.

Desta forma, a obrigação contratual do advogado é uma obrigação de meio, que é a mesma que estabelece que o advogado deve praticar todos os meios para o sucesso da demanda sem se obrigar com o sucesso final, questão que será oportunamente abordada nos próximos itens deste trabalho.

É importante destacar que a responsabilidade civil do advogado será apurada mediante verificação de culpa, que é um dos elementos fundamentais da responsabilização civil deste profissional liberal.

---

300 COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 2010, p. 402.

301 VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil, Volume 4: Responsabilidade Civil**. 2009, p. 259.

Sendo assim, na legislação brasileira, a responsabilidade civil do advogado está inserida na modalidade subjetiva, que é aquela em que há análise do elemento culpa, sendo isso consubstanciado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §º 4:

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.<sup>302</sup>

Todos os profissionais liberais no Brasil, incluindo o advogado são responsabilizados pela legislação, mas só se a sua culpa for provada por aquele que entender ter sido prejudicado, não cabendo responsabilização civil objetiva com base na teoria do risco.

É difícil determinar, de forma sucinta, quais situações demonstram a culpa e motivam a responsabilidade civil do advogado, porém, a doutrinadora Maria Helena Diniz, conseguiu reunir algumas dessas hipóteses de alcance da chamada “culpa”:

Pelos erros de direito; pelos erros de fato; pelas omissões de providências necessárias para ressalvar os direitos do seu constituinte; pela perda de prazo; pela desobediência às instruções do constituinte; pelos pareceres que der, contrários à lei, à jurisprudência e à doutrina; pela omissão de conselho; pela violação de segredo profissional; pelo dano causado a terceiro; pelo fato de não representar o constituinte, para evitar-lhe prejuízo, durante os dez dias seguintes à notificação de sua renúncia ao mandato judicial (art. 45 CPC); pela circunstância de ter feito publicações desnecessárias sobre alegações forenses ou relativas a causas pendentes; por ter servido de testemunha nos casos arrolados no art. 7º, XIX, da Lei 8.906/94; por reter ou extraviar autos que se encontravam em seu poder; pela violação ao disposto no art. 34, XV, XX e XXI, da Lei 8.906/94; pela perda de chance de seu constituinte.<sup>303</sup>

No entanto, cabe salientar que o advogado não será responsabilizado apenas por ter perdido uma causa em que agiu com todo cuidado e zelo inerentes ao mandato outorgado pelo seu cliente<sup>304</sup>.

É certo que a obrigação de indenização pelo dano causado depende da apuração de prova da culpa do profissional, e mais, que haja nexos causal entre a conduta praticada pelo procurador e o possível dano causado ao cliente.

Insta informar que assim como o médico, o advogado, poderá responder civilmente por ações ou omissões, dependendo da sua conduta. Como já dito, poderá responder o advogado que deixa de interpor um recurso, ou perde um prazo importante para o processo e

---

<sup>302</sup> BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. [Em linha]. [Consult. 27 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.html)>.

<sup>303</sup> DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 7: Responsabilidade Civil**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN:, p. 297.

<sup>304</sup> COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 2010, p. 403.

para a demonstração do direito do seu cliente, aquele que deixa de propor uma ação, ou ainda, deixa de dar um conselho que se fazia muito necessário no caso concreto,

De acordo com os Autores Felipe Braga e Cristiano Chaves, não é toda conduta que será passível de responsabilização civil, e só os casos concretos darão a chave da hermenêutica necessária, e isso nem sempre será simples. Além do mais, asseveram em sua obra que *“Não basta que o advogado tenha agido mal: é preciso que essa ação ou omissão desastrada se junte a um dano indenizável.”*<sup>305</sup>

Na obra do Autor Orlando Guedes, o mesmo estabelece como exemplo, o de um advogado que deixa prescrever o direito de um cliente em virtude da demora no ajuizamento da demanda de danos morais contra uma empresa de viação. E sendo assim, esse advogado terá que indenizar o cliente somente se este provar na ação contra seu advogado que era perfeitamente possível a obtenção do ganho da causa, caso o advogado tivesse proposto a demanda no prazo estipulado pela lei<sup>306</sup>. Aqui, fica clara a responsabilidade subjetiva do advogado, que só será punido se for provada a sua culpa pela vítima.

O exemplo acima citado é um caso típico de perda de chance da atividade forense, que abordaremos mais adiante de forma detalhada.

### **4.3 Natureza da Responsabilidade Civil do Advogado**

Sendo a natureza jurídica da responsabilidade civil embasada numa forma de pena ou indenização legal aplicada ao agente transgressor da lei, podemos a partir daí analisar a natureza jurídica da responsabilidade civil do advogado.

Seja por outorga de mandato, através do instrumento de procuração, ou por acordo pactuado entre as partes, a responsabilidade civil do advogado será a mesma do contrato em geral, pois é uma relação contratual e por mais que alguns doutrinadores, sobretudo os portugueses, entendam que existem alguns casos em que a responsabilidade civil do advogado é extracontratual.

Cumprir lembrar, ainda, que nem todo erro do profissional será passível de indenização, devendo ser analisado o caso concreto para a verificação do dano inescusável, por força de culpa ou dolo do advogado, onde este será obrigado à reparação do dano, além das sanções que podem ser aplicadas pelo órgão de representatividade obrigatória, que é a Ordem dos Advogados.

---

305 NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.050.

<sup>306</sup> COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 2010, p. 404.

No entanto, é importante dividir a atuação do advogado, que pode ser tanto contratado de um escritório, e assim estar em uma relação de emprego, como pode ser autônomo, e ter seu próprio escritório, ou ainda, possuir uma sociedade de advogados. E sendo assim, a averiguação da responsabilidade civil se dará através da posição contextualizada entre a suposta vítima, e o advogado<sup>307</sup>.

#### **4.4 A in(validade) de cláusula de não indenizar nos contratos de mandato e as possibilidades de excludentes de responsabilidade civil do advogado**

Ato contínuo, em relação ao contrato de mandato entre Cliente e Advogado, não é possível que seja inserida uma cláusula de não indenizar imposta pelo advogado.

Caso essa cláusula seja inserida no contrato, a mesma será considerada inválida, posto que seria totalmente contrário aos propósitos dos serviços de advocacia, e sobretudo ao próprio mandato, se o mandatário pudesse se exonerar dos possíveis danos que forem causados ao mandante<sup>308</sup>.

De acordo com os autores citados acima, Felipe Neto e Cristiano Chaves, o cliente é parte hipossuficiente técnico/vulnerável na relação, posto que a habilitação específica cabe ao advogado, e com isso, seria injusto o fato de haver possibilidade do advogado se eximir de quaisquer obrigações através da inclusão desta cláusula no contrato.

Contudo, é possível que o advogado ao ser demandado em um processo judicial de responsabilização civil, invoque as excludentes existentes no sistema jurídico, uma vez que o dano pode até estar consubstanciado em um primeiro momento, porém, o advogado poderá provar em sua defesa que não agiu de forma errada, e que a culpa é exclusiva da vítima, no caso, o cliente, por exemplo.

Citamos o caso do advogado que tenha sido contratado para propor uma demanda que está prestes a prescrever, mas que deixou de ajuizar uma vez que o cliente, que estava em viagem, não mandou a documentação necessária para o ajuizamento da ação conforme havia sido pedido pelo advogado. Assim sendo, o patrono poderá provar pelos meios de provas existentes, que não recebeu a documentação pleiteada e que o cliente estava viajando a fim de que seja provada a culpa exclusiva da vítima. Aqui, o ônus de provar será do advogado<sup>309</sup>

---

<sup>307</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSEVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.052.

<sup>308</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSEVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.052.

<sup>309</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSEVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.052.

Além das hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o advogado também poderá invocar em sua defesa o caso fortuito e a força maior, que devem ser analisados com bastante cautela, dependendo da apresentação de cada caso concreto.

#### **4.5 O dever de sigilo imposto ao Advogado**

O sigilo é requisito existente em boa parte das profissões, e é claro que em algumas mais importantes que nas outras, como é o caso da advocacia, uma vez que no exercício do mandato, o patrono pode ter acesso a dados sigilosos dos seus clientes, como contas bancárias, dentre outros assuntos sigilosos de uma pessoa ou de uma empresa.

Ou ainda, nas causas que sejam de direito de família, conhecer os segredos mais íntimos e detalhes de uma relação conjugal, ou extraconjugal, ou ainda, nos casos criminais, saber de forma detalhada quais crimes, e a forma como o crime ocorreu.

De acordo com os autores Felipe Neto e Cristiano Chaves: *“São muitos e graves os fatos que o advogado conhecerá em virtude de seu ofício. Bem por isso, o dever de sigilo devem ser proporcionalmente severos.”*<sup>310</sup>

Importante se faz necessário destacar que o dever de sigilo imposto ao advogado compreende uma certa prudência para que este jamais faça qualquer tipo de comentário acerca da causa e de detalhes que tomou conhecimento através do exercício do mandato.

Suponhamos que um advogado, ao ser contratado para propor um divórcio litigioso, ou chamado em Portugal, de divórcio sem consentimento, comente com amigos, de forma extraoficial, os detalhes daquela separação, assim, este profissional viola o sigilo inerente ao mandato. É possível, que o cliente, sabendo dessa situação, proponha uma ação contra seu advogado por expor sua vida para outras pessoas.

Insta frisar que não é possível a renúncia prévia ao sigilo, pois é uma norma pública e cogente de interesse social. Entretanto, não viola o sigilo, o advogado que conta um caso em uma publicação ou em um artigo científico, que é o caso deste trabalho, onde esta pesquisadora citou um caso próprio e incluiu o número do processo, que é público e qualquer pessoa tem acesso pelo site do Tribunal de Justiça.

Solução diversa ocorre nos casos de família, ou alguns criminais em que tramitam em segredo de justiça, ou seja, ninguém além dos advogados constituídos no processo consegue saber quais são os documentos apresentados nos autos, ou o que foi exposto pelas partes.

---

<sup>310</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.054.

Como já visto, o advogado tem o dever de observar o sigilo profissional e a ausência desse poderá ensejar em sua responsabilização civil.

#### **4.6 Obrigação de Meio ou de Resultado da Atividade do Advogado**

É importante inicialmente salientar que a responsabilidade civil do advogado se equivale a do médico, já que jamais poderá assumir com o seu cliente uma obrigação que sairá vitorioso ao final da causa. O advogado não pode se comprometer com o ganho da causa, e jamais pode falar a seguinte expressão para o seu cliente: “- *a sua causa é ganha.*” Não, nenhuma causa é ganha!

Existem muitos fatores que não dependem da atuação do advogado, mas das provas a serem colhidas, da verdade dos fatos, e mais, do posicionamento dos juízes e do entendimento dos tribunais.

Acontece que, muitas das vezes, a causa pode ser ganha para um juiz, e outro, achar que não passa de um “mero aborrecimento” do dia-a-dia, e desta forma, não ser quantificado danos morais, por exemplo. Por esta e por outras questões, é que o advogado jamais deve dizer ao cliente, ou ao possível cliente que a sua demanda será ganha pois isso nem ele poderá afirmar de forma segura.

O advogado pode dizer ao seu cliente que ele possui probabilidades de êxitos de acordo com as provas que analisar, mas jamais poderá dizer que a causa é ganha pois também desconhece as provas que a parte contrária possui, e outros fatores que surgirão ao longo do processo.

A Obrigação que o advogado tem para com seu cliente é a chamada pelo direito civil de obrigação de meio, e não de resultado, que são aquelas obrigações contratuais em que há a defesa dos interesses das partes em juízo da melhor forma possível, sem a garantia do resultado de sucesso ao final. Se a obrigação de meio foi cumprida pelo profissional de forma proficiente, não se lhe pode imputar nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa<sup>311</sup>.

De acordo com o doutrinador brasileiro Flávio Tartuce, a obrigação de meio:

A obrigação de meio ou de diligência é aquela em que o devedor só é obrigado a empenhar-se para perseguir um resultado, mesmo que este não seja alcançado. Aqueles que assumem a obrigação de meio só respondem se provada a sua culpa genérica (dolo ou culpa estrita- negligencia, imprudência ou imperícia). Por conseguinte, haverá responsabilidade civil subjetiva daquele que assumiu tal

---

<sup>311</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 2014, p. 362.

obrigação. Assumem obrigação de meio os profissionais liberais em geral, caso do advogado em relação ao cliente, e do médico em relação ao paciente, entre outros.<sup>312</sup>

E nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Diz-se que a obrigação é de meio quando o devedor prometer empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem no entanto, responsabilizar-se por ele. É o caso, por exemplo, dos advogados que não se obrigam a vencer a causa, mas a bem defender os interesses dos clientes; bem como a dos médicos que não se obrigam a curar, mas a tratar bem dos enfermos, fazendo uso de seus conhecimentos científico<sup>313</sup>.

De acordo com o doutrinador brasileiro Silvio Venosa<sup>314</sup>

Na primeira modalidade, obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Na segunda hipótese, obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação.

O português Durval Ferreira assevera em sua obra que o contrato de prestação de serviços do advogado, seja no âmbito privado ou em apoio judiciário será usualmente uma obrigação de meio e não de resultados<sup>315</sup>. Ainda de acordo com este autor, a ideia central no que tange a essa obrigação é o fato de que seja analisado o que efetivamente o devedor prometeu ao credor, e o que o credor poderá razoavelmente esperar do devedor. E assim segue: *“Nem o advogado pode garantir o ganho de causa ao cliente, nem o médico pode assegurar a cura do paciente.”*<sup>316</sup>

No que tange aos honorários advocatícios a serem pagos pelo cliente nesses casos, o Autor Carlos Roberto Gonçalves assevera que os mesmos devem ser pagos na forma como fora contratado desde que o advogado tenha sido diligente e agido com cautela:

Tendo em vista que o advogado não se obriga a obter o ganho de casa para o seu constituinte, fará ele jus aos honorários advocatícios, que representam a contraprestação de um serviço profissional, ainda que não obtenha êxito, se agir corretamente, com diligencia normal na condução da causa. Da mesma forma que terá direito a receber a remuneração devida pelos serviços prestados o médico que se mostrou diligente e que empregou os recursos médicos ao seu alcance na tentativa de obter a cura do dente, mesmo que esta não tenha sido alcançada.<sup>317</sup>

Essa é a regra geral no que tange ao exercício da advocacia. Contudo, como tudo no Direito, toda regra comporta algumas exceções.

---

<sup>312</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>313</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20633-5, p. 190.

<sup>314</sup> VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 85-224-3955-9, p. 81.

<sup>315</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2ª ed. Porto: Vida Econômica, 2017. ISBN:, p. 257.

<sup>316</sup> VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2005, p. 81.

<sup>317</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro, Volume 2**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08671-5, p. 191.

Ao contrário da obrigação de meio, temos a obrigação chamada de resultado, que é aquela obrigação em que o devedor assume um resultado final esperado pelo credor de determinada obrigação, e está só é cumprida com o fim esperado. A título de exemplo, assumem a obrigação de resultado, o transportador, o cirurgião plástico estético e o dentista estético<sup>318</sup>.

No caso do transportador, por exemplo, este tem o dever contratual de levar o passageiro do início ao final do percurso contratado com segurança, e essa é a chamada cláusula de incolumidade, ou seja, o passageiro contratante espera um resultado final, que é chegar ao destino contratado com segurança.

Já no que tange ao exercício da medicina pelo cirurgião plástico estético, este tem a obrigação de dar ao paciente o resultado almejado com a cirurgia, como por exemplo, podemos citar aquele paciente que contrata um médico cirurgião plástico para a realização de uma cirurgia de abdominoplastia, objetivando assim o resultado, e sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já se posicionou no sentido que quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um resultado determinado, o que se tem é uma obrigação de resultado e não de meio, contrariando assim a regra geral da obrigação médica, que seria a de meio<sup>319</sup>.

O que ocorre é o seguinte, existem alguns casos em que o advogado pode sim ter uma obrigação de resultado, como no caso de um divórcio consensual, ou na realização de um contrato de locação, ou no envio de uma notificação, elaboração de um estatuto ou contrato social, onde nesses casos, o advogado se obriga com um ato. Nestas hipóteses, haverá a obrigação de resultado da prestação dos serviços contratados. Diante dessa situação, esclarece Orlando Guedes da Costa:

Mas há que distinguir entre a obrigação de meios do Advogado quando ele aceita o mandato judicial para vencer um pleito ou quando dá a consulta que lhe é solicitada e a obrigação de resultado quando ele aceita instaurar a acção antes de decorrido o prazo de prescrição ou contestá-la ou interpor recurso ou praticar determinado acto jurídico, dentro do prazo, de forma a não ficar precluso o direito de praticar tais atos, pois o não cumprimento, ou o cumprimento defeituoso destas obrigações de resultado afectam diretamente o cliente e o advogado, em termos de desencadear diretamente a responsabilidade deste com o cliente.<sup>320</sup>

Conforme vislumbramos ao longo do nosso estudo sobre obrigações de meio e de resultado, a doutrina é uníssona no sentido que a regra geral das obrigações do advogado é

---

<sup>318</sup> TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>319</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial. Processo nº 846.270/SP *apud* TARTUCE, Flavio - **Direito civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2017, p. 306.

<sup>320</sup> COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 2010, p. 403.

que ela seja a de meio, e que ele empregue todos os meios para chegar ao resultado final de sucesso. E assim, a doutrina também cita a esfera médica.

Nesse sentido, assegura o autor Durval Ferreira: “*naturalmente, o advogado só incorrerá em responsabilidade civil contratual, com obrigação de indenizar, se é alegado e provado (Art. 342, nº 01 do Código Civil que faltou, e culposamente, ao (Devido) cumprimento das obrigações inerentes ao contrato respectivo*”<sup>321</sup>

De acordo com Orlando Guedes será aplicado o Art. 799, nº 01 do Código Civil Português (abaixo *in verbis*), quanto ao ônus da prova do advogado de fazer a prova que o cumprimento defeituoso do contrato não ocorreu por culpa sua.<sup>322</sup>

1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.

É importante deixar claro que jamais haverá responsabilização objetiva do advogado, mas ele pode responder por culpa presumida, com inversão do ônus da prova no caso concreto para que este prove que não agiu de forma desidiosa na causa.

E concluímos esse estudo salientando que o advogado possui como regra geral de conduta uma obrigação de meio para com seu cliente, contudo, essa obrigação de meio não se confunde com a modalidade de responsabilidade civil que será sempre a subjetiva com aferição da culpa do patrono, podendo essa culpa ser a presumida na forma da lei, o que faz apenas uma inversão do ônus da prova no processo.

---

<sup>321</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 259.

<sup>322</sup> COSTA, Orlando Guedes - **Direito Profissional do Advogado: noções elementares**. 2010, p. 403.

## CAPÍTULO V

### 5. A PERDA DE CHANCE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

#### 5.1 Responsabilidade civil do advogado pela perda de chance

O presente trabalho trouxe no capítulo anterior a conceituação do instituto da perda de chance como sendo a perda da probabilidade frustrada de obter um determinado resultado desde que as chances sejam sérias e reais provadas dentro de um processo judicial, e essa teoria vem sendo aplicada pelos Tribunais tanto ao médico, pela perda de chance de cura, ou de sobrevivência, e ao advogado no exercício do mandato forense, que veremos abaixo.

Não se tem, no ordenamento jurídico atual, seja no Brasil ou seja em Portugal, material extensivo que trate da possibilidade de aplicação do instituto da perda de chance no exercício da advocacia. Temos alguns posicionamentos doutrinários e outros jurisprudenciais que tratam da temática de forma clara eis que tem sido muito comum a invocação da teoria da perda de chance em ações em face de advogados propostas por clientes insatisfeitos.

Insta inicialmente salientar que a aplicabilidade do instituto da perda de chance ao advogado se dá quando este, tendo a obrigação de cumprir com o contrato perante seu cliente, não o faz por negligência, imprudência ou imperícia, gerando a outra parte, o dano pela perda da oportunidade de êxito em certa demanda, seja pelos mais variados casos de desídia do advogado.

É certo que temos que abordar o assunto com muita cautela, de modo cuidadoso e investigativo, a fim de averiguar se as lesões ocorridas com o cliente tenham a ver com a conduta do advogado, ou seja, se há nexos causal entre a conduta deste o resultado lesivo causado ao cliente.

Insta sobremodo salientar que não basta que haja uma frustração na expectativa do cliente, é necessário, alíás, obrigatório que as expectativas deste cliente sejam legítimas no que tange à aquela demanda específica, e mais deve haver prova que a ação tenha sido frustrada por conta da má atuação do patrono<sup>323</sup>.

A título de exemplo, podemos colacionar o caso onde o advogado perde um prazo por culpa sua, para a interposição de recurso em face de sentença que tenha sido contrária aos interesses do seu cliente, ou seja, a sentença foi de improcedência, e o Advogado não recorreu

---

<sup>323</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.057.

no prazo legal objetivando a reforma da aludida sentença, o que faz com que o cliente tenha subtraída as chances de vitória na causa.

É imperioso trazer à baila que nesse sentido cabem alguns questionamentos: Será que o cliente tinha chances de ganhar em segunda instância? Ou será que o advogado não recorreu por cautela própria inerente do mandato?

Frise-se que, em caso de recurso perdedor em segunda instância, aquele que perdeu, chamado de sucumbente, tem que arcar com as custas judiciais e os honorários de sucumbências do advogado vencedor da demanda, e neste caso, imagine que o advogado sabendo que o cliente não tinha qualquer chances de ganhar em segunda instância, não recorra justamente para que seu cliente não perca mais. Agiu o advogado de forma prudente, apesar do seu cliente imaginar o contrário, pois quem tem a técnica, é o advogado.

Em uma situação de perda de prazo para recurso, por exemplo, se o cliente conseguir provar dentro do curso de um processo judicial em face deste advogado, que haviam chances de êxito do recurso no tribunal, o patrono certamente será obrigado a indenizar ao cliente, vítima, pela perda da oportunidade de ver seu processo julgado pelas instâncias superiores, desde que hajam chances sérias da sentença ser revertida de improcedência para a de procedência.

Entretanto, é imperioso trazer à baila que nem todo prazo perdido causa por si só, a responsabilização civil do profissional da advocacia, uma vez que é necessário que seja realizado um estudo para averiguar se existe o nexo de causalidade entre a perda do prazo e o dano invoca em juízo, nesse caso, o cliente<sup>324</sup>.

Nesse caso, a teoria da perda de chance pode ser aplicada, mas é exigida certa cautela do julgador para a análise da conduta do advogado.

Os autores Felipe Neto e Cristiano Chaves, abordam a questão da perda de prazo do advogado da seguinte forma:

Ao perder de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja real e séria. Não se trata, portanto, de reparar a perda de uma simples esperança subjetiva, nem tampouco conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente sua chance. STJ Resp. 1.079.185. relator Min Nancy Andrighi, 3ª Turma.<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.058.

<sup>325</sup> NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2017, p. 1.058.

A grande maioria dos doutrinadores vislumbram a possibilidade de indenização pela perda de chance, contanto que haja comprovação que a oportunidade perdida é real e séria. Assim, segundo Serpa Lopes *apud* por Sérgio Savi:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance [...] tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das circunstâncias de que se revista cada caso, e apurar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética<sup>326</sup>.

Apesar de suas peculiaridades, não só os autores supracitados, mas outros que tratam do instituto da perda de chance, como Caio Mário, José de Aguiar, e alguns outros, têm-se se oportunidade for comprovadamente séria e real, esta passará a ter valor econômico e, dessa forma, se tornará passível de indenização.

Se comprovada chance séria e real de obtenção de êxito em demanda judicial, e esta restar perdida em função da ação/omissão do advogado contratado, deverá este indenizar o cliente pela oportunidade perdida, e é isso que vem ocorrendo nos Tribunais sejam brasileiros, sejam portugueses, porém, com determinada cautela, que veremos a seguir. E assim, de acordo com o Português Rui Cardona Ferreira:

E ainda, na doutrina alemã, tendo fundamentalmente em vista os casos de responsabilidade civil profissional dos prestadores de serviços (em especial, médicos e advogados), GERALD MASCH sustenta que a indenização pela perda de chance retira o seu fundamento de um dever contratual, ainda que implícito, de preservação da garantia da chance, cuja violação gera dever de indenizar por um dano autônomo, distinto do dano final.<sup>327</sup>

Ou seja, nas breves palavras do autor acima descrito, o Advogado poderá ser responsabilizado pela perda de chance, mas esse dano a ser indenizado é um dano diferente, é um dano chamado de autônomo, que é o que entende grande parte da doutrina portuguesa no que tange ao dano indenizável na perda de chance.

Para o autor Durval Ferreira, essa questão do dano final não possui qualquer racionalidade, e que não tem possui qualquer enquadramento no direito positivo português, já que em seu art. 563 do Código Civil Português, há a expressão nexo de causalidade. E este segue alegando que essa teoria do dano final é um resquício da antiquada teoria da causalidade adequada<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 40-1.

<sup>327</sup> FERREIRA, Rui Cardona - A perda de chance revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense). **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. ISSN.: 73:IV (2013).

<sup>328</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 156.

E assim decidiu o STJ Português, em acórdão proferido em 05 de fevereiro do ano de 2013, sob o processo nº 488/094TBESP.P1.S1, onde entenderam que: *“o dano que se indeniza não é o dano final, mas o dano avançado, constituído pela perda de chance, que é ainda um dano certo, embora distinto daquele, pois a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do ato do lesante.”*<sup>329</sup>

Contudo, também é importante frisar que nem sempre o advogado será responsabilizado pela perda de chance. De acordo com Nuno Santos da Rocha, no ano de 2010, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, rejeitou a responsabilização de um advogado que, sem informar previamente ao seu cliente, interpôs um recurso sem alegações, recurso este que foi deserto pelo Tribunal, impossibilitando o cliente de ter seu processo julgado pela instância superior, conforme já dito anteriormente<sup>330</sup>.

E segue:

Parece-nos aqui, claramente, não haver a consideração do dano da perda de chance como dano autónomo, só se fazendo referência a existência do dano final, e da falta de ausência denexo causal entre o comportamento do advogado e o prejuízo traduzido na perda do sinal, já “ que os autores-recorridos não conseguiram provar lesão patrimonial que, provavelmente, e de acordo com o curso normal das coisas, não teriam sofrido se o recurso tivesse sido alegado e julgado, concluindo o acórdão que “ não foi, por isso demonstrado a causalidade entre a conduta do recorrido e o dano material concreto e determinado.”<sup>331</sup>

Ocorre que, diversamente da solução acima apresentada, o Tribunal da Relação do Porto, entendeu em uma situação idêntica que havia sim a obrigação do advogado indenizar ao cliente pela perda de chance no caso de interposição de um recurso deserto. Em 27 de Outubro de 2009, relata Nuno Santos que:

O réu, ao ter interposto o recurso e não ter apresentado alegações deixando o recurso deserto, teve a conduta que consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação da assistência técnica do mesmo aos autores e vetou a estes a possibilidade de terem a sua pretensão apreciada por um Tribunal Superior. E assim, tal como entendemos que o que se deve aplicar aqui é o conceito da perda da chance, já que é impossível afirmar que os autores seriam vencedores, obtendo a revogação da sentença, se o ora recorrente tivesse apresentado alegações e o recurso não fosse julgado deserto<sup>332</sup>.

Uma questão que merece certo destaque e deve ser apresentada é a que fora brilhantemente citada por Durval Ferreira, em sua obra, que dispõe que o advogado, no exercício de sua profissão, e na defesa dos interesses daqueles que nele confiam, utiliza

---

<sup>329</sup> FERREIRA, Rui Cardona - **A perda de chance revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense)**. 2013, p. 1302.

<sup>330</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 80.

<sup>331</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 81.

<sup>332</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas**. 2015, p. 83.

“*todos os recursos da sua experiência, saber e atividade.*”, conforme previsão do Art. 100, nº 01, do Estatuto da Ordem dos Advogados Português. E sendo assim, se esse advogado não recorre de uma decisão, porque na sua opinião como advogado não é cabível a interposição do recurso, ele estará agindo em conformidade com o Art. 81, nº 01, do mesmo Estatuto<sup>333</sup>.

De forma indiscutível, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que há a possibilidade do advogado ser responsabilizado, e ter que indenizar seu cliente, desde que a falta cometida por este, no exercício do seu mandato, resulte na perda da hipótese ou probabilidade de satisfação do direito dos seus clientes<sup>334</sup>. Diante do nosso estudo, percebemos que as maiores possibilidades de indenização com base na perda de chance são as omissões dos Advogados, desde que haja nexos causal entre a chance perdida e a atuação do patrono e com chances sérias e reais de obtenção de êxito da causa perdida.

## **5.2 Hipóteses em que o advogado pode ser responsabilizado pela perda de chance**

Aplica-se ao advogado a perda de chance, e esse fato é inquestionável nos dias de hoje em que a teoria vem sendo aplicada de forma reiterada pelos Tribunais, apesar de não haver positividade nem no Direito Brasileiro, e nem no Direito Português. E essa aplicação se dá, de acordo com o doutrinador Sérgio Cavalieri naquelas situações em que o ato ilícito praticado pelo advogado tira a oportunidade da propositura de uma ação<sup>335</sup>.

Mais uma vez citamos o caso do advogado que perde um prazo para recorrer, sendo certo que este, ao deixar de recorrer, retira da parte o direito de pedir um novo julgamento pelas instâncias superiores, porém, essa chance perdida deverá caracterizar um prejuízo, resultante de um fato que não pode ser hipotético, mas sim sério e com probabilidades de sucesso.

Desta forma, de acordo com o doutrinador brasileiro Sérgio Cavalieri, o advogado responderia pela perda de probabilidade de sucesso no recurso que deixou de interpor em favor de seu cliente. Frise-se que este mesmo autor assevera que não haverá indenização pelo benefício que o advogado teria recebido com o sucesso na causa, mas sim por ter perdido essa chance, ou seja, “*não pelo fato de ter perdido a disputa, mas sim de não ter podido disputar.*”<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 277.

<sup>334</sup> FERREIRA, Rui Cardona - **A perda de chance revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense)**. 2013, p. 1303.

<sup>335</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 469.

<sup>336</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 469.

De acordo com as lições do Prof. Dr. Ricardo Pedro, é possível que haja a perda de oportunidade processual, que entendemos ser ligado ao nosso estudo, não obstante não estar diretamente ligado a responsabilidade do advogado, mas sim pelo mau funcionamento da justiça, salientando que essa surge em contextos em que é

Difícil a afirmação da responsabilidade civil face a omissão da prestação jurisdicional, isto é, nos casos em que se não fosse tal omissão uma das partes teria uma séria probabilidade de ver o litígio decidido em tempo útil, beneficiando dos resultados da demanda, ou nos casos de omissão total, de ver o litígio decidido num determinado sentido que lhe poderia ser favorável, fazendo valer os seus direitos consolidados numa decisão jurisdicional<sup>337</sup>

Insta salientar que a perda de chance será aplicada sempre que o advogado por omissão, ou por erro comete falta que venha ensejar dano ao seu cliente, e é claro, depois de uma minuciosa análise das chances que o cliente tinha de ganhar, se elas eram realmente serias e reais, não podendo ser levada em consideração qualquer mera hipótese.

### **5.3 Posicionamento da jurisprudência brasileira acerca do assunto.**

De forma inicial, cabe salientar que a teoria da perda de *uma* chance, tal qual como é chamada no Brasil, vem sendo aceita pela jurisprudência, contudo, ao analisar cada caso concreto se faz necessária uma certa cautela do julgador. É importante salientar que muitos julgados recusam a aplicação da teoria da perda de chance, conforme veremos no decorrer deste trabalho.

Traremos abaixo uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado no final do ano de 2018, onde a cliente propôs uma ação de indenização fundada na perda de chance da patrona, requerendo a condenação de sua advogada em danos materiais e morais, sob o argumento que esta propôs uma ação judicial contra um determinado banco, mas que abandonou a ação, faltando a audiência de conciliação, e consequentemente fazendo com que a cliente fosse cobrada pelas custas judiciais face a ausência de justificativa de sua gratuidade de justiça. Afirmava ainda, em sua petição inicial, que procurava a advogada para obter informações a respeito da sua causa, mas não tinha sucesso.

No julgamento da ação, a magistrada levou em consideração que a advogada já tinha atuado de forma diligente em mais de 7 (sete) processos da mesma cliente, e tendo tido sucesso em pelo menos 4 (quatro) causas. E com isso, a magistrada proferiu uma sentença de improcedência uma vez que entendeu que a advogada não agiu de forma desidiosa, pois a

---

<sup>337</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 380.

cliente não conseguiu fazer a prova que a perda do processo tenha sido pela conduta da advogada, ou seja, faltou a prova da culpa já que estamos diante da responsabilidade subjetiva do profissional liberal<sup>338</sup>.

Não satisfeita com a sentença de improcedência, a cliente recorreu para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpondo no prazo legal, a sua apelação, onde a sentença de primeira instância fora confirmada, sendo transcrito o seguinte trecho de um voto de um Recurso especial que tramitou no STJ:

De uma forma ou de outra, a questão está em se saber se houve dano imputado ao advogado. Conforme o superior tribunal de justiça, "não se cuida de uma simples esperança subjetiva, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava (resp 993.936/rj, rel. Min.luis felipe salomão, 4<sup>a</sup>.t, dje 23/04/2012).

Ou seja, o ponto nevrálgico da perda de chance está justamente se houve dano a ser imputado a falha na atuação do advogado, e é por isso que cada caso deve ser analisado de forma isolada e minuciosamente. E entendemos, com base no estudo feito, que o Tribunal agiu em conformidade com o que a doutrina assevera, ou seja, não haviam chances sérias e reais e ainda, a cliente não provou o nexo de causalidade entre a conduta da patrona e o resultado danoso.

Assim sendo, vislumbramos que no momento do julgamento de casos como estes, é necessário um certo rigor e análise de forma crítica e cuidadosa do que está sendo pleiteado pelo cliente, que supostamente tenha sido vítima de uma atuação do advogado. Relembrando que a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, mediante análise do elemento culpa, e se não for provada a culpa do patrono, o mesmo não deverá ser responsabilizado por sua conduta.

De acordo com Nuno Santos Rocha, em sua obra: "*o dano tem que ser definitivo, resultando na possibilidade de a chance voltar a existir, ou seja, o comportamento desvalioso na perda irreversível das chances que a vítima detinha de poder vir a alcançar a vantagem desejada.*"<sup>339</sup> Na situação em tela, o TJ do Rio de Janeiro, entendeu não as chances sérias de ganho da causa não estavam presentes pelo fato da advogada já ter atuado de forma diligente em outros 7 (sete) processos da mesma cliente.

Outro caso que se encontra disponível no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, diverge do que colacionamos acima uma vez que no caso abaixo, o advogado fora condenado

---

<sup>338</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível: Processo nº 0256441-53.2016.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F75900D22F1C328CB06D8C26D3A.A942DC509362C3E49&USER=>>>.

<sup>339</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas.** 2015, p. 58.

ao pagamento de valores ao seu cliente, contudo, tais valores não tiveram a natureza de perda de chance mas sim em danos morais, eis que por conta de sua má atuação, a cliente teve sua reclamação trabalhista extinta, no ano de 2011, e quando descobriu que a mesma havia sido arquivada sem análise do mérito, seu direito já se encontrava prescrito.

Frise-se que em primeira instância, o magistrado negou a responsabilização do advogado pela perda de chance, mas em Segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença, mas não condenou o advogado pela perda de chance pois asseverou que a autora não tinha como provar que ganharia a reclamação trabalhista que outrora havia sido extinta pela suposta má atuação do advogado, mas condenou o patrono ao pagamento de danos morais. Ou seja, justamente da forma como salientamos em relação aos requisitos da aplicabilidade da perda de chance, pois devem haver chances sérias e reais da obtenção do ganho da causa.

Sendo assim, vislumbramos a não aplicação da perda de chance como uma espécie de dano a essa cliente, mas sim a aplicabilidade dos danos morais, porquanto no Brasil, não há ainda uma pacificação no sentido da natureza da perda de chance<sup>340</sup>.

Diante do estudo realizado, entendemos que a decisão proferida por este Tribunal, não foi acertada eis que condenaram o Advogado ao pagamento de indenização por danos morais, mas negaram a perda de chance. Mas, nesse caso em específico, levando-se em conta o que fora estudado até aqui, percebemos que realmente houve perda de chance do cliente, eis que presentes todos os requisitos, uma vez que a vítima não teve sua reclamação trabalhista julgada pela Justiça em virtude da falha do patrono. Repita-se que nesses casos, não se indeniza o dano final experimentado pela vítima da suposta má atuação do patrono, mas sim a chance que não lhe fora oportunizada por esta conduta.

Neste caso, o advogado foi condenado só não foi condenado pela perda de chance, pelo fato do cliente não conseguir fazer a prova que efetivamente ganharia a reclamação trabalhista que restou prescrita pela omissão dele, pois certamente se conseguisse provar que suas verbas trabalhistas eram devidas, o patrono deveria ser condenado pela perda de chance em virtude de sua omissão. O que não entendemos nesse julgamento, é que, se o advogado foi condenado em danos morais, é porque o Tribunal entendeu que ele agiu mal, e se ele agiu mal, causou danos ao seu cliente, e esse dano deveria ser o de perda de chance, e não os morais.

---

<sup>340</sup>BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Processo nº 0226740-47.2016.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 04 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049F00D11923BCEAE868AA6408B49CE782C5075E444446&USER>>.

Assim sendo, entendemos que o Tribunal de Justiça falhou nesse julgamento pois se o advogado não propôs a reclamação trabalhista no período a que lei prevê, deveria ter sido feito um julgamento dentro do julgamento para que os julgadores analisassem a primeira demanda trabalhista à luz da probabilidade do ganho desta, e não conceder indenização por danos morais sem fazer essa análise cautelosa e necessária, situação que se repetiu no julgado abaixo, também do Estado do Rio de Janeiro.

Nas lições extraídas da obra de Paulo Mota Pinto acerca do tema:

Ainda que se não considere decisiva a objeção anteriormente exposta à indenização pela “perda de chance”, sempre há, porém, que apurar, no caso concreto qual a consistência e seriedade da concreta “chance” processual comprometida. E sobretudo avaliação do resultado hipotético do processo num julgamento dentro do julgamento, poderá levar a reduzir a incerteza que caracteriza a chance.<sup>341</sup>

Em outro julgamento realizado no final do ano de 2018, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou um advogado ao pagamento de danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil Reais) para cada autor do processo. Em apertada síntese, a ação versava sobre o fato do pai dos autores da ação, terem no ano de 1994 contratado o advogado para propor uma demanda de responsabilidade civil médica pela morte de um de seus filhos, irmão dos autores. Contudo, além deste advogado não ter proposto a ação, ainda perdeu todos os documentos originais que foram deixados pelo cliente para o ajuizamento do processo. Ocorre que, o juízo de primeira instância, negou a indenização pela perda de chance, e danos morais, proferindo sentença de improcedência, o qual, fora objeto de recurso por parte dos autores da ação, e supostas vítimas da conduta do advogado.

Em segunda instância, ao analisarem os autos, verificaram que o advogado se manteve inerte pelo período de 2 (duas) décadas, vez que a contratação se deu no ano de 1994, mas pelos julgadores fora asseverado, que não teriam como afirmar que se a ação fosse proposta com fundamento em erro médico, teria sido de sucesso, razão pela qual não haveria a responsabilização pela perda de chance mas sim, o advogado deveria ser condenado em danos morais por todo o fato, ficando mais uma vez caracterizada a não aplicabilidade da perda de chance mas de uma forma de outra, houve a responsabilização do advogado por sua atuação.

[...] Inegável falha na prestação dos serviços. Presença dos pressupostos hábeis a desencadear a responsabilidade civil. Impressos adunados aos autos nos quais não se vislumbra a possibilidade de aferir equívoco no atendimento médico-hospitalar. Teoria da Perda de Uma Chance que exige, para sua incidência, que a privação da oportunidade, considerada uma hipótese lesiva per se, seja razoável, séria e real, o que não se revela na espécie. Suposta chance perdida de ajuizar ação e obter pronunciamento judicial favorável por suposto erro médico que não ultrapassou a barreira da mera conjectura de obter posição mais vantajosa. Quantificação da

---

<sup>341</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 799.

compensação in casu que não pode ser feita com base na proporção probabilística da perda de uma chance de obter reparação por morte, e sim tão somente da falta de cumprimento adequado dos termos do contrato celebrado. [...]". Situação que extrapola em muito o simples inadimplemento contratual. Dano Moral. Quantificação. Critério Bifásico. Fixação da verba em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos Autores, em atenção aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Perecimento do direito de buscar eventual compensação pela morte de seu irmão, algo de todo almejado por seus próprios genitores quando ainda em vida. Reforma do decisum de 1º grau para julgar procedente em parte o pleito referente à lesão extrapatrimonial. Inteligência do Verbete Sumular nº 326 do STJ. Inversão do ônus sucumbenciais. Conhecimento e provimento do recurso.<sup>342</sup> [grifos nossos]

Diante do texto acima grifado, entendemos que o Tribunal de Justiça do Rio, não fez o julgamento dentro do julgamento, posto que os julgadores, em nosso entendimento, deveriam ter analisado a primeira causa que não fora interposta pelo patrono a fim de verificação se essa causa tinha chances sérias e reais de ser de êxito. Mas não, optaram por não fazer esse procedimento, e quantificar o fato do patrono não ter proposto a causa em danos morais.

O simples fato de ter pego os documentos e não ter ingressado a ação não faz do advogado o culpado, de acordo com tudo que já estudamos até o presente momento, pois deve ser feita uma análise cautelosa e criteriosa das chances do êxito da causa.

Sendo assim, caso não tenha sido feita essa análise, entendemos que o advogado em nada deveria ter sido responsabilizado, vez que sua culpa não foi provada pois o julgador fala em “suposta chance perdida.”, e supostas chances não tem o condão de certeza e seriedade pois a mera esperança subjetiva não pode ser requisito para a perda de chance, e com isso, não deveria ser para a quantificação de dano algum.

Ou ainda, até poderia ser condenado ao pagamento de perda de chance posto que o que se indeniza não é o dano final mas a perda da própria oportunidade, mas jamais deveria ter sido condenado ao pagamento de danos morais sem ter havido a caracterização da perda de chance.

Sobre as chances, trazemos à colação nas lições de Nuno Rocha:

De seguida, será necessário averiguar se as possibilidades perdidas gozavam de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido para que sua perda possa ser considerada como relevante a nível ressarcitório. É o que normalmente se costuma a designar por chances sérias e reais, e portanto indenizáveis, por contraponto às situações de simples esperanças subjectivas que traduzem em danos meramente hipotéticos e eventuais, e por isso não dignos de qualquer tipo de reparação<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. 0448475-94.2012.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046A5F61F5513E1D90DCEA58D0ECD36FC1CEC5093A5C1F>>.

<sup>343</sup> ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas.** 2015, p. 59.

Vislumbramos assim, a dificuldade de aplicação da perda de chance ao advogado, mas sim, a indenização por danos morais em casos em que há a prova de sua atuação desidiosa, salientando que de acordo com os julgados, só haverá perda de chance em casos em que os requisitos estejam presentes uma vez que as chances de êxito devem ser sérias e reais, pois a mera esperança subjetiva não pode ser requisito para a perda de chance.

A grande verdade é que não é tão simples o advogado ser condenado judicialmente com a denominação perda de chance, e assim, fizemos pesquisas em um dos Tribunais percussores no Brasil, que é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Em um determinado processo, julgado pelo citado Tribunal, o advogado foi condenado pela perda de chance por ter feito um acordo sem consultar ao cliente, no qual este perdeu uma voluptuosa quantia, e conforme o seguinte trecho nas palavras do relator Des. Vicente Barroco de Vasconcellos:

A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa, necessita de demonstração de que o não-agir ou mal-agir do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa. Desse modo, a celebração de acordo por R\$ 38.328,02, por iniciativa exclusiva do advogado réu, sem consulta prévia ao cliente autor, ensejou a perda de uma chance concreta e real, caracterizando renúncia a parte significativa dos valores que a autor tinha para receber da Brasil Telecom S/A (quase 50% do próprio pedido de cumprimento do julgado).<sup>344</sup>

Diante do caso acima narrado, o cliente perdeu sérias e reais chances de obter um valor maior do que o acordo fechado pelo advogado sem a sua consulta prévia, e em se tratando de um caso desse porte, entendemos que o advogado tinha o dever de consultar ao cliente antes de fechar tal negociação, e por esse motivo o Tribunal o condenou pela perda de chance. Na situação em questão, o advogado falhou no dever que lhe é inerente, que é o dever de informar o cliente.

E sendo assim, entendemos que o órgão Julgador agiu de forma correta, eis que, se ficou provado nos autos que a falha no dever de informação do advogado, ensejou uma perda material comprovada ao cliente, este deve ser condenado pela perda de chance, pois a chance perdida pelo cliente era real, séria e credível. Não há no que se falar em danos morais, mas sim em perda da oportunidade de ganhar mais devidamente comprovada nos autos, conforme trecho do acórdão.

Aqui, cabe colacionar algumas palavras da doutrina portuguesa, acerca do dever de informação do advogado no exercício do mandato ante as lições extraídas do livro de Durval

---

<sup>344</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: Processo nº 0323723-38.2018.8.21.7000.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:www.tjrs.jus.br>.

Ferreira: “Na verdade, o dever de informação é dever específico do advogado- como resulta do dever genérico de proceder segundo a boa-fé (arts. 227, 239 e 762, nº 02 do C. Civil), e como estatui especificamente o art. 1161 do C. Civil.”<sup>345</sup> Ou seja, se restou comprovado que a omissão do patrono ao fechar um acordo, onde seu cliente perderia uma voluptuosa quantia, e se era séria a chance dele ganhar mais se não fechasse o acordo, o advogado deve ser responsabilizado pela perda de chance.

Em mais uma jurisprudência do mesmo Tribunal, colacionamos uma recente, onde o Advogado foi condenado ao pagamento de uma indenização pela perda de chance em virtude da má atuação do seu contrato de mandato, quando este em uma reclamação trabalhista deixou de interpor um recurso, que facilitou a condenação da sua cliente.

Frise-se que no julgado, o relatório deixa claro que no caso em tela ficou comprovado que o advogado agiu de forma negligente fazendo com que sua cliente por conta dessa negligencia fosse vítima, salientando ainda, de forma correta que o advogado não estava sendo responsabilizado pelo dano final eis que não se sabe ao certo se a vítima/cliente seria vitoriosa na causa, mas se ele tivesse agido de forma correta, ela teria mais chances de sucesso. Segue abaixo grande parte do acórdão estudado que está perfeito e completamente de acordo com tudo que fora estudado até o momento:

[...] Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante e, ainda, não recolher o depósito obrigatório na propositura do recurso adesivo, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. **Não se trata de conferir ao lesado o prejuízo pela condenação na ação, pelo resultado final e desejado e esperado, mas, sobretudo, a perda da chance de tê-lo alcançado ou tentado no tempo e modo devido.** O mandante perdeu a chance de vencer a demanda ou não perde-la completamente, **diante da omissão e desídia do profissional contratado que deixou de recorrer e, portanto, aplicar a melhor técnica jurídica.** A ausência de demonstração de êxito que teriam os recursos caso tempestivamente interpostos não exclui o dever de indenizar, porque o resultado do labor advocatício não está necessariamente vinculado ao acolhimento integral ou não de suas teses. **A perda de prazo recursal, em causa perdida pela mandante, se caracteriza erro grosseiro.** Como tal erro grosseiro também foi a interposição de recurso adesivo sem o recolhimento prévio do depósito, que se trata de condição objetiva de procedibilidade recursal na Justiça do Trabalho. No tocante a quantificação do dano decorrente da perda de uma chance, situação que não se correlaciona com a possível ou probabilidade de êxito ou sucesso no empreendimento (resultado final), bastando que a chance tenha sido perdida sem ser exercida, fato que consuma a responsabilização profissional, deve ser dimensionado nesse contexto, pois a perda de uma chance nem sempre se correlaciona com o prejuízo material experimentado pelo paciente ou mandante, pois está na ante-sala do prejuízo, caso contrário, implicaria confundir a perda de uma chance com a condenação final sofrida pelo mandante na ação, mas esta é imponderável, pois nem sempre se ganha em juízo exatamente o que se espera, ainda que a orientação

---

<sup>345</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance.** 2017, p. 279.

doutrinária e jurisprudencial sejam favoráveis. A condenação do profissional, pela desídia e perda de uma chance, não o é pelo resultado final, mas objetivamente pela perda da chance que não oportunizou ao cliente. Estimo, pois, nessa hipótese, o dano material, pela perda do exercício da chance de recorrer o valor correspondente a metade do valor da condenação na ação trabalhista em que o causídico, por desidioso, perdeu o prazo recursal.<sup>346</sup>

O advogado não diligenciou de forma correta de modo a atuar com todos os meios possíveis para a obtenção do ganho da causa, salientando que o mesmo perdeu a oportunidade de interpor a apelação para a sua cliente, e que era um recurso desejado por ela, e ao final, ainda não recolheu o preparo obrigatório para ver conhecido o recurso adesivo, frustrando assim as chances que a cliente, ora vítima, possuía de sucesso, bem como de ter seu caso julgado em instância superior.

E nesse caso, em julgamento diverso do que nos anteriores colacionados, o Tribunal julgou a perda de chance em danos patrimoniais de forma brilhante, e não em morais, como em casos semelhantes, eis que de acordo com o relator, o que se pretende indenizar é a chance perdida, que não foi oportunizada ao seu cliente, e não o resultado final, mostrando assim que a jurisprudência brasileira não converge em relação a esse assunto.

E assim, entende Durval Ferreira no que tange a conduta relacionada a perda de prazos, como fora o caso acima:

Ora, nessa conduta culposa o advogado está a infringir os seus deveres obrigacionais, como resulta das regras referidas nos capítulos antecedentes, e, conseqüentemente, está a violar direitos e bens da esfera jurídica do mandante, e juridicamente protegidos. E dessa conduta ilícita pode ter resultado para o mandante a “perda de oportunidade” de “proceder” a acção que, atempadamente, não foi proposta, ou a contestação ou ao recurso que não foi apresentado.<sup>347</sup>

Passando para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 4ª Turma Cível, julgou caso semelhante onde o advogado foi processado pelo cliente em razão de não ter apelado de uma sentença que frustrou a chance de redução do valor dos honorários de sucumbenciais que foram fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, que girava em torno de R\$ 1.898.340,19 (Hum milhão oitocentos mil noventa e oito mil e trezentos e quarenta reais e dezenove centavos).

De acordo com o relator, Des. James Eduardo Oliveira, o fato do advogado não ter recorrido fez com que ele fosse omissivo, fazendo com que seu cliente perdesse a oportunidade de reduzir a verba honorária que havia sido condenado em primeira instância, e assim, reconheceu o nexo de causalidade entre a desídia do advogado e o dano causado a vítima

---

<sup>346</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Processo nº 0008261-03.2007.8.21.7000.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:www.tjrs.jus.br>.

<sup>347</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance.** 2017, p. 263..

(cliente), de modo que ele possuía uma chance clara, séria e real de probabilidade de redução dos honorários na instância superior.

E com essa conclusão, o advogado foi condenado à perda de chance no patamar de R\$ 31.297,42 (trinta e um mil duzentos e noventa e sete reais e quarenta e dois centavos), correspondente aos honorários de sucumbência, eis que restou devidamente comprovado que em grau de instância superior, essa verba poderia ser reduzida para R\$ 1.000,00 (hum mil Reais), de modo que ficou registrado na ação que o cliente teve um dano de R\$ 30.297,42 (trinta mil duzentos e quarenta e sete reais e quarenta e dois centavos). Há de considerar que nesse julgado não houve condenação do patrono por danos morais, mas somente pela perda de chance.

Aplica-se a teoria da perda de uma chance na hipótese em que o advogado deixa de interpor, sem qualquer justificativa idônea, recurso de apelação que poderia, em consonância com a jurisprudência sobre o tema, reduzir substancialmente os honorários de sucumbência. II. Sem a demonstração de que algum atributo da personalidade da parte restou vulnerado, descabe cogitar de compensação de dano moral. III. Recurso parcialmente provido<sup>348</sup>.

Conforme várias vezes asseverado neste trabalho, o julgado acima colacionado, fala em chances concretas, ou seja, ficou provado nos autos que não se tratava de mera expectativa mas sim de um dano real, uma chance evidente e séria que foi perdida pela má atuação do patrono. Entendemos que o Tribunal julgou de forma correta o caso, diante das provas existentes no processo. E mais, de forma clara, negou a indenização por danos morais, o que no nosso entendimento é muito acertado vez que perda de chance não tem a mesma natureza de danos morais.

Neste caso, o cliente tinha grandes probabilidades de obtenção de um resultado favorável, e assim entende Nuno Rocha em sua obra sobre perda de chance:

Esta seriedade irá refletir-se numa característica essencial do dano da perda de chance, a sua certeza. Só sendo certo é que o dano poderá ser reparável, tornando-se necessário que tenha existido uma possibilidade concreta de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.”<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível. Processo nº 00014536-41.2014.8.07.0006.** [Em linha]. [Consult. 08 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [<sup>349</sup> ROCHA, Nuno Santos - \*\*A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas.\*\* 2015, p. 59.](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1160782>.</a></p></div><div data-bbox=)

A partir de agora, passaremos para os julgamentos de ações fundadas em perda de chance no STJ, e em um primeiro caso analisado, encontramos o julgamento de um processo, cujo relator foi o Ministro Paulo de Tarso, onde uma cliente propôs uma ação contra seu advogado, alegando que ela perdeu as chances de ter um auxílio acidentário pelo fato do seu advogado ter interposto um recurso especial fora do prazo para o STJ, contudo, não obstante haver a possibilidade da reparação pela perda de chance, nesse caso específico foi feito um juízo de probabilidade pelos Ministros, que perceberam que o primeiro recurso (o que foi intempestivo), mesmo se tivesse sido interposto dentro do prazo, não seria de sucesso, não havendo no que se falar em chance perdida, notadamente por não ser esta séria e real<sup>350</sup>.

[...]Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento consequentemente interposto, ocasionando a "perda da chance" de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais. 2. **Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios.** 3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos. 4. **A responsabilidade civil subjetiva do advogado, inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, do nexo causal e do dano causado a seu cliente.** 5. Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento "dano" se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável. 6. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto. 7. Na origem, com base na análise da fundamentação do acórdão recorrido e, ainda, das razões do referido apelo excepcional, a conclusão foi de que o recurso estava fadado ao insucesso em face do enunciado 7/STJ. Insindicabilidade. 8. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 9. Pretensão indenizatória improcedente. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.<sup>351</sup>

No caso demonstrado acima, houve o que em Portugal, os doutrinadores chamam de “julgamento dentro do julgamento”, ou “juízo dentro do juízo”, quando os Ministros analisaram a primeira demanda interposta pelo advogado para defender o interesse de sua cliente, momento em que foi feito por eles um julgamento fictício daquela ação e

---

<sup>350</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1758767-SP. [Em linha]. [Consult. 08 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88699125&num\\_registro=201402903835&data=20181015&tipo=5&formato=PDF%20\[em%20linha\]%20\[acesso%20em%2008%20de%20maio%20de%202019\]](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88699125&num_registro=201402903835&data=20181015&tipo=5&formato=PDF%20[em%20linha]%20[acesso%20em%2008%20de%20maio%20de%202019]) >.

<sup>351</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1758767.

principalmente daquele recurso, para saber se as chances eram sérias e reais do êxito do julgamento.

Ocorre que, nessa situação em análise, entenderam que as chances não eram dotadas de certeza e nem de razoabilidade motivo pelo qual foi negada a perda de chance mesmo o advogado tendo protocolizado o recurso especial fora do prazo previsto na legislação, pois não havia certeza do dano final.

Assim sendo, essa jurisprudência é distinta da que colacionamos anteriormente em relação a perda de chance do advogado que deixou de interpor um recurso, pois naquela, o Tribunal condenou o advogado pela perda de chance só pelo fato do cliente ter sua expectativa frustrada, ficando claro que não se indeniza o dano final, mas sim a frustração dessa oportunidade, o que nesse julgado do STJ não ocorreu, vez que os Ministros analisaram de forma correta o primeiro recurso, e vislumbraram que ele estava fadado ao insucesso, não havendo no que se falar de chances sérias e reais de obtenção do ganho da causa. Assim, vislumbramos que no Brasil, a jurisprudência ainda não é pacífica em relação a perda de chance e tampouco a sua natureza e características. Em relação a esse julgado, traremos a colação as palavras de Paulo Mota Pinto:

Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na acção perdida (ou não proposta)- o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa.- sob pena de não se considerar verificada a certeza do dano, há decisões que tem concedido a indenização ao lesado independentemente dessas circunstancias, dizendo por exemplo que nenhuma acção judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendencia processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte.<sup>352</sup>

Em mais um caso julgado pelo STJ, o Tribunal Superior manteve condenação de um advogado que havia sido condenado no valor de R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos Reais) pela perda de chance de sua cliente, posto que ela comprovou que o contratou para impetrar um mandado de segurança dentro do prazo legal, e ele não o fez, com isso, perdeu a oportunidade de ser nomeada ao cargo público na qual pretendia.

[...] 1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance". 2. **Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial.** 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.<sup>353</sup>

---

<sup>352</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 799-800.

<sup>353</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no Recurso Especial. Processo nº 1321606**. [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

Aqui, ficaram demonstradas as chances sérias e reais de obtenção de ganho de causa da cliente naquele mandado de segurança, e a imputação dessa falha se deu por conta da conduta do patrono contratado, e assim, nas lições de Paulo Mota Pinto:

A “chance” ou oportunidade processual é uma probabilidade, com determinada consistência de vir a obter vencimento no processo judicial, que não consegue determinar-se com certeza, uma vez que este não se concretizou (ou não se desenrolou) regularmente por uma falta imputável ao mandatário forense.<sup>354</sup>

Entretanto, no caso acima descrito, o advogado mesmo tendo sido condenado na perda de chance, esta foi quantificada em danos morais, em razão de no Brasil, haver uma séria confusão no que tange a natureza desse instituto, por vezes é aplicado como dano moral, outras vezes como dano material, e até por dano autônomo, conforme por diversas vezes informado neste trabalho. Não entendemos como correta a quantificação dessa chance perdida em danos morais, vez que a perda da oportunidade tem outra natureza, mas como já asseverado acima, em alguns casos, a perda de chance é apenas um fato que ajuda a majorar o valor dos danos morais, hipótese que não concordamos.

No caso acima, a perda de chance deveria ter sido quantificada em valor a título de perda de chance, e não em danos morais, e caso a vítima tivesse comprovado dentro do processo que sofreu abalos morais, subjetivos em virtude do ato ilícito que ensejou a perda de chance, caberia ainda a cumulação com danos morais.

Em um outro caso de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, o advogado também não foi condenado na perda de chance, mas sim em R\$ 20.000,00 (vinte mil Reais) a título de danos morais em virtude de ter contratado os serviços dos correios para o envio de uma petição recursal, que não chegou a tempo no Tribunal, e por conta disso, seu recurso foi considerado intempestivo, mas segundo este relator não há no que se falar em perda de chance, conforme trecho extraído do acórdão:

[...] Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal **Superior do Trabalho**, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita.<sup>355</sup>

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1228408&num\\_registro=201102373280&data=20130508&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1228408&num_registro=201102373280&data=20130508&formato=PDF)>.

<sup>354</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 795.

<sup>355</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1210732 / SC**. [Em linha].

[Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1210732&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1210732&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>.

Mas ainda segundo o Min Relator, não há no que se falar em perda de chance pelo fato das chances de êxito serem remotas, mas inquestionável o fato do advogado ter agido com erro, e com isso, ensejar danos morais indenizáveis a sua cliente, no seguinte trecho:

[...]Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de curso conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável. 6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Trechos do Acórdão do REsp nº 1.210732. Relator Min. Luis Felipe Salomão.<sup>356</sup>

Mas, por qual motivo o advogado foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais se não ficou provada que existiam chances sérias, reais e efetiva probabilidade de ganho da causa, que segundo o cliente não se deu em virtude da não interposição do recurso no prazo legal. Nesse caso, vislumbramos que o tratamento dado a perda de chance é confuso. Nesse caso se não houve perda de chance, não deveria ter havido qualquer indenização ao cliente. Por qual motivo o advogado foi condenado em danos morais? Porque foi relapso e desidioso, mesmo sem que tenha havido qualquer comprovação que haveria ganho de causa do seu cliente.

Por fim, colacionamos um julgamento muito comentado no Brasil do STJ, no ano de 2010, período em que a perda de chance começou a ganhar muita força nos tribunais, em que um advogado foi processado por seu cliente porque perdeu um prazo para contestar uma demanda, mas os julgadores entenderam que mesmo ele perdendo esse prazo, não teria que ser responsabilizado imediatamente pela perda de chance uma vez que deveria ser feita uma certa ponderação de probabilidade que seu cliente teria êxito na demanda, e de acordo com trechos do acórdão:

[...]A teoria de perda de uma chance (*perte d'une chance*) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas[...]” Trechos do acórdão REsp 1.190.180.RS<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1210732 / SC.

<sup>357</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1.190.180/RS. [Em linha].

[Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW:

<URL:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1020806&num\_registro=201000685378&data=20101122&formato=PDF>.

E ainda, asseveraram que em casos em que se busca a responsabilização do profissional advogado, o julgador do processo deverá debruçar-se na real probabilidade do sucesso da causa ter ligação com a conduta do patrono, no seguinte trecho:

[...] Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico.[...] Trechos do acórdão REsp REsp 1.190.180.RS<sup>358</sup>.

E segue o acórdão, de forma brilhante afirmando que o advogado não pode ser responsabilizado tão somente pela perda do prazo, eis que essa perda deve ser analisada de forma minuciosa por parte do julgador, ponderando se havia possibilidade real do cliente ser vitorioso na demanda perdida pelo fato do atuado ter perdido o prazo:

[...] Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal *a quo*, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o *quantum* indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento *extra petita*, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação.<sup>359</sup> **(grifos nossos)**

No julgado acima descrito, o Relator entendeu que, não obstante, haver a possibilidade de o advogado ser responsabilizado na perda de chance, o mesmo só deve ser feito se houverem reais chances reais e com grandes probabilidades de êxito do processo que fora perdido supostamente pela falha na atuação do advogado, tal qual já asseverado por toda doutrina.

Da análise dessas jurisprudências, algumas dos Tribunais de Justiça, e outras do STJ, conseguimos de forma cristalina compreender que a teoria da perda de chance no Brasil vem sendo constantemente utilizada dentro dos processos judiciais vez que existem muitos pedidos com esse tema.

Entretanto, verificamos que não são todas as pessoas que vão a justiça requerer a indenização pela perda de chance do advogado que conseguem ganhar o dano com esse título, pois, muitas vezes o julgador quantifica como dano material ou moral, e em mais vezes até em danos morais do que em materiais, ou em muitas vezes ocorre o que já citamos acima, que os julgadores usam a perda de chance como um agregador do dano moral.

---

<sup>358</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1.190.180/RS.

<sup>359</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1.190.180/RS.

Em muitos dos casos, não há como o julgador entender que chance perdida tinha chances sérias e reais de serem de sucesso, e com isso, verificando a existência de um dano final à vítima, acaba por quantificando-o como dano moral, e afasta a incidência da perda de chance, sobretudo no que tange a conduta do profissional advogado.

A característica comum em todos os julgados extraídos dos Tribunais de Justiça do Brasil é que ao invés de considerarem a perda de chance como um dano autônomo, o classificam como dano moral, sendo apenas a chance perdida um mero agregador dos danos morais, e isso vem ocorrendo desde que a teoria começou a ser aplicada no Brasil<sup>360</sup>.

#### 5.4 Posicionamento da jurisprudência portuguesa acerca do assunto

Ao adentrarmos nos sites de busca a jurisprudência em Portugal, verificamos que existem muitos pedidos de perda de chance tanto nos Tribunais de Relações, quanto no próprio STJ, principalmente no tocante ao advogado, da mesma forma como ocorre no Brasil. Insta salientar que a partir do ano de 2013, percebemos que houve uma clara evolução, fazendo com que a perda de chance ganhasse mais espaço em Portugal<sup>361</sup>.

Em um primeiro caso encontrado que fora julgado em fevereiro do ano de 2019, uma mulher propôs uma ação com pedido de perda de chance contra um advogado sob alegação que perdeu o direito de preferência na compra de um determinado imóvel, na qual era arrendatária, porque o advogado, contratado por ela, deixou de efetuar o depósito do valor do imóvel no prazo determinado pela legislação vigente.

Contudo, a sentença foi de improcedência para o pedido da autora, ex-cliente, eis que de acordo com o magistrado, ela não teria direito, razão pela qual ante a perda da causa, esta suposta vítima do advogado, interpôs recurso de apelação para ver sua matéria julgada pelo Tribunal da Relação. Em julgamento deste recurso, o julgador entendeu que estavam diante de uma situação com chances extremamente reduzidas, o que fez com que a sentença de improcedência fosse mantida em sua integralidade. Segue o acórdão citado acima:

I – “A perda de “*chance*” não bole com a aferição do nexu causal, não o facilita nem flexibiliza, muito menos representando uma concepção parcial da causalidade; pelo contrário, mantém o mesmo nível de exigência; o que sucede é que, ao invés de o nexu causal ser aferido entre a conduta e um dano mais distante, passa a sê-lo entre a conduta e um dano mais próximo (como que antecipado face àquele outro), o que, obviamente, permite estabelecer nexos causais em cenários nos quais o mesmo não poderia ser estabelecido quanto ao referido dano final”.[..]III – Sendo os vendedores de um imóvel arrendado para habitação, usufrutuária e donos da raiz, residentes no Brasil, era essencial a indicação de que a venda se realizaria no Brasil, para

<sup>360</sup> SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2012, p. 57.

<sup>361</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 786.

o exercício do direito de preferência da arrendatária. IV – Tendo esta exercido o seu direito, aceitando o preço da venda proposto, mas com a ressalva da realização da escritura em Portugal (Stº Tirso) declarou que não lhe interessava contratar nas condições enunciadas, assim conduzindo à extinção do direito potestativo em que se encontrava investida, isto é, “o direito de, por simples declaração de vontade, fazer nascer a cargo do sujeito vinculado à preferência, a obrigação de realizar com o preferente o contrato projectado”<sup>362</sup>.

No julgado acima, os julgadores entenderam que não havia nexos de causalidade entre a conduta do advogado e o dano final experimentado pela vítima. Cabe frisar que o nexo causal é o liame subjetivo que faz a ligação entre a conduta do agente e o resultado dano, sendo um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, e quanto a perda de chance, o nexo de causalidade não pode ser completamente evidente eis que se trata de uma certa incerteza entre o ato ilícito praticado pelo agente, e a chance suprimida da vítima em razão desta conduta, e nesse sentido, nunca haverá liame causal claro entre o ato e o dano final.

Frise-se que parte da doutrina entende que o nexo de causalidade não precisa ser provado exatamente como uma questão matemática, mas deverá haver um sério e alto grau de probabilidade<sup>363</sup>.

Importa salientar ainda no tocante ao nexo de causalidade, frisando que em Portugal, a grande maioria da doutrina discute essa questão, mas nos filiamos a posição do Prof. Dr. Ricardo Pedro no que tange a esse requisito da responsabilidade civil, ou seja, a teoria da causalidade adequada em sua formulação negativa<sup>364</sup>.

De acordo com as breves lições desse autor em relação a essa teoria:

De acordo com essa formulação, “a condição deixará de ser causa do dano, sempre que, segundo a sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para este dano.” Não vemos razão para que, em geral, não se adopte a teoria da causalidade adequada em sua formulação negativa. Todavia, devem ter-se em consideração as referências que se farão a propósito da responsabilidade civil do estado nas hipóteses que se designarão de perda da oportunidade processual.<sup>365</sup>

E segue o mesmo autor, ainda sobre nexo de causalidade na perda de chance:

Mesmo que se admita que o problema se situa no domínio do dano, a verdade é aqui se centrando a particularidade da perda de chance- que sempre estará em causa

---

<sup>362</sup> PORGUAL. **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 1682/14.1TBSTS.P1.** [Em linha]

[Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW:

<URL:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a20813d77d30b24a802583d10045abda?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

<sup>363</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 765.

<sup>364</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 373.

<sup>365</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 374.

uma causalidade distinta da causalidade adequada. A teoria da causalidade adequada é, de acordo com a doutrina e jurisprudência clássicas dominantes, a que vigora no nosso sistema de responsabilidade civil. No entanto, como já se deixou assente, alguma doutrina e jurisprudência ainda insistem na necessidade de alternativas que procurem compreender realidades específicas, onde a certeza do dano revela numa probabilidade séria, evitando-se, deste modo, zonas de irresponsabilidade injustificadas.<sup>366</sup>

Para que o dano final seja reparado em situações ligadas a perda de uma oportunidade pleiteada pela vítima, é necessário, diante do que foi estudado, que a causa seja adequada para a produção daquele resultado, eis que a não realização daquela determinada oportunidade poderia ser atribuída a qualquer outra causa que não fosse a conduta do agente. De acordo com Rafael Peteffi, em relação a teoria a ser aplicada no que tange a nexos de causalidade na perda de chance:

Já se afirmou que a teoria da causalidade adequada utiliza o conceito de probabilidade, ou seja, somente são consideradas adequadas as condições necessárias que, em regra, poderiam causar determinado dano. Entretanto, é importante considerar que essa análise deve ser efetuada em “face da situação concreta” e não de maneira abstrata.<sup>367</sup>

Passamos a análise de mais um caso de perda de chance julgado pelo Tribunal da Relação do Porto, onde um homem propôs ação de responsabilidade civil com pedido de perda de chance em face de sua advogada, requerendo a condenação desta a pagar-lhe: a) a quantia de € 31.508,00 (Trinta e um mil quinhentos e oito euros); b) os rendimentos mensais futuros até à data da sua saída do estabelecimento prisional com liberdade condicional ou pulseira eletrônica; c) juros de mora, à taxa legal, a partir da citação e até integral pagamento.

No seu pedido, alegou que fora condenado em 16 de abril de 2009 a pena de 3 anos e 9 meses de prisão, e que a advogada após ter entrado no processo no dia 27 de abril do mesmo ano, acordou com ele, ora cliente, que iria interpor um recurso, antes do referido acórdão para poder ver sua pena diminuída.

Frise-se que o autor da ação alega que teria adiantado o pagamento dos honorários da advogada no importe de € 1.500,00 (Hum mil e quinhentos euros). Contudo, o recurso interposto pela patrona não fora acolhido, por ser extemporâneo, no Tribunal da Relação de Coimbra, por decisão do Relator de 25/03/2010, e com isso, o cliente teve de se apresentar para cumprir a pena de prisão em que foi condenado uma vez que o recurso interposto antes do prazo legal não fora aceito pelo Tribunal.

Insta mencionar que os outros réus do processo, que foram condenados a crimes bem semelhantes ao dele, através dos recursos competentes apresentados no momento correto

---

<sup>366</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 377.

<sup>367</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 25.

pelos seus advogados, conseguiram fazer com que as suas penas fossem diminuídas, tiveram a prisão suspensa e subordinação ao regime de prova.

A advogada foi sancionada pela Ordem dos Advogados e pelo Conselho de Deontologia de Coimbra, onde foi obrigada ao pagamento de € 3.000,00 (três mil Euros) bem como condenada a pena acessória de ter que restituir o cliente pelo valor de € 1.500,00 (Hum mil e quinhentos euros) que este havia lhe pago pelo recurso extemporâneo<sup>368</sup>.

Em sua defesa, a advogada alegou que errou, contudo, arguiu que as chances do sucesso dos recursos eram mínimas, e que com isso não podia ser responsabilizada civilmente, uma vez que o réu, seu ex-cliente, já tinha sido condenado por dois crimes de condução sem habilitação legal e por um crime de ameaças anteriormente, o que fazia que suas chances de sucesso fossem reduzidas.

Ocorre que a sentença proferida em sede de 1ª Instância concluiu que havia a grande probabilidade de sucesso do recurso que fora interposto de forma extemporânea pela advogada, sobretudo, pelo fato dos outros três réus terem conseguido o sucesso, e a suspensão das penas com o devido recurso protocolizado dentro do prazo legal. Neste momento, o dano foi consubstanciado de forma séria e real.

Assim sendo, em sede de julgamento sem Segunda Instância, a advogada foi condenada em danos patrimoniais, e em danos morais, nos seguintes valores:

€ 5.432,00 (cinco mil quatrocentos e trinta e dois euros), a título de indemnização por danos patrimoniais, acrescida de juros de mora vencidos e vincendos, à taxa legal desde a citação até efetivo e integral pagamento; e na quantia de € 6.000,00 (seis mil euros), por danos não patrimoniais, acrescida de juros de mora vencidos e vincendos, à taxa legal, a partir da sentença até integral pagamento.

Segue a ementa deste caso:

Tem vindo a ser entendido pela doutrina e jurisprudência mais recente que a “perda de chance” consubstancia a perda de possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável, sendo considerado como um dano autónomo, intermédio, configurável como dano emergente e ressarcível diferentemente do dano final, já que nestas circunstâncias a fixação da indemnização total ou a sua recusa pura e simples não satisfazem o escopo da justiça material. Apenas serão indemnizáveis as chances “sérias e reais”, pelo que importa averiguar se a possibilidade perdida gozava de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido. A probabilidade de êxito no recurso tem de ser aferida em função dum “juízo sobre o juízo” desse recurso, ou seja, se seria suficientemente provável o seu êxito, atendendo às circunstâncias do caso concreto e à jurisprudência seguida nessa matéria pelo tribunal de recurso. O valor da indemnização a fixar pela perda de chance não pode ser igual ou superior ao dano final e correspondente ao resultado que se pretendia

---

<sup>368</sup> PORGUAL. **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 540/13.1T2AVR.P1.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

evitar. Importa, assim, apurar qual a percentagem que representa o grau de probabilidade, face ao valor correspondente ao valor do dano final, apurando-se o valor da indemnização pelo dano “perda de chance”, enquanto dano autónomo.<sup>369</sup>

E assim, a advogada que agiu de forma omissa e negligente, foi condenada ao pagamento de danos pela perda de chance ao seu cliente, exatamente da forma como asseverado pelo doutrinador brasileiro Sérgio Cavaliere Filho:

A indemnização, repita-se, não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar<sup>370</sup>.

Esse foi o caso da advogada que, erradamente, apresentou um recurso antes do prazo, mesmo sabendo que havia a possibilidade dele não ser reconhecido pelo Tribunal. E além dela ser condenada pela perda de chance, os julgadores entenderam, de forma acertada que ela também deveria compensar o cliente pelos danos morais por ele experimentados, mas não deixaram de quantificar um valor a título de perda de chance em dano autónomo eis que este é distinto do dano final. O que deve ser indenizado pela perda de chance é a perda da oportunidade que fora extraída da vítima de fazer algo uma vez que o dano final é incerto.

Como bem assevera Paulo Mota Pinto em relação a quantificação do dano já que o que se indeniza não é o dano final, mas sim o dano oriundo da frustração da chance:

Quando alguém pede uma indemnização pela chamada “perda de chance”, invoca a perda da oportunidade de realizar um ganho, ou de evitar um prejuízo, sem que seja possível, porém, apurar se esse ganho teria realmente sido realizado ou se esse prejuízo teria sido evitado, apenas se sabendo que o lesado viu frustradas chances ou oportunidades correspondentes.<sup>371</sup>

E segue em suas lições, no que tange a certeza do dano e a ressarcibilidade:

Como é sabido, a posição tradicional exige, para se poder afirmar a existência de uma obrigação de indemnização, que o dano a ressarcir seja certo. Esta exigência não se cumpre, porém, nos casos de perda de chance. O problema da ressarcibilidade da perda ou diminuição de chance é caracterizado decisivamente pela interferência da incerteza na questão da determinação da responsabilidade. Não é possível determinar com segurança (isto é, de modo que o dano seja certo) qual seria a situação hipotética que existiria caso se não tivesse verificado o evento que obriga a reparação.<sup>372</sup>

A grande questão em todos os casos que envolvem pedidos de perda de chance é que um ilícito civil em que haja a perda de oportunidade de fazer algo por parte da vítima, não fique sem reparação judicial devido à incerteza do dano final. Contudo, entendemos com base nos estudos feitos que isso pode ser facilmente resolvido nos casos em que a chance perdida tenha a ver com má atuação do patrono, bastando que o julgador tenha um pouco mais de

---

<sup>369</sup> PORGUAL. **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 540/13.1T2AVR.P1.**

<sup>370</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil.** 2014, p. 469.

<sup>371</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos.** Coimbra: Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-54076-2-0, p. 763-4.

<sup>372</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos.** 2018, p. 767-8.

trabalho e faça o “julgamento dentro do julgamento”, vez que conforme dito anteriormente, caso seja feito isso em todos os processos saberíamos ao certo se as chances perdidas no processo em que o patrono atuou mal eram sérias e credíveis e se havia probabilidade de êxito, sendo mais fácil até a quantificação deste dano.

No caso abaixo, extraído dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, marido e mulher propuseram ação de responsabilidade civil pela perda de chance em face de duas advogadas contratadas para o ajuizamento de ação judicial de responsabilidade civil contra o estado por erro judiciário grosseiro e evidente. E por questões processuais, o casal entendeu que as advogadas agiram em desacordo com o Código deontológico, e assim, provocaram a eles danos patrimoniais e morais posto que a ação não fora intentada no prazo legal, motivo pelo qual ocorreu a prescrição dos seus direitos.

Tal sentença fora de improcedência, absolvendo as advogadas de qualquer responsabilização civil no que tange aos pedidos formulados pelo casal, que, inconformados, interpuseram recurso de apelação ao Tribunal. Em uma verdadeira aula sobre perda de chance, o relator do recurso, asseverou que mesmo que as advogadas tivessem proposto a ação no prazo legal, não haviam chances sérias que a demanda seria de êxito, conforme trecho abaixo:

Como é sabido, o facto de uma sentença ser revogada não significa que estivesse errada, muito menos grosseiramente. Portanto, nada leva a crer que a ação contra o Estado, se atempadamente intentada, tivesse sido julgada procedente. De notar que a chance ou oportunidade, não tendo a consistência de um direito subjetivo, constitui uma expectativa jurídica séria, plausível, objetivável através de factos indiciadores do direito. Uma mera hipótese irrealista, subjetivamente idealizável, mas sem probabilidades sérias de sucesso não tem tutela na doutrina da perda de chance. Concluindo: os autores não tinham chances de obter ganho de causa pelo que, com a conduta das rés, não as perderam.<sup>373</sup>

Ou seja, o Tribunal fez um “julgamento do julgamento”, analisando de forma minuciosa a possibilidade do ganho da primeira ação que não fora interposta pelas advogadas, e com isso, entenderam que havia uma mera hipótese e não probabilidades sérias e reais do sucesso daquela demanda, não havendo no que se falar em perda de chance.

Para avaliar a chance perdida, o tribunal fez o julgamento dentro do julgamento, que é um dos requisitos da perda de chance do advogado em Portugal justamente para que seja feita uma espécie de reconstrução da causa anterior perdida. E assim extraímos das lições de Paulo Mota Pinto:

---

<sup>373</sup> PORGUAL. **Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação. Processo nº 3215/14.0T8LSB-7.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8bea8fd5162b1ea0802582cf004d0d73?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

Para avaliar se existe ou não nexo de causalidade, e qual é a consistência da chance frustrada, o Tribunal da ação de indenização, deve, pois realizar uma espécie de julgamento dentro do julgamento, [...] tentando reconstruir os efeitos indenizatórios qual teria sido o resultado no processo que se frustrou.<sup>374</sup>

Esse requisito utilizado pelos julgadores portugueses (julgamento dentro do julgamento) é sensacional, em nosso entendimento uma vez que assim, fica mais fácil a avaliação se de fato as chances eram dotadas de probabilidade de sucesso. Nesse caso, em uma primeira avaliação, entendemos que haveria sim responsabilidade da advogada levando-se e, consideração a falha na não propositura da ação nos prazos a que lei define, porém, em um segundo momento, ao analisar o exposto pelos julgadores, vislumbramos que de forma acertada, fizeram a análise pós erro da advogada.

A verdade é que não há perda de chance que ser indenizada pelo advogado se for feita uma análise séria, minuciosa do processo anteriormente perdido pelo patrono, vez que por mais que ele tenha sido desidioso no exercício do seu mandato, ele não poderá responder se não havia certeza do dano final, ou seja, exata certeza que o cliente com aquela ação teria sucesso e sua sentença seria de procedência dos seus pedidos, e diante disso, novamente ficamos em uma situação de divergência da doutrina, pois a mesma assevera que a chance perdida deve ser indenizada independente do dano final.

Mas não é o que ocorre de forma rotineira nos casos envolvendo a advocacia, eis que nessas situações se faz necessária a análise do que expusemos acima, pois o julgador terá que perder mais um tempo julgando o caso a fim de saber sobre o certeza do processo perdido pelo advogado.

Mais uma vez sobre o julgamento dentro do julgamento, Paulo Mota Pinto: “ O Supremo Tribunal de Justiça admitiu, em geral, a ressarcibilidade da perda de chance,, mas procedendo ao “julgamento dentro do julgamento” indenizatório com o fim de apurar como teria sido decidida a ação pelo tribunal competente.”<sup>375</sup>

Em outra demanda julgada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, o cliente propôs ação de responsabilidade civil contra o advogado contratado por ele para propor uma ação face a um acidente de trânsito que este sofreu, trazendo-lhe sérios danos, incluindo uma incapacidade para o labor<sup>376</sup>. Sendo assim, o advogado propôs ação com pedidos de indenização por danos morais e materiais, contudo, o mesmo advogado não fez o pedido de

---

<sup>374</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 806.

<sup>375</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 793.

<sup>376</sup> PORTUGAL. **Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação. Processo nº 2319-08.3TBVFX.L1-2**. [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fc6f57d4f0c6b147802582a50054ba8b?OpenDokument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

dano patrimonial futuro, tendo em vista que seu cliente, vítima do acidente, havia perdido o seu emprego posto que com o acidente ficou com 62% de incapacidade para laborar.

Frise-se que na data do acidente, a vítima tinha apenas 21 anos de idade, pelo que certamente seria contabilizado, a título de indemnização por dano patrimonial futuro, um montante de € 254.339,82 (duzentos e cinquenta e quatro mil trezentos e trinta e nove euros e oitenta e dois centavos) de acordo com seus próprios cálculos apresentados no processo.

A verdade é que se seu advogado tivesse sido mais diligente no caso, fazendo o pedido correto, a vítima, teria sido indenizada no valor acima descrito pelos danos que ele teve com o acidente. E vislumbrando esse erro, a vítima, propôs a ação contra o advogado pleiteando o pagamento da quantia de € 254.339,82 (duzentos e cinquenta e quatro mil trezentos e trinta e nove euros e oitenta e dois centavos), bem como juros de mora à taxa legal desde a citação.

O processo prosseguiu e ao final, foi proferida sentença que julgou a ação parcialmente procedente e condenou o advogado a pagar a vítima, seu ex-cliente, a quantia de € 55.553,49 (cinquenta e cinco mil quinhentos e cinquenta e três euros e quarenta e nove centavos), sendo este absolvido do restante pedido.

No julgamento do recurso, o Tribunal entendeu que o advogado cumpriu de forma defeituosa o contrato de mandato forense outorgado pela vítima, não atuando com zelo e diligência inerentes a este contrato, que pressupõe a total e integral defesa dos interesses dos clientes, mas para que exista a obrigação de indenizar, o Tribunal teve que analisar cada elemento caracterizador da responsabilidade civil, sobretudo, o nexó de causalidade e o dano, em termos de causalidade adequada, na forma do Art. 563 do Código Civil Português.

No caso em tela, o advogado esqueceu de pedir uma indemnização por dano patrimonial futuro em decorrência da perda de capacidade de ganho. E em sendo assim, em segunda Instância, o Tribunal entendeu por manter a sentença que condenou ao advogado ao pagamento dos danos ao cliente pela sua atuação negligente, conforme acórdão abaixo:

[...] A procedência do não formulado pedido de indemnização por dano patrimonial futuro constituía uma probabilidade de tal modo alta que poderemos dar como demonstrado o nexó causal entre o facto e o “dano final” consistente no não reconhecimento ao A. de uma indemnização pelo dano patrimonial futuro referente à perda da capacidade de ganho. V – O valor correspondente à indemnização por dano patrimonial futuro não foi englobado no montante indemnizatório fixado por esta Relação no acórdão de 25-10-2007 em que este Tribunal se manteve no âmbito dos danos não patrimoniais sofridos pelo A..VI – Correspondendo o dano sofrido pelo A., atenta a conduta do R., à indemnização cujo direito não lhe foi reconhecido pelo dano patrimonial futuro decorrente da perda da capacidade de ganho, para avaliação do prejuízo haverá que considerar os elementos obtidos nestes autos que nos permitirão concluir qual o real prejuízo do A., por correspondência à incapacidade que efectivamente o afecta e, a partir daí, a quantia que o A. deixou de receber a título de indemnização por aquele concreto e verdadeiro dano.VII - A indemnização pelo dano patrimonial em causa deverá ser aferida por um critério de equidade,

tendo em conta, designadamente, a percentagem da incapacidade e as características das sequelas sofridas, a idade do lesado, o tipo de actividade por ele exercida e as remunerações auferidas, a idade de reforma da vida laboral activa e a própria esperança média de vida da população.<sup>377</sup>

E sendo assim, por conta da sua má atuação, o advogado foi condenado, pois o ex-cliente conseguiu fazer a prova do que estava alegando dentro da ação em face do patrono, e ainda, mostrou que haviam sérias chances de obtenção de sucesso naquela demanda em relação a aquele pedido que ele deixou de fazer na ação que havia sido contratado. Assim sendo, não se trata de uma mera esperança subjetiva, eis que o cliente provou nos autos que haviam chances sérias e reais, havendo assim a responsabilização do advogado por sua conduta.

O julgador agiu de forma acertada vez que se o advogado foi omissos no momento do pedido do processo inicial, fazendo que com essa conduta omissa, seu cliente tenha tido uma perda, ele terá que ser responsabilizado desde que existam serias e reais probabilidades do seu cliente ganhar esse pedido dentro da ação em que propôs.

A perda de chance dentro do mandato forense vem sendo reiteradamente discutida na Jurisprudência, e diversos casos, chegam até o Supremo. Em um caso emblemático julgado no final do ano de 2018, o STJ entendeu pela não condenação do advogado a título de perda de chance, pois após a realização do julgamento dentro do julgamento, fora verificado que não haviam chances sérias e reais que a primeira causa fosse de sucesso, assim vejamos:

I. A *perda de chance* relaciona-se com a circunstância de alguém poder ser afectado num seu direito de conseguir uma vantagem futura ou de impedir um dano, por facto de terceiro. II. Para que se considere autónoma a figura da *perda de chance*, como um valor que não pode ser negado ao titular e que está contido no seu património, importa apreciar a conduta do lesante, ponderando como requisito caracterizador dessa autonomia, se se pode afirmar, no caso concreto, que o lesado tinha uma chance, **uma probabilidade séria, real, e credível** de, não fora a actuação que a frustrou, obter uma vantagem que *probabilisticamente* era razoável supor que almejasse, e/ou que a actuação omitida, se não tivesse ocorrido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão desfavorável como o que ocorreu. III. Estando em causa uma *obrigação de meios* e não de resultado, como é o caso do contrato de mandato forense – art. 1157º do Código Civil – a omissão da diligência postulada por essa obrigação, evidencia de forma mais clara, que a *perda de chance* se deve colocar mais no campo da causalidade e não do dano, devendo ponderar-se se a omissão do procedimento postulado pelas *leges artis* inerentes foi determinante para a *perda de chance*, sendo esta real, séria e não uma mera *eventualidade, suposição ou desejo*, capaz de proporcionar a vantagem que o lesado prosseguia. IV. Importa, no caso, saber se a não formulação dos pedidos que era adequado serem formulados na referida acção, implicou *perda de chance* da Autora que visava a condenação da Ré: se tal omissão, profissionalmente desvaliosa, contendeu com um sério, real e muito provável desfecho favorável da acção, ou seja,

---

<sup>377</sup> PORTUGAL. **Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação. Processo nº 2319-08.3TBVFX.L1-2.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fc6f57d4f0c6b147802582a50054ba8b?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

se ante um patrocínio sem reparo, a Autora lograria ganho de causa. V. A condenação da Ré na referida acção não poderia ser dissociada da previsibilidade da efectiva realização do direito declarado na sentença, o que se evidenciaria, em sede de execução desse título. VI. Para haver *perda de chance* tem de haver *chance*, ou seja, estar perfilada a hipótese de ganho, que se frustra de imediato, total ou parcialmente, com a omissão cometida. No caso, se a Autora tivesse tido ganho de causa, como os factos evidenciam, não teria essa sentença possibilidade de execução ante a declarada insolvência da ré EE, Lda., – já iminente ao tempo do incumprimento dos contratos promessas. VII. Ante tal circunstancialismo, a pretensão da Autora, mesmo que tivesse tido êxito, em consequência de proficiente actuação do seu mandatário, não lograria a vantagem económica implicada na demanda contra a “EE, Lda.” face à sua declaração de insolvência: mesmo que os pedidos omitidos na acção tivessem sido formulados e a ré condenada, o que vale por dizer que não se perdeu uma chance *consistente e real*, de satisfação do crédito peticionado. VIII. O “*juízo dentro do julgamento*”, como juízo de prognose, inerente à valoração da chance, claramente aponta para a inexistência de uma chance de ganhar, consistente, séria e plausível, que se perdeu pela omissão cometida pelo Réu, enquanto mandatário da Autora na referida acção.<sup>378</sup>

No julgado acima, mais uma vez, vislumbramos os requisitos chances sérias, reais e julgamento dentro do julgamento, que são os mesmos que encontramos em quase todos os julgados portugueses.

Diante das lições de Paulo Mota Pinto:

Ainda que não se considere decisiva a objecção anteriormente exposta à indenização pela perda de chance, sempre há porém, que se apurar, no caso concreto, qual a consistência e seriedade da concreta chance processual comprometida. E sobretudo, a avaliação do resultado hipotético do processo, num julgamento dentro do julgamento, pode levar a reduzir a incerteza que caracteriza a chance.<sup>379</sup>

Tal qual ocorre no Brasil, não obstante a teoria estudada em muito ser pleiteada dentro das ações judiciais, poucos efetivamente conseguem a aludida indenização pois esbarram nos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil pela perda de chance, e a ausência dos requisitos, fazem com que a causa com pedido de perda de chance seja de insucesso, face a incerteza do dano final experimentado pela vítima.

Desta forma, sem o requisito sucesso no processo anterior em que o advogado atuou, ou atuou de forma desidiosa, não haverá no que se falar em perda de chance, sendo uma perda de tempo a propositura desta demanda já que o advogado só será responsabilizado se restar provada a perda da oportunidade séria e real.

Alinhado com essa jurisprudência, colacionamos as lições de Paulo Mota Pinto, ainda sobre o “Julgamento dentro do julgamento”:

[...] O julgamento dentro do julgamento, não é mais do que a aplicação particular a uma hipótese concreta de evento lesivo da regra geral de que o nexo causal se

---

<sup>378</sup> PORTUGAL. **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 1337/12.1TVPR.T.P1.S1.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/762207ca2abf36058025836800519b6c?OpenDocument&Highlight=0,289%2F10.7TVLSB.L1.S1>>.

<sup>379</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 799.

comprova por um juízo hipotético, arrancando da abstração mental do evento lesivo para apurar se ele foi *conditio sine qua non* do dano.<sup>380</sup>

Insta informar que essa prova importante deve ser realizada dentro do processo indenizatório contra o advogado eis que deve ser feita uma apreciação incidental neste processo para que seja apreciada a existência donexo de causalidade entre o fato cometido pelo advogado e os danos causados ao cliente, vítima<sup>381</sup>. Imperioso informar que somente esta prova é capaz de demonstrar o valor concreto das chances perdidas pelo cliente, e se houve ou não o dano invocado por ele.

Citado por Rui Cardona Ferreira, o acórdão de nº 2622/07.0TBPNF.P1.S1 do STJ Português, concluiu que: “*a mera perda de chance irreleva para efeitos indenizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indenização não ter, como regra, a função punitiva.*”<sup>382</sup>

No caso mais recente até o presente momento, julgado pelo STJ Português no que tange a perda de chance aplicável ao advogado, o cliente requereu a sua condenação pela perda de chance no pagamento de 224.945,04 € (duzentos e vinte e quatro novecentos e quarenta e cinco mil euros e quatro centavos), em virtude de sua suposta má atuação como advogado, sendo contestado pelo patrono, que em sua impugnação, alegou inexistirem quaisquer danos a serem ressarcidos ao cliente.

Na sentença de 1ª Instância, foi considerada a má atuação do patrono, e consequentemente este foi condenado ao pagamento, de além de outros danos, no dano pela perda de chance, totalizando assim o valor de € 76.033,88 (setenta e seis mil e trinta e três euros e oitenta e oito centavos).

Diante da sentença proferida pelo juízo *a quo*, o Réu, advogado, interpôs recurso de apelação, que foi acatado em parte pelo Tribunal da Relação de Lisboa, que retirou a condenação pela perda de chance, por inexistirem provas suficientes para o advogado ser condenado por este dano. Inconformado com o acórdão do Tribunal da Relação, o cliente, suposta vítima da má atuação do patrono, interpôs recurso de revista para o STJ<sup>383</sup>.

No recurso de revista, o recorrente, salienta que a d. sentença revela grandes ponderações acerca da perda de chance eis que houve má atuação do patrono, e que em 1ª

---

<sup>380</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 807.

<sup>381</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 805.

<sup>382</sup> FERREIRA, Rui Cardona - **A perda de chance revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense)**. 2013.

<sup>383</sup> PORTUGAL. **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 2743/13. 0TBTVD.L1.S1**. [Em linha].

[Consult. 06 de maio de 2019]. Disponível em WWW:

<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28ff7fa081a023ba802583be0036598b?OpenDocument&Highlight=0,perda,chance,advogado>>.

Instância foi realizado o julgamento dentro do julgamento, e nesse, ficou demonstrado que a conduta do recorrido fez com que ele além de perder a chance, teve sua situação agravada, salientando ainda a existência do grau de probabilidade de 50% (cinquenta por cento) de chances dele obter êxito naquela ação, o que se configura por si só, uma chance séria, real e credível.

Entretanto, para o STJ, no julgamento do recurso de revista, considerou que o advogado agiu de forma omissa, muito embora o autor, ex-cliente, tenha tentado comprovar que essa omissão fez com que ele não ganhasse o que pretendia, os julgadores entenderam que ele não logrou total êxito nessa comprovação. Mas, pelo nervosismo, por não ter conseguido refinanciar suas dívidas bancárias, o cliente deveria receber uma indenização de 10.000,00 € (dez mil euros) a título de danos morais, conforme acórdão publicado e abaixo na sua integralidade.

[...]. III - Para que a indemnização do dano de perda de chance processual tenha lugar não basta que, em abstracto, os termos da pretensão se apresentem com condições de viabilidade, mas antes, e bem diferentemente, que, passando por idóneo suporte probatório, se evidencie o elevado grau de probabilidade ou verosimilhança de tal pretensão; de que não fora a chance perdida e o patrocinado muito provavelmente obteria – ao menos em certa medida – a procedência dessa mesma pretensão. IV - Tal evidenciação da exigida probabilidade pressupõe a realização do chamado “julgamento dentro do julgamento” relativamente ao qual o lesado deve fornecer os elementos para prova de qual teria sido o resultado do processo frustrado, enquanto ao tribunal cumpre fazer uma apreciação ou prognose póstuma sobre o resultado desse processo frustrado. V - No caso presente, posto que não se possa ter por completamente excluída a probabilidade de o ora autor haver logrado evitar o prejuízo resultante da acção, não fora a conduta negligente assumida pelo réu, não vai tal probabilidade além disso, ou seja, não se apresenta dotada do requisito de elevada probabilidade ou verosimilhança, indispensável para que a chance ou oportunidade como tal perdida se perfile susceptível de fundamentamente assegurar àquele uma indemnização. VI - Pode, contudo, ser fixada uma indemnização pelos danos não patrimoniais comprovadamente sofridos pelo ora autor com a negligente conduta do seu mandatário, a qual se mostra adequado ser fixada em € 10 000,00, por resultar provado que o autor: (i) sofreu, nomeadamente, ansiedade, nervosismo e estado depressivo após ter tido conhecimento das condutas do réu; (ii) vive num estado de desespero e inquietação por causa do agravamento da sua situação financeira, o que afectou a sua vida profissional e familiar e; (iii) em consequência das penhoras entretanto efectuadas sobre os seus imóveis teve dificuldade em renegociar empréstimos junto da sua instituição bancária e teve de recorrer à ajuda de amigos e familiares<sup>384</sup>.

E assim, vislumbramos mais um caso em que Portugal nega a perda de chance mesmo havendo provas da má atuação do advogado, tudo por não haver o requisito chances sérias, reais e efetivas que haveria sucesso na causa que foi perdida pela desídia do patrono, mas tal qual com ocorre no Brasil, o Tribunal Português, decidiu mesmo sem chances sérias e reais, a condenar o advogado ao pagamento de danos morais, o que no nosso entender não é o correto,

---

<sup>384</sup> PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 2743/13. 0TBTVD.L1.S1

pois ou há a perda de chance ou não há a perda de chance, e se não há, não deverá existir nenhuma indenização ao cliente.

No caso acima, entendemos que diante do que fora pesquisado até aqui, o advogado não deveria ter sido sequer condenado ao pagamento de nenhum valor, mas certamente o fato do advogado não ter sido condenado pela perda de chance foi acertada pelo STJ eis que, de acordo com o acórdão, não houve prova que foi a conduta negligente do advogado que causou o dano.

Tais pedidos de perda de chance negados pelos Tribunais Portugueses têm a ver com a dificuldade de termos a certeza do dano, bem como a ausência denexo de causalidade entre a conduta realizada pelo Réu e o dano causado à vítima, cliente. Nos casos analisados, os julgadores sempre condicionam a reparação pela perda de chance a existência de uma chance séria e real, e que a vítima faça prova disso, e essa prova é sempre realizada através do estudado “julgamento dentro do julgamento.”

Em trecho extraído do acórdão nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, em julgamento do recurso de revista, o relator aduz:

A sua chance de não ser condenado era mínima, não credível, e por isso, não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da Ré Advogada tenha sido a causa directa, imediata de não ter sido absolvido na ação de regresso, implicando perda dessa chance.<sup>385</sup>

Assim, verificamos que o relator ao fazer a clara afirmação que as chances eram mínimas, acaba afirmando que as chances existiam, mas para ele, desprovidas de qualquer seriedade, dentro do seu próprio julgamento. Frise-se que o nexode causalidade não deve ser mensurado pelo julgador no que tange ao dano final, mas sim na chance que foi perdida pela vítima, como sendo um dano autônomo, que é o que grande parte da doutrina portuguesa assevera.

Concluimos que a teoria da perda de chance vem sendo aplicada nos Tribunais Portugueses, porém, não é com tanta frequência a sua aplicabilidade ao advogado, mas sim em outros temas conforme verificamos nos acórdãos colacionados acima, pois ainda há uma grande resistência dos julgadores na aplicação desta nova espécie de dano ao advogado.

---

<sup>385</sup> PORTUGAL. **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 824/06.5TVLSB.L2.S1.** [Em linha]. [Consult. 06 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f717?OpenDocument&Highlight=0,824%2F06.5TVLSB.L2.S1>>.

## **5.5 Elementos distintivos e semelhantes da Perda de chance no exercício da advocacia em análise as jurisprudências Brasileiras e Portuguesas.**

Em relação aos pedidos de perda de chance estudados tanto no Brasil quanto em Portugal, verificamos a existência de casos similares nas ações, tais como: perda de prazo para recurso, perda de prazo para contestar, realização de acordos sem a parte concordar, fazendo com que a parte perca valores voluptuosos, pedidos mal formulados onde o cliente deixa de ganhar algo que tinha direito, perda de prazo para ingressar com uma demanda, que acaba prescrevendo, dentre outros.

Ao verificarmos de forma minuciosa a jurisprudência brasileira, encontramos um tratamento diferenciado do instituto nos diversos Tribunais de Justiça, onde em alguns casos, o dano pela perda de chance é afastado, e quantificado em dano moral, justamente pela dificuldade nonexo de causalidade entre o fato imputável ao advogado e o dano final invocado pela vítima. No Brasil, pouco se fala em dano final, já em Portugal se fala em dano final de forma mais corriqueira.

Em Portugal, o tratamento dado ao instituto utilizado é mais convergente em todos os Tribunais, tal qual não ocorre no Brasil. O tratamento dado em Portugal é mais sério, posto que entendemos nas nossas pesquisas que o julgador julga o caso com mais seriedade a fim de verificar a existência da verdadeira chance do cliente, para que posteriormente, o advogado seja responsabilizado.

No Brasil, para que a perda de chance seja acolhida, devem ser provadas as chances sérias e reais, e que o cliente/vítima mostre ao juiz que tinha condições de ganhar a primeira causa perdida e que esse insucesso se deu pela falha do seu patrono, vez que é ônus da vítima provar a culpa do advogado, por estarmos diante da responsabilidade civil subjetiva do patrono. Em Portugal, esse mesmo requisito foi visualizado nos julgados analisados, vez que para a existência desse dano, se faz obrigatória a presença de chances credíveis, sérias e reais de obtenção do ganho da causa, além de uma probabilidade razoável.

Nos diversos julgados analisados e colacionados neste capítulo, verificamos a dificuldade do julgador brasileiro em quantificar a perda de chance em danos materiais, vez que ele deveria ser enquadrado nessa modalidade de dano, mas do contrário, quando não há certeza do dano pela perda de chance, o julgador quantifica como dano moral, usando a chance perdida apenas como um agravante para o dano moral, tal qual não ocorre em Portugal, eis que de forma acertada, o julgador Português quantifica a perda de chance em

danos patrimoniais, e em alguns casos, dependendo do dano da vítima, ainda quantifica em danos morais, mostrando assim a clássica diferença entre essas espécies de danos.

Por vezes, mesmo que o advogado perca um prazo fatal para um recurso, ou para uma contestação, ele não é responsabilizado pela perda de chance, mesmo falhando em sua atuação como patrono, salientando que de acordo com a maioria da doutrina brasileira, a indenização pela perda de chance deverá ser pela oportunidade perdida, e não pelo dano final., mas os julgadores fazem um juízo de valor no que tange ao dano final nos casos da perda de chance na advocacia visando afastar julgamentos injustos.

Porém, há a alegação, em muitos julgados que a perda de chance exige a privação de uma oportunidade, e quando o cliente não prova isso, não há no que se falar em quantificação por esse dano. Aceitar o contrário, certamente faria com que tivéssemos muitas decisões injustas pois o advogado seria responsabilizado ainda que não tivesse tido sucesso o fim da demanda em que falhou.

Insta salientar que conseguimos vislumbrar em poucos julgados brasileiros, alguns casos em que houve a responsabilização do patrono pela perda de chance em danos materiais, e sendo negados os danos morais, o que em nosso entender é a decisão mais correta. Mas em Portugal, quando o advogado erra, e esse erro tem reflexo na esfera subjetiva da vítima, este patrono também é condenado ao pagamento dos danos morais, o que realmente é possível pois são danos distintos.

Mas, no Brasil, não conseguimos vislumbrar que a doutrina seja convergente nesse sentido, havendo a grande necessidade de muito mais estudo sobre esse tema, e que ele seja pacificado para que não tenhamos tantas decisões contraditórias como temos nos dias de hoje.

Cabe frisar que diante da doutrina e jurisprudência brasileiras, não vislumbramos nos requisitos o julgamento dentro do julgamento, que é de suma importância para a caracterização e mensuração do dano pela perda de chance, frise-se que em um dos julgados colacionados, verificamos que o STJ fez um juízo de valor da primeira causa perdida pelo advogado que levou o seu cliente a lhe processar.

E com isso, em um julgamento justo, o STJ entendeu que o advogado não agiu de forma errada no processo em que fora contratado por aquele cliente, eis que de acordo com o julgador havia vasta jurisprudência no tema no sentido de negar o pedido que havia sido pleiteado.

De acordo com o doutrinador Rafael Petefi Silva no tocante a esse assunto:

Mesmo nos casos em que a chance perdida constitui um dano autônomo, o rigor da distinção entre os requisitos da responsabilidade civil não deve ser menor. O

advogado que deixa de propor uma ação em tempo hábil, fazendo prescrever o direito do seu cliente, incorre em falha grave. Entretanto, o dano do cliente não tomará grandes proporções se o causídico provar que as chances de êxito da demanda eram muito baixas. [...]o que há é a falta denexo causal entre a conduta do réu e o dano final (valor da causa), restando a reparação de um prejuízo específico: as chances perdidas.<sup>386</sup>

Ou seja, há essa indicação na doutrina brasileira sobre o assunto, porém sem o nome específico: julgamento dentro do julgamento, que consideramos muito importante para uma boa análise de cada caso concreto.

É imperioso salientar em específico ao tratamento dado a perda de chance em Portugal, é que sempre deverá ser feito o julgamento dentro do julgamento, e isso está previsto em todos os julgados analisados, pois o julgador português jamais condena ou não condena o advogado pela perda de chance sem fazer uma análise hipotética da primeira ação em que houve a suposta falha do patrono.

De acordo com as lições de Paulo Mota Pinto:

A conclusão a que se chegou- a de que, mesmo a admitir-se a indenização por perda de chance processual, sempre esta teria de ser uma chance real e séria, a determinar num “julgamento dentro do julgamento” realizado incidentalmente pelo tribunal da indenização, para apurar como teria sido decidido o recurso pelo respectivo tribunal.<sup>387</sup>

Imperioso frisar ainda que o grande problema da perda de chance identificado pelo Prof. Dr. Ricardo Pedro, é, em suas lições: “O problema situa-se sempre perante os hards cases, revelando a necessidade de superar a lógica do tudo ou nada, e sempre lançando mão de um juízo de probabilidade, face a uma situação aleatória potencialmente idônea a produzir um certo resultado.”<sup>388</sup>

Nos filiamos a mesma posição do Prof. Dr. Ricardo Pedro no que tange a perda de chance uma vez que a chance precisa ir além de uma mera expectativa para haver indenização, salientando que essa nova espécie de dano precisa dar respostas a situações em que haja probabilidade relevante e séria de ser obtida uma vantagem, ou de evitar uma certa desvantagem a vítima<sup>389</sup>.

Ainda de acordo com o mesmo autor, diante de uma situação concreta, o julgador deverá superar a lógica existente do tudo ou nada, e onde existir uma probabilidade séria, diante de uma situação aleatória e verdadeiramente idônea a ser realizado um determinado

---

<sup>386</sup> SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2013, p. 237.

<sup>387</sup> PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. 2018, p. 811.

<sup>388</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 377.

<sup>389</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 378.

resultado, aplicar a perda de chance, desde que estas chances forem além da mera expectativa, fazendo um cálculo da indenização com critérios de probabilidade<sup>390</sup>.

Nos filiamos a posição do Prof. Ricardo Pedro, contudo, entendemos diante do nosso estudo que é uma grande dificuldade, tanto da doutrina quanto da jurisprudência classificarem bem como quantificarem esse dano oriundo da perda de oportunidade, conforme vislumbramos no item que abordamos sobre as jurisprudências.

É preciso dar uma resposta a vítima que teve uma oportunidade frustrada, o direito e a justiça não podem fechar os olhos para essa novidade da responsabilidade civil, e é por isso que sempre que houverem fortes probabilidades, deverá existir a indenização, e isso já vem ocorrendo tanto no Brasil quanto em Portugal.

Ante ao exposto, entendemos que ambos os países possuem vasta jurisprudência no assunto e convergem bastante em alguns pontos dos julgamentos, mas na questão em comento, no caso do patrono, Portugal sai na frente do Brasil justamente pelo fato de sempre ser realizada uma análise minuciosa quanto ao sucesso da ação anterior, no requisito, que é no nosso entendimento o mais importante: o julgamento dentro do julgamento, requisito este não citado pela doutrina e jurisprudência brasileira.

---

<sup>390</sup> PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. 2016, p. 381.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho de dissertação de mestrado teve como intuito esclarecer sobre o instituto perda de chance e como ele vem sendo aplicado no que tange ao advogado com uma pesquisa recente e profunda na aplicabilidade desta teoria envolvendo o profissional advogado no exercício de seu mandato.

Respondemos com a nossa pesquisa a seguinte indagação: *Atualmente é possível um advogado ser responsabilizado pela perda de chance? Como essa questão vem sendo julgada pela Jurisprudência do Brasil e de Portugal?*

Descobrimos ao longo da pesquisa que é possível que advogado exercendo o seu mandato tanto no Brasil quanto em Portugal, podem ser responsabilizados pela perda de chance mas para isso, alguns requisitos devem ser observados.

Para respondermos essa pergunta, dividimos o trabalho em 5 capítulos. Inicialmente, no capítulo primeiro, foi estudada a origem histórica da responsabilidade civil bem como suas espécies, onde encontramos, diante da nossa pesquisa, a responsabilidade civil contratual, oriunda de um contrato firmado pelas partes, tal qual ocorre com o advogado, e a responsabilidade extracontratual, ou aquiliana já que é proveniente da *lex aquilia*, que é aquela em que não há contrato entre as partes.

Importante questão estudada no início deste trabalho foi a diferenciação acerca da responsabilidade civil subjetiva e a objetiva diante da análise da culpa, salientando que no tocante ao advogado é aplicado no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, que assevera que o profissional liberal só responde mediante comprovação da culpa. Sendo certo que na legislação portuguesa, a questão apresenta bastante semelhança, existindo ainda a possibilidade do patrono ser condenado pela presunção de sua culpa. Além do mais, ainda foram estudadas as responsabilidades que se apresentam em Portugal, como a pelo sacrifício, pelo risco, que também existe no Brasil, e pelos atos lícitos.

Verificamos ainda que as funções da responsabilidade civil são várias, incluindo a reparatória, ressarcitória e sancionatória, eis que o que se pretende na maioria dos processos judicial que envolvem a responsabilidade civil é o retorno do *status quo* anterior a existência do dano.

No segundo capítulo, abordamos de forma especificada e bem detalhada, todos os requisitos sem os quais a responsabilidade civil inexistente, verificando se há semelhança ou divergência quanto a esses requisitos nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Insta mencionar que não há responsabilização civil de quem praticou um dano se não estiverem

presentes seus elementos, tais como conduta humana (facto), ilicitude, nexos de causalidade, culpa e dano.

No tocante ao nexo causal, estudamos no segundo capítulo seu conceito, que é o *liame subjetivo entre a conduta humana e o resultado dano*, demonstrando ser esse requisito de muita importância para as ações que versem sobre responsabilidade civil. No mais, trouxemos as teorias que explicam o nexo causal, sendo elas a da *conditio sine qua non*, que não vem sendo utilizada, a da causalidade adequada, a do dano direto e imediato, e ainda, a do escopo da norma violada. Descobrimos que no Brasil, e em Portugal não existe uma regra no tocante a teoria do nexo causal.

Ao analisarmos os demais elementos da responsabilidade civil, nos deparamos com um dos mais importantes, que é o dano, sem o qual não há no que se falar em responsabilidade civil, tendo em vista que toda conduta humana ilícita deverá desembocar em um resultado danoso para a vítima.

Sendo assim, verificamos que os danos podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, se revelando como um prejuízo ao patrimônio da vítima, ou ao que ela deixou de lucrar, ou ainda, pode ser um dano ao seu psicológico, que é o chamado no Brasil, de danos morais, e em Portugal de danos extrapatrimoniais, eis que foge a esfera do patrimônio da vítima, sendo um dano completamente subjetivo, e conseqüentemente mais difícil de ser mensurado pelo julgador.

No momento do estudo dos danos, verificamos que as doutrinas brasileiras e portuguesas já reconhecem o dano pela perda de chance como um dano passível de ser quantificado, sendo este um dano pela oportunidade perdida ou pela perda da possibilidade de fazer algo, surgindo assim uma nova vertente da responsabilidade civil.

Insta trazer à baila que o tema da perda de chance se revelou muito interessante em ser pesquisada com mais profundidade, pois traz uma nova abordagem a responsabilidade civil, salientando que esta teoria vem sendo muito discutida pela doutrina e jurisprudência, que já reconhecem essa nova modalidade de dano, que era até então negada pelos tribunais, e a doutrina não tinha muita simpatia.

Negar a possibilidade de reparação da vítima pela perda de chance seria um retrocesso, pois por mais que esse dano seja um pouco mais difícil de ser provado, devido a existência de vários requisitos, é muito cristalino que uma pessoa que tem a chance negada ou perdida, em virtude de uma conduta causada por um agente praticante de ato ilícito, deve ter o seu dano reparado, salientando que vigora na responsabilidade civil o princípio da restituição integral.

Logo, se a vítima teve um dano, e esse dano se exteriorizou na forma de perda da oportunidade, não tem por que à vítima não ser indenizada.

E assim, estudamos de forma específica a perda de chance no capítulo terceiro, quando verificamos que ela teve sua origem na França, e posteriormente começou a ser aplicada na Itália, e após isso, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, incluindo Brasil e Portugal, que possuem muitos processos fundados na estudada teoria.

Contudo, uma das grandes problemáticas enfrentadas na pesquisa, foi esclarecer qual a natureza jurídica do dano pela perda de chance, salientando que no Brasil, há muita divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência pois, por vezes, quantificam como dano moral, e outras como dano moral.

Alguns autores brasileiros, tais como Sérgio Cavalieri asseveram que a perda de chance não possui natureza nem de dano moral e nem de dano material, sendo uma terceira espécie de dano entre o material e o moral, vez que fica no “meio do caminho”, podendo ser classificado como uma terceira espécie de dano.

Ocorre que, não foi exatamente isso que vislumbramos ao longo de nosso estudo tendo em vista que ao percorremos as mais diversas jurisprudências acerca da perda de chance, verificamos que os julgadores não tem uma convergência no que tange a classificação do instituto e por muitas vezes acabam quantificando a perda de chance de forma errônea.

Insta consignar que a perda de chance não pode ser caracterizada como dano moral uma vez que a causa do dano é distinta. Na perda de chance, é indenizada a oportunidade perdida de obtenção de uma vantagem ou de se evitar um prejuízo, que diverge do dano moral uma vez que de acordo com a nossa pesquisa, este é o sentimento que abala a moral de uma pessoa em virtude de um ato ilícito, e com isso, não tem absolutamente nada a ver com a perda de chance.

Fato é que muitos julgadores tem usado a perda de chance para majorar ou quantificar danos morais de forma equivocada, pois a oportunidade perdida é uma nova espécie de dano, que tem como causa uma questão diferente do dano material ou do moral.

Em Portugal, o dano pela perda de chance é considerado por grande parte da doutrina como dano autônomo, em que pese ser um dano distinto do dano final. Contudo, há uma parte dos doutrinadores que entendem que esse dano deve ser caracterizado como emergente, sendo uma espécie de dano patrimonial uma vez que a destruição da chance perdida seria a causadora de uma perda no patrimônio da vítima.

Cabe trazer à colação uma passagem citada por Durval Ferreira, em sua obra sobre perda de chance acerca desse assunto: *Assim, o dano de “perda de chance” apresenta as*

*características de dano autónomo, dano presente, dano emergente e dano certo (o sublinhado é nosso)*<sup>391</sup>.

Desta forma, não chegamos a uma conclusão exata sobre este tema uma vez que não há uma pacificação quanto a natureza jurídica do dano, que hoje se apresenta em suas mais variadas espécies, dependendo da análise e motivação de cada julgador.

O fato que é inquestionável é que a perda de chance ganhou muita amplitude nos últimos anos, e vem sendo aplicada de forma reiterada com análise dos elementos caracterizadores desse novo modelo de responsabilidade, ou seja, a chance perdida deve ser séria, real, e deve haver probabilidades que ela seria de sucesso. E assim sendo, a probabilidade é um dos requisitos primordiais nos casos de perda de chance.

Fizemos, no capítulo 3 um paralelo entre a perda de chance aplicada no Brasil, e a aplicada em Portugal, abordando de forma especificada quais os elementos caracterizadores desse modelo em cada um dos ordenamentos jurídicos, sendo estes semelhantes mas diferentes em alguns aspectos. Ainda nesse capítulo, estudamos de forma aprofundada a jurisprudência do Brasil e de Portugal no que tange a perda de chance, momento em que tivemos a certeza que esta teoria tem ganho força nos Tribunais em seus mais variados pedidos, podendo ser na esfera médica, contratual, administrativa, trabalhista, do advogado, dentre outras.

É inegável que os Tribunais vem aplicando esta teoria, entretanto, verificamos a existência de muita cautela do julgador no momento da análise de cada caso concreto, onde eles não podem ser injustos, devendo ser feito um cálculo de probabilidade da chance perdida bem como devem analisar se as chances perdidas eram sérias, reais ou não passavam de um fato hipotético e desprovido de qualquer certeza, eis uma grande dificuldade: verificar se a oportunidade perdida se revelava como séria.

Passada a análise da perda de chance em si, o presente trabalho procurou abordar de forma simples, objetiva e clara sobre a responsabilidade civil do advogado uma vez que o tema central da pesquisa gira em torno do exercício da advocacia. Sabemos que o advogado, de acordo com as legislações, é indispensável para a boa administração da justiça, sendo uma figura que exerce uma função de extrema importância na sociedade.

Ainda nesse capítulo, fizemos um estudo minucioso da obrigação que o advogado tem para com seu cliente, que é a obrigação de meio, sendo esta a obrigação que o patrono tem de realizar todos os meios para que haja o sucesso final na causa do seu cliente, sem contudo,

---

<sup>391</sup> FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance**. 2017, p. 59.

estar obrigado a qualquer resultado de sucesso vez que existem situações que fogem a esfera do advogado por melhor e mais qualificado que ele seja.

Nenhum advogado pode afirmar para o seu cliente que a causa está 100% ganha, pois se assim ele afirmar, estará se obrigando para com o seu cliente, com uma obrigação que não tem de acordo com a legislação, que é a de resultado. Por obrigação de resultado, entendemos como aquela em que o devedor se obriga a dar um resultado final ao credor, que não é o caso do patrono, que deve agir com zelo, prudência, cautela, diligência, e empenhando todos os seus esforços para o êxito da causa, mas se perder agindo com todos esses cuidados, não poderá ser responsabilizado pelo fracasso da demanda.

E finalizando a nossa pesquisa, abordamos no capítulo quinto, a aplicabilidade da teoria da perda de chance ao advogado no exercício do seu mandato. Será possível o advogado ser responsabilizado civilmente pelo fato de ter perdido a chance que seu cliente tinha dentro de um determinado processo judicial?

Insta frisar que a chance corresponde a um percentual de probabilidade que a vítima tinha de alcançar uma determinada vantagem, devendo ser investigado dentro de uma determinada situação, qual o grau dessa probabilidade perdida pela vítima, ou se não passava de uma chance desprovida de qualquer certeza.

E sendo assim, fizemos uma análise em toda a jurisprudência recente dos Tribunais de Justiça do Brasil, onde foram pesquisados casos no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul e em Brasília, além de pesquisarmos no Superior Tribunal de Justiça, que é a esfera máxima de tais pedidos na Justiça Brasileira.

Em tais pesquisas, conseguimos concluir que o advogado vem sendo processado de forma reiterada por seus clientes pela perda de chance, porém, os Tribunais têm tido muita cautela na aplicabilidade da perda de chance no caso concreto pois essa aplicação desenfreada, poderia levar a grandes injustiças aos advogados, que nem sempre perderam causas em virtude de sua má conduta.

O fato do advogado por si só perder um prazo, não quer dizer que foi o causador do insucesso do processo, e é assim que entende a jurisprudência dominante brasileira. Há que se fazer uma análise minuciosa se o processo perdido realmente tinha chances de obtenção de sucesso caso o advogado tivesse tido uma outra conduta, ou se tratava de uma chance desprovida de qualquer seriedade e razoabilidade.

Desta forma, nem sempre perder um prazo, ou deixar de propor uma ação que está prescrevendo, ou deixar de contestar uma demanda, faz com que o advogado seja condenado

pela perda de chance eis que no caso concreto, os julgadores fazem uma análise da possibilidade de sucesso da causa perdida que ensejou aquele processo de perda de chance.

Colacionamos diversas jurisprudências onde o advogado foi condenado, e em outras que não houve responsabilização do patrono haja vista que em muitas, não ficou provado que o fato do advogado ter agido de forma omissa, negligente, imprudente ou imperita foi a causa da perda do processo.

Inegável que hoje em dia vivemos no Brasil, uma sociedade litigante, que quando se sente lesada, vai à justiça para processar seja quem for, e não é diferente em se tratando do advogado, que mesmo sendo diligente, atencioso e cauteloso, pode perder uma causa, e sendo assim, o cliente, pessoa leiga não entende os procedimentos adotados no processo, e acaba achando que a culpa do insucesso foi do patrono quando na verdade não foi, e é por isso que é importante a manutenção da responsabilidade civil subjetiva do patrono, onde deve ser aferida dentro do processo judicial a sua culpa para fins de responsabilização.

E para finalizar, fizemos a mesma pesquisa que fora realizada nos tribunais brasileiros, nos portugueses, com uma busca criteriosa acerca de julgados que invoquem a perda de chance, e percebemos que há um grande rigor em Portugal no momento da aplicabilidade desta teoria nos processos fundados em perda de chance do advogado, mas em todos os julgamentos de casos como estes, é realizado o “julgamento dentro do julgamento.”

Esse requisito verificado em todos os casos analisados, é aquele em que o julgador da ação em que o cliente pleiteia a perda de chance do advogado, faz uma análise, julgando o caso anteriormente perdido pelo advogado para verificar se havia ou não chances sérias, concretas e reais do ganho da causa, caso o advogado não tivesse falhado no exercício do seu mandato.

Por conta disso, o estudo da jurisprudência se mostrou importante pois em alguns casos, os advogados negligentes responderam perante a Ordem dos Advogados, pagando inclusive multa pela falha, porém, não foram condenados pela Justiça em virtude dos julgadores não verificarem que a falha do advogado tenha trazido qualquer perda de oportunidade séria ao cliente, não passando de meras suposições.

Finalizamos nosso estudo afirmando que houve um grande avanço no que tange a esse instituto que se revela novo e ao mesmo tempo já antigo, uma vez que há uma gama de julgados acerca do assunto, mas é notório que ainda deve haver, tanto no Brasil, quanto em Portugal, uma maior atenção dos doutrinadores já que são eles que dão base aos julgados, salientando que há uma grande confusão nos julgamentos da perda de chance pois cada julgador aplica de uma forma distinta e como uma espécie de dano.

O que se mostrou inegável diante da pesquisa, é que a perda de chance, mesmo havendo toda essa divergência na jurisprudência de ambos os países, ganhou uma expressividade muito grande ao longo dos últimos 20 anos, mas em Portugal ganhou mais força de 2013 para cá, e no Brasil, aproximadamente, em 2003.

## REFERÊNCIAS

ABC DO DIREITO. **Aula sobre a evolução histórica da responsabilidade civil.** [Em linha]. [Consult. 02 de janeiro de 2018]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.abcdodireito.com.br/2010/08/evolucao-historica-responsabilidade.html>>.

BARBOSA, Ana Mafalda Neves de Miranda - **Lições de responsabilidade civil.** Cascais: Principia, 2017.

BRANCO, Marina. **Nos Jogos de Atenas, Vanderlei Cordeiro perde o ouro na maratona após empurrão.** [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/nos-jogos-de-atenas-vanderlei-cordeiro-perde-ouro-na-maratona-apos-empurrao-19749035>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Art. 5.º, inciso X. [Em linha]. [Consult. 05 de jan. de 2018]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>.

\_\_\_\_\_ - Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001. **Institui o Código Civil.** [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

\_\_\_\_\_ - Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** [Em linha]. [Consult. 27 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.html)>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial. Processo n.º 788459 BA 2005/0172410-9.** [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9>>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no Recurso Especial. Processo nº 1321606.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1228408&num\\_registro=201102373280&data=20130508&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1228408&num_registro=201102373280&data=20130508&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial.** [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019] Disponível em WWW: <URL: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141009-06.pdf>>.

\_\_\_\_\_ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 821.004/MG. [Em linha]. [Consult. 14 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.stj.jus.br>>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1.079.1850-MG.** [Em linha]. [Consult. 14 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>>.

\_\_\_\_\_ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 788.459-BA. [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.stj.jus.br>>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 2011/0267279-8.** [Em linha]. [Consult. 23 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142684782/recurso-especial-n-1291247-rj-do-stj>>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 821.004/MG .** [Em linha]. [Consult. 25 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_821004\\_MG\\_1286243419035.pdf?Signature=mMhfH7Y%2Fowl4q9nu9Ep7xcl2mqk%3D&Expires=1557862717&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b15e562615c8d2c13a3c907ede4656ba](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_821004_MG_1286243419035.pdf?Signature=mMhfH7Y%2Fowl4q9nu9Ep7xcl2mqk%3D&Expires=1557862717&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b15e562615c8d2c13a3c907ede4656ba)>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1758767-SP.** [Em linha]. [Consult. 08 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88699125&num\\_registro=201402903835&data=20181015&tipo=5&formato=PDF%20\[em%20linha\]%20\[acesso%20em%2008%20de%20maio%20de%202019\]](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88699125&num_registro=201402903835&data=20181015&tipo=5&formato=PDF%20[em%20linha]%20[acesso%20em%2008%20de%20maio%20de%202019])>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1210732 / SC.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1210732&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1210732&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1.190.180/RS.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1020806&num\\_registro=201000685378&data=20101122&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1020806&num_registro=201000685378&data=20101122&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível. Processo nº 00014536-41.2014.8.07.0006.** [Em linha]. [Consult. 08 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1160782](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1160782)>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível: Processo nº 0256441-53.2016.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F75900D22F1C328CB06D8C26D3AA942DC509362C3E49&USER=>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Processo nº 0448475-94.2012.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046A5F61F5513E1D90DCEA58D0ECD36FC1CEC5093A5C1F>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Processo nº 0226740-47.2016.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 04 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049F00D11923BCEAE868AA6408B49CE782C5075E444446&USER>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0013431-37.2013.8.19.0036.** [Em linha]. [Consult. 28 de abr. de 2019]. Disponível em [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br).

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0043438-20.2013.8.19.0001.** [Em linha]. [Consult. 28 de abr. de 2019]. Disponível em [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br).

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Processo nº 0008261-03.2007.8.21.7000.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: Processo nº 598069996.** [Em linha]. [Consult. 13 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tjrs.jus.br>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: Processo nº 91064837.** [Em linha]. [Consult. 12 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tjrs.jus.br>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: Processo nº 0323723-38.2018.8.21.7000.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

CARDONA, Rui Ferreira - **Indemnização do interesse contratual positivo e a perda de chance (em especial na contratação pública).** Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1943-2

CAVALIERI FILHO, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-84-224-8566-9

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil.** [Em linha]. [Consult. 04 de mar. de 2018]. Disponível em WWW: <URL: <https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>.

CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil, Volume 8: Direito das Obrigações: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4221-3

COSTA, Mário Júlio Almeida - **Direito das Obrigações.** 11ª ed. Lisboa: Almedina, 2008. ISBN 978-972-403-474-4.

DIAS, José de Aguiar - **Da responsabilidade civil.** 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 7: Responsabilidade Civil.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - **Direito das Obrigações.** Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 978-972-400-455-6

FERREIRA, Durval - **Dano da perda de chance.** 2ª ed. Porto: Vida Económica, 2017.

FERREIRA, Rui Cardona - A perda de chance revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense). **Separata da Revista da Ordem dos Advogados.** Lisboa. ISSN: 73:IV (2013)

FRADA, Manuel A. Carneiro da - **Direito Civil: Responsabilidade Civil. O Método do Caso.** Lisboa: Almedina, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil**. 13ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-850-262-354-5

\_\_\_\_\_ - **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1572-9

GOMES, Vieira Júlio - Sobre o dano da perda de chance. **Direito e Justiça**: Universidade Católica Editora Unipessoal. Lisboa. ISSN:. XIX:II (2005).

GOMES, Vieira Júlio - Sobre o dano da perda de chance. **Direito e Justiça**: Universidade Católica Editora Unipessoal. Lisboa. ISSN:. XIX:II (2005)

GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro, Volume 2**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08671-5.

\_\_\_\_\_ - **Direito civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61730-8.

\_\_\_\_\_ - **Responsabilidade civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20633-5

LISBOA, Roberto Senise - **Manual de Direito Civil, Volume 2: obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 978-852-032-566-7

MEALHA, Esperança - **O dano da perda de chance na jurisprudência do Tribunal de Justiça Européia**. Braga: CEJUR, 2017.

MELO, Raimundo Simão de - **Indenização pela perda de uma chance**. [Em linha]. [Consult. 12 de abr de 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>.

MONTEIRO, J. Ferreira Sinde – **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROOSENVALD, Nelson - **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-1408-1.

PEDRO, Ricardo - **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça. Fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. Tese de doutoramento. ISBN 978-972-40-6607-3

PINTO, Paulo Mota - **Direito Civil: Estudos**. Coimbra: Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-54076-2-0. p. 763-4.

PORTUGAL. **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 2743/13. 0TBTVD.L1.S1**. [Em linha]. [Consult. 06 de maio de 2019]. Disponível em WWW:

<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28ff7fa081a023ba802583be0036598b?OpenDocument&Highlight=0,perda,chance,advogado>>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 824/06.5TVLSB.L2.S1.** [Em linha]. [Consult. 06 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f717?OpenDocument&Highlight=0,824%2F06.5TVLSB.L2.S1>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação. Processo nº 2319-08.3TBVFX.L1-2.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fc6f57d4f0c6b147802582a50054ba8b?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação. Processo nº 3215/14.0T8LSB-7.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8bea8fd5162b1ea0802582cf004d0d73?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 1682/14.1TBSTS.P1.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a20813d77d30b24a802583d10045abda?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 540/13.1T2AVR.P1.** [Em linha] [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument&Highlight=0,perda,e,chance,e,advogado>>.

\_\_\_\_\_ - **Constituição da República Portuguesa**, de 02 de abril de 1976. “Artigo 208.º. Patrocínio forense. A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”. [Em linha]. [Consult. 27 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL:[http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?sidc=31690&idc=1&idsc=54532&ida=109035](http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31690&idc=1&idsc=54532&ida=109035)>.

\_\_\_\_\_ - Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil.** [Em linha]. [Consult. 02 de jan. 2018]. Disponível em WWW: <URL:[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo)>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 1337/12.1TVPRT.P1.S1.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/762207ca2abf36058025836800519b6c?OpenDocument&Highlight=0,289%2F10.7TVLSB.L1.S1>>.

\_\_\_\_\_ - **Superior Tribunal de Justiça. Revista. Processo nº 488/09.4TBESP.P1.S1.** [Em linha]. [Consult. 04 de maio de 2019]. Disponível em

\_\_\_\_\_ - **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 455/14.6TBGDM.P1.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f7a8116c03f74ab980258213003feed9?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>>.

\_\_\_\_\_ - **Tribunal da Relação do Porto. Apelação. Processo nº 540/13.1T2AVR.P1.** [Em linha]. [Consult. 05 de maio de 2019]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>>.

RANGEL, Emanuel de Freitas - **A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia - A perda de chance no mandato judicial. **Revista do Ministério Público.** Lisboa. ISSN: 1:1 (2014).

ROCHA, Nuno Santos - **A Perda da chance como uma nova espécie de dano: Ideias Jurídicas.** Coimbra: Almedina: 2015. ISBN 978-972-40-5443-8.

ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone - **Direito Civil, Volume 6: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2007.

SALOMÃO, Lúcia. **Responsabilidade Civil: A Teoria da Perda de uma Chance.** [Em linha]. [Consult. 14 de abr. de 2019]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.jurisway.org.br/v2/cursosentrar.asp?id\\_curso=757](http://www.jurisway.org.br/v2/cursosentrar.asp?id_curso=757)>.

SAVI, Sérgio - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-852-247-2307

SILVA, Rafael Peteffi - **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** 3. ed. São Paulo:Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7535-3.

TARTUCE, Flávio - **Direito Civil, Vol. 2: Teoria das obrigações e da responsabilidade civil.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VARELA, Antunes - **Das obrigações em geral.** 7ª. ed., rev. e atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil, Volume 4: Responsabilidade Civil.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-852-245-355-9.

\_\_\_\_\_ - **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 85-224-3955-9.