

OS REFLEXOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO CPC/2015 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE: ANÁLISE COMPARADA COM O DIREITO PORTUGUÊS

Renata Oliveira Almeida Menezes¹

Bianca Regina Ramos Magalhães²

Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega Magalhães³

Resumo: O presente artigo analisa a teoria da perda de uma chance - a responsabilidade civil pela frustração de uma oportunidade, que valora o ilícito, mais do que a vítima. No Direito lusitano as opiniões se dividem: de um lado há a necessidade de evitar decisões extremadas e a fixação do *quantum* indenizatório com base em juízo de probabilidade; lado outro, a incompreensão do fracasso como dano autônomo, a estipulação do montante reparatório ideal e o conflito com teorias da causalidade. No Brasil, a aplicabilidade da teoria não é isenta de críticas, impondo demonstrar sua pertinência à luz da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil. Aprecia-se a aplicabilidade da

¹ Professora de Direito Civil da Pós-graduação da Universidade Federal de Pernambuco; Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidade Federal de Campina Grande e Universidad del Museo Social Argentino; Doutoranda em Direito Privado – Universidade Federal de Pernambuco e Universidade de Lisboa; Mestra em Direito Privado – Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas; Bacharela em Direito – Universidade Estadual da Paraíba..

² Advogada; Especialista em Direito Civil e Empresarial - Universidade Federal de Pernambuco; Bacharela em – UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa.

³ Advogado; Especialista em Direito Civil e Empresarial – Universidade Federal de Pernambuco; Bacharel em Direito – UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa.

respectiva doutrina em face da prática advocatícia, considerando a importância dos precedentes no CPC/2015. Utilizou-se o método de estudo qualitativo, com colheita e análise de dados bibliográficos e documentais; o método indutivo-dedutivo e os métodos hermenêuticos teleológico, sistemático e sociológico.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Direito português. Direito brasileiro. Sistema de precedentes.

THE CONSEQUENCES OF THE PRECAUTIONARY SYSTEM FROM THE CPC / 2015 IN THE CIVIL LIABILITY OF THE ATTORNEY DUE TO LOSS OF A CHANCE: ANALYSIS COMPARED WITH PORTUGUESE LAW

Abstract: This article analyzes the loss-of-chance doctrine - civil liability for the frustration of an opportunity, that values torts, more than victim. In the portuguese Law, opinions are splitted: there is the need to avoid extreme decisions and the fixing of the indemnification amount based on a judgment of probability. Otherwise, the incomprehension of failure as autonomous damage, the stipulation of the ideal reparative amount and the conflict with causation. In Brazil, the aplicability of the theory is not free of criticism and its relevance must be demonstrated in the context of the erosion of the traditional civil liability filters. It studies the use of the doctrine against law firms, considering the importance of precedents in the brazilian code of civil procedures. Has been used the method of qualitative study, through observation, harvesting and analysis of bibliographical and documentary data; the inductive-deductive method and the teleological, systematic and sociological hermeneutical methods.

Keywords: Civil liability. Loss-of-chance. Portuguese Law. Brazilian Law. Stare decisis system.

Sumário: Introdução. 1. Análise da teoria da perda de uma chance à luz da ordem jurídica portuguesa. 2. Compatibilidade da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Aplicabilidade do instituto aos advogados e o sistema de precedentes do CPC/2015. Considerações Finais. Referências

INTRODUÇÃO



teoria da perda de uma chance surgiu na França, sob a denominação de *perte d'une chance* (SELVAGGI, 2014), com o propósito de ampliar o caráter dúctil da responsabilidade civil, a abranger maior número de conjunturas, sobretudo em razão do dinamismo do contubérnio social. Esteia-se na noção de probabilidade, que pondera acerca das chances de atingimento de determinado resultado.⁴

Alberga as situações em que a possibilidade de materialização de um evento, que iria produzir vantagem ou evitar estropícios para determinado indivíduo, desaparece em virtude de ato que não lhe é imputável. Desponta, assim, uma responsabilização em decorrência da conduta de obstaculizar a chance de alcance de certo benefício.

Importa, nesse sentido, afirmar que responsabilidade se dá tanto por comportamento lesivo (omissivo, comissivo, contratual ou aquiliano) de um dos sujeitos da relação jurídica quanto, ainda, por ato de terceiro estranho à respectiva obrigação. É o caso, *v.g.*, de empresa de transporte aéreo que devido a atrasos impossibilita a obtenção de determinada vantagem cuja probabilidade, apesar de não considerada inevitável, era extremamente provável.

⁴ "A palavra probabilidade é derivada do latim *probare*, que significa testar ou provar. É muito comum usarmos a palavra provável para indicar algo de que não se tem certeza se vai acontecer. Esta palavra também está associada às palavras sorte, azar, incerto, chance, duvidoso. Os fenômenos aleatórios estão presentes, inerentemente, em nossa vida cotidiana." (MOREIRA, 2015, p.11)

O fato de haver entre o prejudicado e a transportadora um contrato distinto (estranho, *a priori*, à chance), não é fator excludente à consideração da interferência em outra seara obrigacional, mantida entre o lesado e aquele de quem se obteria uma vantagem. O caso, portanto, pode veicular exceção ao princípio *res inter alios acta* (princípio da relatividade das convenções).^{5 6}

Para mais, malgrado a aproximação com as ideias de expectativa e viabilidade, o dano não é hipotético, tampouco eventual. Embora o proveito final seja incerto, o prejuízo vincula-se à eliminação da chance e não do epílogo propriamente dito. Vital a compreensão de que a oportunidade deve ser real e crível, a desconsiderarem-se as promessas e eventos improváveis. O episódio não necessita ser futuro e certo, do contrário a temática estaria relacionada a lucros cessantes (BIONDI, 2008).

Perceba, entretanto, que, apesar de falar-se, repise-se, em perda não hipotética e não eventual, na *loss-of-chance doctrine* discute-se, ainda, se o que há, efetivamente, não é um mero prejuízo juridicamente relevante, compreendido como se dano fosse⁷. Nesse sentido, registre-se que o *common law* prescreve uma tutela de injúria, do próprio ilícito (*tort law*).

Não obstante, para contornar alguns acalorados debates

⁵ "O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação *inter partes*. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito." (STJ, REsp 468.062-CE, 2008)

⁶ A estudar especificamente o princípio da relatividade dos contratos, Cf. MARTINS, 2011.

⁷ "Vale observar que, mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas, deve-se enquadrá-las, como se danos fossem. (...) Salienta-se que não se busca o ressarcimento pela vantagem perdida, mas sim pela perda da oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo, totalmente desvinculada do resultado final (...)." (BIONDI, 2008)

(a adentrar-se em outros igualmente pertinentes) sobre a suposta (in)existência de dano propriamente factual, deve-se, até para evitar algum misoneísmo jurídico, partir de uma urdidura que abranja a teoria de erosão de filtros tradicionais da responsabilidade civil, a concepção de novas modalidades danosas⁸, bem como a própria indenizabilidade sem dano, que não ficaria adstrita às questões preventivas de Direito Ambiental, especialmente no tocante à equidade intergeracional, ainda que aí mais fácil seja visualizar o relativo instituto⁹.¹⁰

No âmbito do *common law*, a doutrina da perda de uma chance foi aplicada no julgamento do caso *Chaplin versus Hicks*, na Inglaterra, em 1911, de onde se extraiu a importância de delimitação de balizas à elaboração de cálculos cruciais à quantificação do valor indenizatório com base na probabilidade de sucesso. Na Itália, em 1966, o tema avançou quando da consideração de um dano fulcrado na mera perda da chance de vitória, e não na perda da vitória, propriamente dita; todavia, não se falava ainda em um instituto autônomo, mas em um dano emergente (MACHADO, 2009, p. 571).

1. ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À LUZ DA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Rafael Pereira Ferreira (2014), em sua dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, alude à responsabilidade civil pela

⁸ A teoria da erosão dos filtros constitucionais e as novas espécies de dano são temas enfrentados por SCHREIBER (2009).

⁹ Para melhor compreender a responsabilidade sem dano, Cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2015.

¹⁰ "Impende, ainda, altear a passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta. O dano ao projeto de vida é outro exemplo de compensação relevante que a racionalidade jurídica vai abrigando. A própria ideia decorrente do princípio da precaução que pode conduzir à indenizabilidade da ameaça de dano, representa um interesse, ainda que paradoxal, (...)." (FACHIN, s.d., p. 7)

perda de uma chance e sua aplicação no ordenamento jurídico português, com enfoque na doutrina e jurisprudência lusitana. Ele afirma que, entre os pesquisadores lusos, o instituto não é livre de críticas, a pontuar não haver lugar para tal doutrina no ordenamento jurídico vigente em Portugal.¹¹

Desponta, assim, a ideia de que a supressão da oportunidade não pode ser concebida como um dano autônomo, desatrelado, pois, de outros já concebidos no Direito Civil, tampouco possuir medida econômica própria. Ademais, os limites de fixação do valor indenizatório são demasiadamente vastos e o reconhecimento do instituto implica na quebra da causalidade adequada, assente no *Codex* Civil lusitano, para o que seria uma causalidade probabilística.¹²

Argumenta-se que a reparação pelo dano deve assumir feição compensatória (equitativa), quando a chance for mais presumível do que indemonstrável, semelhante ao tratamento do lucro cessante, pelo que a concepção independente do instituto não é a mais adequada solução. Nesse contexto, o julgamento por equidade torna-se inescusável face à impossibilidade de se asseverar o valor correto do dano, consectário da indispensabilidade do juízo de probabilidade. De mais a mais, não se pode anuir à ideia de uma responsabilização descomedida.

Solução apontada é o enquadramento da teoria como dano à integridade e incolumidade do patrimônio - lesão certa, atual e ressarcível de pronto; ou a utilização de institutos convencionais, tais como a facilitação da prova, da causalidade e do dano e a inversão do ônus probatório.

Não obstante, há autores que são favoráveis ao tratamento autônomo da perda de uma chance. Nessa razão,

¹¹ As considerações feitas pelo referido autor servem, aqui, em linhas gerais, como teoria de base à formulação do presente escólio (especificadamente quanto ao ponto 2).

¹² A propósito, também a apontar divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação da perda de uma chance no Direito lusitano, mas, ao fim, concordando com tal utilização Cf. SAMOES, 2015.

sustentam que a teoria tempera o extremismo (tudo ou nada) contemporâneo e deve ser aplicada. Ocorre que o evento danoso impede a obtenção da vantagem antevista, pelo que cabe indenização, cujo *quantum* deve ser decrescido em função do juízo de probabilidade. Trocando em miúdos, o instituto representa uma tutela média, porquanto não há juízo de certeza quanto à materialização do resultado previsto, pelo que a responsabilização deve ser consentânea à própria noção de plausibilidade.

Nesse ponto, inquestionável a erosão ou, a aplacar a expressão, a flexibilização do filtro dano (da responsabilidade civil), porquanto a predileção por uma tutela média revela, *per si*, a incerteza quanto à lesão, uma vez a impossibilidade de aferir a (in)ocorrência do sucesso na chance, caso aproveitada. É o Direito em diálogo com a matemática através de juízo probabilístico.

Para mais, defende-se a aplicação da teoria da conexão do risco - e não da causalidade adequada sob a ótica da *conditio sine qua non* - de Claus Roxin, pela qual o dano nasce da criação ou do aumento do risco, em virtude de conduta contrária à lei, a manter-se, assim, o nexos de causalidade.^{13 14}

A questionar-se a viabilidade do instituto na seara médica, percebe-se que se pode acentuar, exacerbadamente, o encargo dos profissionais de saúde, bem como a responsabilização por qualquer erro terapêutico, a ignorar, destarte, a qualidade de

¹³ Note que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 403, diferentemente do que acontece no Direito português, adota a Teoria do Dano Direto e Imediato, também chamada de Teoria da Interrupção do Nexos Causal. Sob tais diretrizes, o agente causador de determinado prejuízo, no Brasil, só pode responsabilizar-se por aquilo a que deu causa direta e imediatamente. Cf. ARAÚJO, V., 2011 e, também, REINIG, 2018.

¹⁴ "As teorias da causalidade procuram saber, entre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes. Os fatores determinantes são causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como sendo efetivamente determinantes desse resultado." (SOUZA; LOPES, s/d, p. 21)

obrigação de meio e o fato de que, em regra, apenas os danos culposos produzem a obrigação de indenizar.

Na jurisprudência lusa, a hipótese mais recorrente está relacionada à prática advocatícia. Em caso concreto, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu pela não aplicação do instituto face a recurso considerado deserto em razão de interposição sem as alegações. Fundamentou-se a decisão no fato do resultado recursal ser sempre incerto (será que o é?); ademais, o reconhecimento da perda de uma chance transgride com a causalidade adequada e o axioma da certeza dos danos.

Em sentido antitético, decidiu-se pela aplicabilidade da teoria na hipótese de contestação intempestiva, caso em que a omissão do causídico - que possui obrigação de meio - elidiu a possibilidade de o autor esquivar-se do malefício. Entendimento análogo foi empregue pela ausência de rol de testemunhas e de requerimento de prova.

O nexo de causalidade reside no fato de que o contrato de serviços advocatícios tutela o direito de ação, razão pela qual a omissão profissional impossibilita o exercício de tal garantia. Por isso, a chance perdida compõe o patrimônio do indivíduo e deve ser tratada como dano autônomo; para tanto basta identificar a probabilidade de ganho da causa, suficiente a ensejar indenização. A colmatar a questão, segue trecho de Mariana Candini Bastos (s/d, *online*):

Para que haja lugar à aplicação da doutrina da perda de uma chance relativamente à responsabilidade do profissional forense é preciso fazer um “juízo dentro do juízo”, ou seja dum juízo de prognose no sentido de averiguar qual seria a vantagem caso o dano não tivesse ocorrido e qual a probabilidade de essa vantagem se vir a concretizar e de seguida, se mediante aquela vantagem qual o grau de probabilidade de a mesma vir a acontecer fixando-se em função desse grau o valor da indemnização a atribuir. Mas como nota Moitinho de Almeida aferir o êxito de uma ação que não chegou a se concretizar é uma tarefa difícil. Na verdade, o prejuízo parece ser hipotético por um lado, não fundamentando uma responsabilidade civil, mas ainda assim não deixa de ser certo e aí estamos perante a figura

da perda de uma chance. Deste modo, a ligação entre o direito e chance parece situar-se em “áreas movediças” pois o direito pretende oferecer uma segurança que a chance não permite.

Nessa marcha, ainda, as Cortes portuguesas também apreciaram a aplicabilidade da teoria face a outras circunstâncias. Os argumentos favoráveis eram adstritos a critérios de razoabilidade e probabilidade quanto à fixação do montante indenizatório. Advertiu-se da necessidade de identificar: a) a possibilidade de concretização de um resultado benéfico, que não é certo; b) o comportamento de *outrem* como excludente - de forma definitiva - das (ou de algumas das) chances de alcance do desfecho; e, c) a presença de uma oportunidade real de obtenção do benefício esperado.

A utilização do instituto nas demandas que envolvem questões médicas é pouco discutida, mas, nem por isso, pode ser considerada, tão somente, como uma questiúncula a mais, pelo contrário. Menciona-se a perda da chance de sucesso curativo, aliada à vulnerabilidade natural do paciente, em contraponto à necessidade do esculápio provar que agiu com a diligência devida.

Nesse sentido, no ordenamento português, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, a aplicabilidade da teoria não é pacífica. Sem embargo, não raro, a expectativa em torno de um benefício é forte e tangível, capaz de conduzir projetos de vida, de maneira que seu fracasso por ato de terceiro não pode isentar-se de responsabilização.

Vital conceber a chance como um bem autônomo, componente do patrimônio jurídico do interessado, cuja indenizabilidade se pauta na probabilidade de ganho. A dificuldade em enquadrá-la na categoria dos danos emergentes reside no fator quantificação do prejuízo, capaz de originar indenizações desproporcionais. Ademais, não se trata de lucro cessante, haja vista que, aí, o produto final, em que pese ser futuro, não é certo, de modo que o reconhecimento de uma natureza jurídica

independente confere maior credibilidade ao instituto.¹⁵

Não há que se falar em responsabilização descomedida. A fixação do *quantum* indenizatório deve ser estabelecida com base na proporção de atingir o resultado concreto, a fim de não ocasionar insegurança jurídica. O montante necessita ser estabelecido em percentual incidente sobre o valor global do benefício esperado, a representar a razoabilidade e a probabilidade da expectativa legítima.¹⁶

Sob essa ótica, quando o arquétipo é a chance frustrada e não o resultado final ansiado, remanesce a compatibilidade do instituto com a causalidade adequada, pelo que resta suficiente a verificação, no caso concreto, do potencial (adequação) da conduta para atingir, isoladamente, a expectativa em torno de um direito - e não o privilégio esperado.¹⁷

Ademais, atente-se para o fato de que os elementos definidores da responsabilidade civil - os chamados pressupostos

¹⁵ "(...) o que se indenizaria seria o *quantum* provável da chance frustrada de chegar ao resultado final. Não se indenizaria a chance em si como se pretendem os adeptos da corrente que a considera como dano emergente, nem se indenizaria o resultado não alcançado como pretendem os adeptos da corrente que a considera como lucro cessante. Assim, valer-se-á o magistrado da matemática para se chegar ao valor indenizável." (RAMALHO, 2017)

¹⁶ "(...) a teoria da perda de uma chance é um instituto criado para reparar a vítima, cuja oportunidade de auferir uma vantagem fora dissipada, levando em consideração o percentual de obtenção de tal vantagem, servindo assim como base de cálculo para a fixação do quantum indenizatório. Contudo, o valor da reparação não poderá ser igual ao valor da vantagem que se pretendia alcançar, pois esta ainda estava no campo da incerteza." (NASCIMENTO, 2013)

¹⁷ "Causa, para a teoria da adequação, é o antecedente não somente necessário, mas também adequado à produção do resultado danoso. Dessa forma, é feito um juízo em que se busca aferir a adequação de uma determinada conduta, de modo a concluir se esta é ou não adequada e idônea a produção do dano civil. Nos casos em que há diversas condutas e, em uma primeira análise, todas parecem ter contribuído para o resultado lesivo, somente aquela conduta que for realmente determinante poderá ser considerada causa. (...) Parece-nos que o ponto fundamental para se estabelecer a adequação de uma causa diz com um conceito jurídico indeterminado, ou seja, a adequação deverá ser avaliada em cada caso pelo julgador, não havendo, portanto, uma sistematização que sirva de referência para classificar uma conduta como sendo ou não adequada." (CARIN, 2016)

tradicionais (culpa, dano e nexos causal) - estão a perpassar por processo de erosão, "a significar a relativa perda de importância da prova da culpa e do nexos causal na dinâmica contemporânea das ações de responsabilização." (SANTOS, s.d.)

Tal raciocínio pode ser evocado para responder à problemática da ruptura com a causalidade adequada, cuja teoria, assente no Código Civil português, acarreta, para alguns doutrinadores, a impossibilidade de determinar o nexos causal nas situações típicas de perda de uma chance.¹⁸

O processo de erosão justifica-se pelo anelo - cada vez mais pujante - de salvaguardar o prejudicado, a evitar que ele permaneça sem tutela jurídica reparatória. A flexibilização do nexos causal significa, logo, a adequação dos filtros tradicionais à solução dos novos danos, resultantes dos riscos identificáveis na sociedade hodierna.¹⁹

Afinal, Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa (2010, p. 29-37) aduz que a perda de uma chance pode dar-se em diversas perspectivas, quanto ao contexto em que se reproduzem: de vitória em jogos de sorte ou azar; de êxito em competições desportivas; de ganho em processos judiciais, administrativos e concursos privados; de cura e sobrevivência; comercial. Bem, também, no tocante à natureza do dano final, de oportunidade: econômica; pessoal; de captação de lucro; de obstar dano; de chance passada ou futura.

¹⁸ "Reabre-se, de fato, por toda parte, o debate doutrinário em torno das teorias da causalidade, envolvendo a teoria da causalidade direta e imediata, a teoria da equivalência das condições, e tantas outras de evolução mais recente. Em muitos casos, é que os tribunais, muito pelo contrário, se valem da miríade de teorias exatamente para justificar uma escolha subjetiva e muitas vezes a técnica, da causa do dolo." (SANTOS, s.d.)

¹⁹ "(...) dada concepção clássica não satisfaz mais as demandas atuais que orbitam a esfera da responsabilidade, tendo em vista hodiernamente ocorrer o fenómeno da expansão dos danos passíveis de ressarcibilidade que não mais se circunscrevem ao, tão somente, cunho patrimonialista, ou costumeiro entendimento de dano moral, remetendo, dessa forma, a uma erosão dos filtros de reparação e maior acolhimento ao direito dos danos." (FERREIRA, G.S.B., 2016)

2. COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante o século XX, alguns autores, *e.g.*, José de Aguiar Dias, Agostinho Alvim e Miguel Maria de Serpa Lopes, aludiram às hipóteses de enquadramento da teoria da perda de uma chance, sem, contudo, discuti-la explicitamente. Na jurisprudência, os critérios de aplicação da doutrina ao ordenamento jurídico brasileiro foram apreciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da década de 1990, por influxo das ideias de François Chabas (LOVATO NETO, 2014, p. 44).²⁰

A temática passou, então, a ser estudada com maior afinco a partir de notável caso, no qual a participante de um programa televisivo, que, conforme as regras do jogo, concedia prêmios em valor monetário a quem acertasse a resposta de determinadas perguntas, sentiu-se prejudicada pela formulação de questionamento impossível de ser respondido.

Em desenlace, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, ao apresentar indagação sem viabilidade lógica, a empresa devedora incorreu em culpa, razão pela qual despontava o dever de indenizar a credora. Na fixação do *quantum* ressarcitório, contudo, dever-se-ia observar os critérios de razoabilidade e probabilidade lucrativa, a considerar a perda da oportunidade.²¹

Os elementos basilares da responsabilidade civil são:

²⁰ Sabe-se que a natureza jurídica da responsabilidade pela perda de uma chance ainda não se consolidou na doutrina e na jurisprudência brasileira, apesar de já estar sendo aplicada em vários julgados, até porque sua recente construção teórica, desenvolvida principalmente na França e Itália, se encontra em pleno debate na busca de um consenso entre os aplicadores do Direito." (SOUZA; LOPES, s/d, p. 26)

²¹ "RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido." (STJ, REsp 788.459/BA, 2005)

conduta (comissiva ou omissiva), dano e nexos de causalidade. A culpa (em sentido lato, a abranger o dolo) é elemento acidental, posto que dispensável nas hipóteses de responsabilidade objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 23 *et seq.*).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 92 *et seq.*), ao tratarem do elemento "nexo causal", esclarecem que o *Codex* Civil brasileiro, no artigo 403 ["Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual." (BRASIL, Lei 10.406, 2002)], adotou a "*teoria da causalidade direta ou imediata* (teoria da interrupção do nexo causal), na vertente da causalidade necessária." (2006, p. 93).

A princípio, o instituto da perda de uma chance não detém harmonia com os pressupostos básicos da responsabilidade civil, tendo em vista a impossibilidade de se asseverar que, se o ato danoso não houvesse ocorrido, o epílogo almejado certamente seria auferido. Não há prova certa do nexo causal entre a conduta e o dano (perda do resultado final), posto que se parte de um juízo probabilístico, contingente, estocástico.²²

Contudo, o arquétipo da responsabilidade civil - que antes dedicava-se à punição do causador do dano - no direito contemporâneo, sobretudo por influência do axioma da dignidade da pessoa humana, converge suas diretrizes para a tutela do prejudicado. O sistema "orienta-se pelos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, em conformidade com os preceitos constitucionais" (ROCHA, 2010, p. 3).

Nesse sentido, o estorvo em se demonstrar o nexo causal

²² "Fazendo-se uma interpretação restritiva, as situações nas quais alguém teve retirada uma chance séria real de obter uma vantagem - isto é, na qual o processo que propiciava a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico foi interrompido não se enquadrariam nestes pressupostos essenciais, porquanto não se pode afirmar com certeza que a conduta do agente foi causadora de um dano, ou que sem esta conduta a vantagem seria obtida ou o prejuízo evitado." (ROCHA, 2010, p. 12).

não pode servir como medida desoneradora do encargo reparatório, porquanto persiste a injustiça do dano. Tal como no direito lusitano, a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil revela-se como medida mais justa, a permitir a expansão do dano ressarcível, mas, registre-se, não pode ser tida como se panceia fosse.²³

Para tanto, e a fim de evitar, de outro lado, o excesso na reparação, importa que a oportunidade comprometida seja séria, real e concretizável. O juízo probabilístico é fator de alta relevância - determinante - não apenas na quantificação do montante indenizatório, mas na própria identificação da existência de responsabilidade.²⁴

²³ "Torna-se evidente que, com isso, não se cancela a importância da culpa e do nexa causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento de foco – que deixa a culpa e o nexa causal em direção ao dano. É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das Cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima." (SOUZA; LOPES, s/d, p. 129)

²⁴ "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexa de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexa de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera

3. APLICABILIDADE DO INSTITUTO AOS ADVOGADOS E O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CPC/2015

Em regra, os advogados possuem responsabilidade civil contratual, com obrigação de meio, pelo que têm o dever de agir com diligência e técnica, sem, contudo, estarem obrigados ao sucesso do pleito. Nesse sentido, segmento majoritário da doutrina posiciona-se a favor da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à prática advocatícia (ARAÚJO, R., 2016).

Em razão de considerável grau de incerteza quanto ao teor das decisões judiciais, sobretudo devido ao princípio do convencimento motivado, subsiste ao lesado a necessidade de provar a significativa probabilidade de ganho da causa e não a mera expectativa. Note-se que o fato do causídico agir de maneira negligente não é capaz de gerar, por si só, dever indenizatório com base nos ditames da teoria da perda de uma chance.

Imprescindível, contudo, demonstrar que a chance de êxito é séria e real e não mera expectativa, intrinsecamente subjetiva²⁵. Ademais, a fixação do *quantum* indenizatório atende a

possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido." (STJ, REsp 1104665/RS, 2009) (não havia grifos no original)

²⁵ "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. ÊXITO NO PROCESSO. POSSIBILIDADE. NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO. PREJUÍZO. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Em caso de responsabilidade dos advogados pela prática de condutas negligentes, a teoria da perda de uma chance é aplicada por meio da análise das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas diante da negligência do causídico. 3. Rever a conclusão do acórdão recorrido acerca dos prejuízos decorrentes da prática de condutas negligentes pelos advogados demandaria a análise das circunstâncias fático-probatórias dos autos, o que é inviável no recurso especial pelo óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. É inadmissível o inconformismo quando o acórdão recorrido

juízo de probabilidade, pelo que não equivale à integralidade do que o cliente almejava receber caso a oportunidade não tivesse sido frustrada.²⁶

Entrementes, como profissional liberal, e não diferentemente do que veicula-se para os demais, a responsabilidade civil dos causídicos se dá segundo os ditames da culpa, ou seja, por uma sistemática subjetiva, a não se propalar modalidade objetiva²⁷, porquanto não atendidos os requisitos que se lhe consubstanciam, notadamente o risco, tampouco pode-se vindicar a sub-sunção do CDC à atividade advocatícia.

não possui similitude fática com os precedentes trazidos à colação. 5. Agravo interno não provido." (STJ, AgInt no AREsp 1213438/SP, 2018)

²⁶ "RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se dessume da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido". (STJ, REsp 993.936/RJ, 2012)

²⁷ Pontue-se, todavia, a possibilidade dos advogados públicos responderem objetivamente por pareceres vinculantes.

Para avançar nesta tônica, urge, antes, tecer algumas considerações acerca do sistema de precedentes brasileiro, que à luz do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015), e dadas as dimensões objetiva (estabilidade e integridade) e subjetiva (confiança e igualdade) da segurança jurídica²⁸, é capaz de influenciar na aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance contra o advogado, pela formação de entendimento superposto ligado às questões de direito material ou/e processual. Todavia, antes de avançar, registre-se que já exsurge determinada e coesa censura quanto ao reconhecimento de uma factual sistemática processual no sentido ora tratado²⁹.

Sem embargo, deve-se, inclusive, aferir ser o precedente caso de emanação de efeitos vinculantes (*binding authority*), persuasivos (*persuasive authority*), obstativos da revisão de decisões, autorizantes, deseficacizantes ou de revisão de sentença (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 463-747).³⁰

Ocorre que a(s) novidade(s) legislativa(s), encartada(s)

²⁸ "(...) a segurança jurídica não tem como ser investigada se não por meio de uma perspectiva analítica capaz de reduzir a ambiguidade e a vagueza dos seus elementos constitutivos e de indicar os seus aspectos: *material* (qual conteúdo da segurança jurídica?), *subjetivo* (quem são os sujeitos da segurança?), *objetivo* (segurança do quê?), *temporal* (segurança jurídica quando?), *quantitativo* (em que medida?), *justificativo* (para quê e por quê?). Daí por que ele afirma ser imprescindível olhar para um determinado ordenamento jurídico, para sua *superestrutura* (o conjunto) e para sua *estrutura* constitucional (as partes), a fim de esclarecer as possíveis acepções, dentre aquelas analiticamente discerníveis, que se podem identificar." (MAGALHÃES, 2013).

²⁹ "(...) o que a doutrina processual entende por sistema? Trata-se de equiparação de sistema a ordenamento jurídico? Mario Losano pode ajudar a entender esse conceito. Daremos de barato que, ao falarmos de "sistema de precedentes", por sistema devemos compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas. Ou seja, uma teoria do ordenamento que necessita da ideia de sistema para lhe possibilitar adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas. Isto é, não são sinônimos. Logo, o que o CPC de 2015 tem a ver com um novo "sistema"? Nada." (STRECK; ABBUD, 2016)

³⁰ "Em *sentido lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. (...), em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 455)

no CPC/15, vincula(m) o magistrado a decidir não apenas de acordo com a lei, mas em conformidade com o precedente jurisprudencial anterior, quando não houver diferenciação entre o caso sob apreço e o entendimento outrora firmado (FERNANDES, 2016), ou seja, quando inexistentes *distinguishing*; *overriding*; *overruling* e, por que não, superação legislativa. Preconiza-se, então, um romance de cadeia, *chain novel*³¹.³²

Ademais, as decisões judiciais possuem maior segurança jurídica, isonomia e congruência, a falar-se, aí, de uma função nomofilática dos tribunais superiores, que está encartada no inciso IV, §1º, do artigo 489³³ c/c o artigo 926, *caput* e §§³⁴, ambos do vigente Código de Processo Civil³⁵ (porém não só nas citadas regras), a dissipar o proferimento de sentenças conflitantes quando em situações congêneres, e, do mesmo modo, das funções uniformizadora e paradigmática³⁶. Vejamos, pois, trecho de

³¹ Por falar nisso, Cf. SILVA NETO, 2009.

³² O trabalho não adentra em questões instrutivas sobre *ratio decidendi* e nem acerca de argumentações *obiter dictum* por considerá-las desnecessárias para atingir o fim aqui colimado. No entanto, para ler a respeito do tema Cf. MELLO; BARROSO, s.d..

³³ Art. 489, CPC: "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento." (BRASIL, Lei 13.105, 2015)

³⁴ "Muitos ordenamentos, entre os quais os brasileiro e italiano, procuram combater esta fivergência através do estabelecimento da função nomofilática de órgãos jurisdicionais de jurisdição superior. (...) a função nomofilática dos tribunais superiores, assim entendida a função de dar uniformidade a interpretação e aplicação da norma, zelando pela unidade do Direito objetivo nacional (...)." (MONNERAT, 2012?)

³⁵ Art. 926, CPC. "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação." (BRASIL, Lei 13.105, 2015)

³⁶ "A função uniformizadora da jurisprudência atribuída as cortes superiores consiste em evitar o caos através do controle da lei e de sua interpretação de forma a garantir o respeito ao princípio da igualdade, proporcionando, ainda, a garantir da segurança jurídica. Com efeito, os tribunais de superposição exercem controle da atividade judicial para que predomine a uniformização interpretativa e, para que na medida do

voto-vista proferido pelo então Ministro Teori Zavascki no STJ:

Esse entendimento guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades “que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente” (Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes. (STJ, Rcl 4335-AC, 2014).

Não é à toa que Thiago Aguiar de Pádua (2015, p. 74) alça o sistema de precedentes à concretização da equipolência, a partir da consubstanciação de uma ordem jurisprudencial que, em paridade com a lei ou, ao menos, com tal pretensão, reforça os ideais de estabilidade, uniformidade e coerência na interpretação/aplicação do Direito. É a evolução do *stare decisis*.

Não obstante, tal percepção de segurança jurídica através da construção de decisões paradigmáticas não estaria a desprezar que, no *civil law*, a igualdade se dá na lei e perante ela? Seria, portanto, a construção jurisprudencial baseada na tradição anglo-saxã, de forte teor interpretativista, a única ou mais apta ferreamenta de consecução da isonomia? Sob esse ângulo, admitir-se-á ou não a sobreposição do Judiciário sobre o Legislativo, a

possível, determinada lei receba a mesma interpretação pelos juízes que lidam com idênticas condições fáticas relevantes. Por último, a função paradigmática ou persuasiva. As decisões proferidas pelo STF e STJ servem de precedentes para a orientação da livre convicção dos magistrados. Desta forma pela importância do papel ocupado pelos Tribunais de Superposição no exercício de suas funções nomofilática e uniformizadora, resta evidente que as decisões por eles prolatadas são de enorme relevância e devem ser observadas pelas instâncias ordinárias. Por outro lado, enfocando a função paradigmática ou persuasiva, os julgadores de primeiro e segundo grau estão respeitando a autoridade e prestígio, além da experiência consagradora das decisões proferidas aos Tribunais de Superposição.” (LEITE, s.d.)

enfraquecer a própria pedra angular de nosso ordenamento jurídico, ou seja, a separação dos Poderes, a legitimar, até mesmo, hoje perniciosamente tido, o ativismo judicial?³⁷

Elpídio Donizetti (2014) traz a percepção de que a lei não está apta para acompanhar as rápidas transformações sociais, culturais, econômicas, dentre outras, da contemporaneidade líquida, sendo, portanto, a jurisprudência crucial para, muitas vezes, lograr avanços que a todos se impõe.

Para mais, o sistema brasileiro de precedentes ainda é um tanto claudicante, apesar de ser a atual coqueluche nacional (máxime para os processualistas), e, assim, tem enfrentado acentuada complexidade de aperfeiçoamento (próprio da adoção de um sistema misto, abrangente do direito positivado e, excepcionalmente, de *common law*), seja devido à má qualificação dos operadores do Direito (juízes, advogados e promotores), seja ante os contratempos de origem administrativa, relativos, no mais das vezes, à divulgação de decisões paradigmáticas.³⁸

Sem embargo, percebe-se que se plasma uma sistematização decisória a abranger súmulas vinculantes; acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência, em incidentes de resolução de demandas repetitivas, em sede de recursos especiais e extraordinários repetitivos; sob o método da repercussão geral; sentenças de improcedência e de indeferimento liminar proferidas anteriormente em um mesmo juízo; acórdãos em controle abstrato e concreto de constitucionalidade julgados pelo STF; dentre outros institutos. (VASCONCELOS; SOARES, 2018).

Com efeito, a existência de paradigma obrigatório a

³⁷ Vale lembrar que o princípio fundamental da separação dos poderes está insculpido na Constituição Federal de 1988 (em seu art. 2º), que, para além de instrumento normativo, é limitação política do poder estatal, ou seja, do próprio Poder Judiciário.

³⁸ Merece crítica a incoerência entre as diversas turmas julgadoras que compõe os tribunais de superposição, que em nada contribuem para a consolidação da sistemática de precedentes, quanto mais à segurança jurídica, a defenestrar, portanto, a função nomofilática dos tribunais, anteriormente explicada neste escólio.

favor do resultado almejado pelo cliente pode servir como instrumento de prova apto a demonstrar a elevada probabilidade de sucesso na demanda, a ensejar - mais facilmente - a responsabilização do causídico pela perda da chance. De mais a mais, da segurança jurídica do paradigma, possível aferir a diligência do procurador jurídico, a plausibilidade da tese levantada e sem sequer precisar dos precedentes, a questão da culpa por intempetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aspectos concernentes à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ainda demandam amadurecimento. Muitas são as questões que circundam a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico, tanto no português como no brasileiro. Nesse sentido, a determinação do nexo de causalidade entre o resultado (oportunidade frustrada) e a conduta danosa consiste em uma das problemáticas mais relevantes.

Tendo em vista a assunção de novos paradigmas pela responsabilidade civil, especialmente quanto à relativização dos seus elementos definidores (dano, conduta e nexo causal), a pertinência do instituto ganha especial destaque. A teoria assume função consagradora dos ideais de justiça, na medida que permite o acolhimento de maior número de demandas pelo Judiciário.

A situação revela uma mudança de perspectiva, pela qual perpassa o direito contemporâneo, que prioriza a indenização da vítima e não - necessariamente - a punição do devedor. A ideia, ao menos *a priori*, harmoniza-se com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em razão do que se entende como constitucionalização do Direito Civil.

O juízo de probabilidade seria, portanto, fator determinante da possibilidade de aplicação do instituto da perda de uma

chance; outrossim, é crucial para a fixação do *quantum* indenizatório, posto que a reparação não se daria pelo valor global do resultado almejado, mas com base na força e seriedade da chance frustrada.

Dentre as inúmeras hipóteses, destacar-se-ia a aceitação (mas questionável) aplicabilidade da teoria aos serviços advocatícios. Importaria ao prejudicado demonstrar que a negligência do causídico seria o aspecto fulcral no malogro do pleito, posto que, se tivesse atuado com o devido empenho, o sucesso seria praticamente certo.

Para tanto, o sistema de precedentes do atual Código de Processo Civil brasileiro sobrevém como instrumento facilitador da prova da chance, haja vista o alargamento do caráter vinculante das decisões judiciais em demandas repetitivas. No caso, a demonstração de precedente favorável ao intento do cliente seria apta a comprovar o alto grau de possibilidade de êxito, a ensejar a reparação com base nos ditames da teoria.

Porém, ainda quando do critério de aferimento de uma responsabilidade do causídico pela perda de uma chance, tema prolífico, que vem, *pari passu*, como exaustivamente demonstrado, a se consolidar na jurisprudência e doutrina jurídica - e sem embargo às questões relacionadas à causalidade, dano e culpa, oportunamente abordadas -, é preciso inquirir, para evitar que a tônica seja trabalhada atabalhoadamente, se não se está diante de um superdimensionamento do(s) precedente(s), como se as leis passassem a ser palimpsestos com reescrita jurisprudencial.

Além disso, onde fica a interpretação do próprio precedente? Não cabe mais ao causídico tentar lograr a superação do paradigma que lhe fora imposto? Tal tentativa, caso falha, ensejará a responsabilidade pela perda da oportunidade? (STRECK; ABOUD, 2016)

Outro ponto que é não menos importante, trata do próprio aferimento da competência do advogado, porquanto as

capacidades dos profissionais se diferenciam pela sua formação e diligência. E, nessa toada, sempre existirão expertos mais hábeis que outros. A atribuição de responsabilidade pela perda de uma chance, portanto, poderia ligar-se a uma má eleição feita pelo próprio representado quando da respectiva contratação?

De certo, apesar do sistema brasileiro de precedentes ensejar mais probabilidade de responsabilização dos causídicos pela perda da oportunidade, o tema é tortuoso, a ganhar, pelo exposto, delineamentos pacíficos no que tange aos critérios de tempestividade recursal ou de tergiversação criminosa.

Caracterizar a incidência da *loss-of-chance doctrine* nos termos acima declinados, visto ser majoritariamente admitida como uma espécie de dano autônomo, é, também, abraçar não só a aplicabilidade de tal instituto, mas, além disso, das outras espécies de danos, incluídas aí todas as outras lesões, sejam elas patrimoniais e/ou morais. Sob esse ângulo, não se está a tolher a viabilidade econômica da própria atividade advocatícia? Eis algumas interrogações a se enfrentar.



REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano*. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/36/26>>. Acesso em 29 jul 2018.
- ARAÚJO, Renata Alves. *Estudo jurídico acerca da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance*. nov 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53859/estudo-juridico-acerca-da-responsabilidade-civil-do-advogado-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em 7 jun 2018.

- ARAÚJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade profissional e a reparação de danos*. 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28052012-143722/pt-br.php>>. Acesso em 31 jul 2018.
- BASTOS, Mariana Candini. *A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance: um estudo comparativo entre o direito português e brasileiro*. (s.d.). Disponível em : <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12301#_edn10>. Acesso em 01 ago 2018.
- BIONDI, Eduardo Abreu. *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em 31 maio 2018.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o *Código Civil*. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em 01 jun 2018.
- _____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 31 jul 2018.
- CARIN, Samuel. *Teorias sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil e no direito penal: um diálogo possível?*. 23 ago 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-sobre-o-nexo-de-causalidade-na-responsabilidade-civil-e-no-direito-penal-um-dialogo-possivel,56633.html>>. Acesso em 5 jun 2018.
- COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa. *Dano de perda de chance e a sua perspectiva no Direito português*. 2010. Disponível em:

- <https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patricia-costa_danoperdachance.pdf>. Acesso em 01 ago 2018.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11 ed. 2 v. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. 2014. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 02 ago 2018.
- FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no brasil: notas para uma aproximação*. s.d. Disponível em: <<https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FA-CHIN%20Responsabilidade.pdf>>. Acesso em 31 jul 2018.
- FERNANDES, Francis Ted. *O sistema de precedentes do novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz*. 11 nov 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/de-Peso/16,MI248774,81042-O+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>>. Acesso em 7 jun 2018.
- FERREIRA, Gabriela Stefania Batista. *Perspectivas atuais da responsabilidade civil*. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49807/perspectivas-atuais-da-responsabilidade-civil>>. Acesso em 5 jun 2018.
- _____, Rafael Pereira. *A responsabilidade civil pela perda de chance e sua aplicação no ordenamento jurídico português*. 2014. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34974/1/A%20Responsabilidade%20Civil%20pela%20Perda%20de%20Chance%20e%20sua%](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34974/1/A%20Responsabilidade%20Civil%20pela%20Perda%20de%20Chance%20e%20sua%20)>

- 20Aplicacao%20no%20Ordenamento%20Juridico%20Portugues.pdf>. Acesso em 30 jul 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. rev., atual e reform. - São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, Gisele. *A importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência, incidente de constitucionalidade e da súmula vinculante*. S.d. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10068&revista_caderno=21#>. Acesso em 31 jul 2018.
- LOVATO NETO, Renato. *Perda de chance no direito brasileiro e português*. 2014. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- MACHADO LUCAS, Laís. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Análise de sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro a Partir de um Estudo Comparado*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72034-LAIS_MACHADO_LUCAS.pdf>. Acesso em 29 jul 2018. p. 570.
- MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Características da segurança jurídica no Brasil*. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>>. Acesso em 01 ago 2018.
- MARTINS, Camila Rezende. *O princípio da relatividade dos contratos: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual*. 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03082012-161321/pt-br.php>>. Acesso em 31 jul 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos*

- precedentes no Direito brasileiro.* (s.d.). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 01 ago 2018.
- MOREIRA, Andrea de Paula Machado. *Aplicações da teoria da decisão e probabilidade subjetiva em sala de aula do ensino médio.* Disponível em: <<https://www.ime.unicamp.br/~laurarifo/alunos/dissertacaoAndrea.pdf>>. Acesso em 31 maio 2018.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Função nomofilática dos tribunais superiores no Brasil e na Itália e a necessidade de respeito aos seus precedentes.* 2012?. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1573/1556>>. Acesso em 31 jul 2018.
- NASCIMENTO, Silvia Renata Segatto Santos Nascimento. *Teoria da perda de uma chance.* fev 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23709/teoria-da-perda-de-uma-chance/2>>. Acesso em 5 jun 2018.
- PÁDUA, Thiago Aguiar de. *Análise da prática decisória do STF: o precedente e as 11 dimensões funcionais da "ratio decidendi" a partir de Pierluigi Chiassoni.* 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/12079/1/61400078.pdf>>. Acesso em 31 jul 2018.
- RAMALHO, Henri Dhouglas. *A responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance.* 22 set 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-em-decorrencia-da-perda-de-uma-chance,589701.html>>. Acesso em 5 jun 2018.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima. *A teoria do dano direito e imediato no Direito Civil brasileiro.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/direito-civil-atual-teoria-dano-direto-imediato-direito-civil-brasileiro#author>>. Acesso em 31 jul 2018.
- ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. *A responsabilidade civil*

- pela perda de uma chance no direito brasileiro*. 25 jun 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/vivian_rocha.pdf>. Acesso em 6 jun 2018.
- SAMÕES, Fernando Augusto. *Indemnização por perda de chance*. Disponível em: <<http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1533/1/TMD%2040.pdf>>. Acesso em 30 jul 2018.
- SANTOS, Jêsse Toni Porto dos. *Nova responsabilidade civil à luz da Constituição Federal*. s.d. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3675>. Acesso em 5 jun 2018.
- SELVAGGI, Flavia. *Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação*. Disponível em: <<https://flaviasselvaggi.jusbrasil.com.br/artigos/152054078/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao>>. Acesso em 31 maio 2018.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA NETO, José Rodrigues da. *Direito como literatura: o "romance em cadeia" de Ronald Dworkin. A retórica "lítero-interpretativa" do Direito*. 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3717/1/arquivo1174_1.pdf>. Acesso em 01 ago 2018.
- SOUZA, Maristela Denise Marques de; LOPES, Adriana. *Crise dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil*. s.d. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/310/245>>. Acesso em 6 de jun 2018.

- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 468.062 CE. Relator: Ministro Humberto Martins, DJE: 01/12/2008. *STJ*, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_468062_CE_11.11.2008.pdf?Signature=892zud3hxLmLu9%2FylFxx4PDq3z8%3D&Expires=1533054748&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c3bae4d2012d4bed6ea2147488ae18f>. Acesso em 31 jul 2018.
- _____. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1213438 SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJE: 02/05/2018. *STJ*, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=perda+de+uma+chance+advogado&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em 7 jun 2018.
- _____. RECLAMAÇÃO: Rcl 4.335 AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJE: 21/10/2018. *STJ*, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RCL_4335_AC_1419599099241.pdf?Signature=0xV%2FVSFIHRDfIJo-Dzt17Iu9Myu8%3D&Expires=1533069130&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=99a65d4cb52c69fa2928c827f68ba9e0>. Acesso em 31 jul 2018.
- _____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.104.665 RS. Relator: Ministro Massami Uyeda, DJE: 04/08/2009. *STJ*, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20090608+e+>>

%40DTDE+%3C%3D+20090609&livre=dano+e+real+e+atual+e+certo&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 6 jun 2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 788.459 BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 13/03/2006. *STJ*, 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=IMPROPRIIDADE+DE+PERGUNTA+FORMULADA+EM+PROGRAMA+DE+TELEVIS%C3O&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 6 jun 2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 993.936 RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJE: 23/04/2012. *STJ*, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=perda+de+uma+chance+advogado&b=ACOR&p=true&l=10&i=17>>. Acesso em 7 jun 2018.

STRECK; Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC? 2016*. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 01 ago 2018.

VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza; SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O sistema de precedentes e sua aplicabilidade no direito brasileiro*. 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-sistema-de-precedentes-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 01 ago 2018.