

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ÂMBITO DO SEGURO E&O DE ADVOGADOS

THE APPLICATION OF THE LOSS OF CHANCE DOCTRINE IN THE SCOPE OF E&O INSURANCE FOR LAWYERS

Thiago Junqueira ⁱ

RESUMO: O presente artigo tem como escopo examinar a aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do seguro de responsabilidade civil profissional do advogado. Além de enfrentar os principais pontos na matéria, pretende-se tirar da sombra os critérios que deverão conduzir o processo de quantificação do dano ressarcível ao terceiro lesado, usualmente feito em sede de regulação de sinistro pelo segurador.

ABSTRACT: The present article aims to examine the application of the loss of chance doctrine within the scope of professional liability insurance for lawyers. In addition to addressing the main points in the matter, it also seeks to shed light on the criteria used to determine the value of compensatory damages paid to the injured third party, usually done in the claims adjustments process carried out by the insurer.

Palavras-chave: Responsabilidade civil dos advogados. Seguro E&O de advogados. Determinação dos danos. Teoria da perda de uma chance.

Keywords: Civil liability of lawyers. E&O insurance for lawyers. Determination of damages. The loss of chance doctrine.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do advogado. 2. Aspectos essenciais do seguro E&O de advogados. 3. O desafio da quantificação do dano da perda de uma chance pelo segurador. 4. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Etimologicamente, advogado (ou *advocatus*) denota da junção de *ad* “para junto de” e *vocare* “chamar”, traduzindo aquele que é chamado com o intuito de auxiliar.¹ As suas origens remontam à Grécia antiga, sobretudo, Atenas, que é tida como a precursora da advocacia. Esta

ⁱ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós-graduado pelo Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da FDUC. Pesquisador visitante do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional Privado (Hamburgo - Alemanha). Diretor de Relações Internacionais da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA). Integra o corpo docente dos programas de MBA do ICDS - Instituto Connect de Direito Social e da Escola de Negócios e Seguros. Já lecionou em diversas instituições, como a Faculdade Nacional de Direito (UFRJ) e a Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado, Sócio de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados. E-mail: thiago.junqueira@cgvadvogados.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5679-1759>

¹ VASSILIEFF, Silvia. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

função, na época muito prestigiosa, cabia aos grandes oradores, como Péricles, Isócrates e Demóstenes.²

Desde à antiguidade aos dias atuais o advogado sempre foi um profissional importante na sociedade, que possui como obrigação rigorosos requisitos éticos e técnicos. Não obstante, é inegável que ele não mais se encontra naquele pedestal de outrora, sendo por vezes possuidor até mesmo de um desprestígio. Daí advém a necessidade de serem responsabilizados pelos seus erros, pois somente assim irão diminuir e, paralelamente, os bons advogados serão elevados à posição de respeito perante a comunidade.

Como forma de mitigar as consequências econômicas das suas falhas profissionais, há a possibilidade de contratação de um seguro de responsabilidade civil, usualmente denominado como Seguro *E&O* (*Errors and Omissions*, na língua inglesa), pelos advogados. Dentro de suas coberturas específicas, tendo destaque os danos materiais, morais e corporais causados a terceiros, a referida modalidade de seguro oferece valiosa proteção patrimonial para os causídicos.³

Tem gerado controvérsia, porém, a aplicação da teoria da perda de uma chance na valoração do *quantum* indenizatório por parte da seguradora nessa modalidade contratual. Após a sua falha, é natural que o advogado, querendo manter o cliente e a sua boa reputação, pleiteie junto à seguradora o valor integral da causa. Por exemplo, em ação em que houve a perda de um prazo recursal tendo como pano de fundo a discussão de um valor de dois milhões de reais, muitas vezes o segurado supõe que a seguradora deverá arcar com tal valor integral, indenizando o seu cliente – que, à luz da apólice, qualifica-se como o terceiro prejudicado.

Esse entendimento não resiste a um exame detido, uma vez que a seguradora se responsabiliza, dentro dos termos contratados, a garantir o risco e indenizar o terceiro em virtude de danos ressarcíveis oriundos de erros e/ou omissões causados pelo advogado/segurado. Dito de outra forma, a seguradora se obriga a cobrir danos nos quais o segurado seja legalmente obrigado a indenizar a terceiros – em virtude de decisão transitada em julgado ou acordo aprovado pela seguradora.

Por isso mesmo é que se diz ser necessário avaliar o mérito do processo judicial em causa, sopesando se – e em que medida – a falha profissional do segurado influenciou no resultado desfavorável do processo para o seu cliente. Como isso deverá ser feito na prática? A

² CORREIA, Paulo. Da Responsabilidade Civil do Advogado pelo incumprimento dos deveres de competência e de zelo, *in Revista do Ministério Público*, n.º 119, ano 30. Lisboa, 2009. p. 150.

³ Além da contratação do seguro E&O Advogados (também conhecido como seguro RC Advogados) por profissionais liberais que exerçam tal função, é comum a contratação deste seguro por escritórios de advocacia. Para facilitar o discurso, será tido como caso paradigma o seguro contratado pelo próprio advogado, cabendo ressaltar, porém, que inexistem diferenças merecedoras de nota no tema sob apreço. Outro aspecto importante a ser destacado é o crescimento dessa modalidade contratual nos últimos anos, conforme pontua Carolina Affonso: “A razão do crescimento deste segmento deve-se ao fato de que os Seguros de RC Advogados não só constituem um importante instrumento de proteção patrimonial para os escritórios de advocacia e para os profissionais liberais da área jurídica, como também têm sido exigidos por empresas multinacionais, como requisito para a contratação de escritórios para sua assessoria”. AFFONSO, Carolina Oger. *Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos seguros de RC Advogados*. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/aplicabilidade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-nos-seguros-de-rc-advogados.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

aplicação da teoria da perda de uma chance tem que ser prevista na apólice? Essas são algumas das perguntas que serão enfrentadas no decorrer do artigo.

Para levar a cabo tal desiderato, o estudo divide-se em mais quatro itens: da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do advogado (*infra*, 1); aspectos essenciais do seguro E&O de advogados (*infra*, 2); o desafio da quantificação do dano da perda de uma chance pelo segurador (*infra*, 3); e conclusão (*infra*, 4).

1. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Tendo em vista as peculiaridades de sua atuação, não é simples a comprovação do dano e do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil dos advogados. Por exemplo, quem poderia atestar que, não fosse a falta de zelo ou competência desse profissional, o seu cliente conseguiria provimento de um recurso no qual houve a perda de prazo na interposição? Salvo raras exceções, não será possível fazer tal afirmação.

Por outro lado, pode-se questionar: a própria perda dessa oportunidade já resultaria, por si só, em um dano ressarcível ao terceiro prejudicado? O cliente do referido advogado deveria ser reparado de alguma forma pelo dano injusto sofrido? Caso preenchidos os seus requisitos, a resposta dada pela teoria da perda de uma chance é sim, conforme se analisará a seguir.

A teoria da perda de uma chance ou da perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*),⁴ surgida na jurisprudência francesa do final do século XIX,⁵ teve como inspiração os casos nos quais se percebia que, apesar de o lesado ter sofrido um notável “dano”, esse carecia de ressarcimento pela teoria tradicional da responsabilidade civil, pois era impossível garantir que o resultado seria oposto não fosse a conduta do lesante.

À semelhança da doutrina francesa, grande importância também teve a civilística italiana, a partir da metade do século XX, para a consagração da teoria, notadamente na figura de Maurizio Bocchiolla⁶ – que, contrariando o posicionamento do conterrâneo Giovanni Pacchioni,⁷ conseguiu enxergar um dano autônomo, soberano ao hipotético dano final. Desta feita, Bocchiolla

⁴ A expressão “*chance*”, em francês, denota o sentido jurídico de *probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda*. Com efeito, traduzida para português, seria mais correto a utilização do termo “*oportunidade*”. Não obstante, optou-se por manter a nomenclatura *perda de uma chance*, tendo em linha de conta a sua consagração, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência brasileiras. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 3.

⁵ Conforme ressalta François Chabas, apesar de posicionamentos divergentes, grande parte da doutrina francesa se posiciona dessa maneira. A primeira decisão seria datada de 1889, pelo “*fatto di un ufficiale giudiziario che há impedito la possibilitá di ricorrere validamente in appello*”. Todavia, o autor ressalta que, sem margens para dúvidas, a *Corte di cassazione* se pronunciou sobre ela em 26 de maio de 1932. CHABAS, François. La perdita di chance nel Diritto Francese della Responsabilità Civile, in *Responsabilità civile e Previdenza: rivista bimestrale di dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*. Volume 61, nº. 2, 1996. p. 227.

⁶ BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza Del dano, in *Revista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXX, 1976. pp. 60-104.

⁷ Ao analisar os casos tradicionais apontados pelos franceses, o professor da Universidade de Milão defendeu a não aplicabilidade dessa teoria pela ausência da certeza do dano. PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano*, Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, Volume IV. Padova: Cedam, 1940. p. 109.

enquadrou o dano da perda de uma chance como um dano emergente, transcendendo assim às dificuldades corriqueiras da prova de nexos causal que havia ao considerá-lo como lucro cessante.⁸

Um dos exemplos paradigmáticos da teoria da perda de uma chance é justamente o do advogado que, por desídia, perde o prazo de interposição de recurso de apelação. Não obstante o prejuízo causado ao seu cliente, com o cerceamento da possibilidade de ter o seu processo reavaliado por uma segunda instância e, quiçá, conseguir o provimento do recurso, é impossível comprovar que haveria essa reforma. Portanto, em uma perspectiva tradicional, não haveria nenhum dano a ser ressarcido.⁹

É nesse particular que a teoria da perda de uma chance ganha relevo. Desde que as chances sejam sérias, reais, consideráveis e definitivas,¹⁰ tal teoria postula o ressarcimento da sua perda. Em síntese perspicaz, François Chabas esclarece que a questão da perda de uma chance surge quando, numa situação, por definição vantajosa para o futuro lesado, havia uma álea e essa álea desapareceu em virtude de uma conduta culposa do lesante. Entretanto, é preciso ressaltar que essa chance não poderia ser um sonho, uma oportunidade parca e hipotética, mas sim algo realmente viável.¹¹

Muitas são as divisões da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, todavia, a mais coeva interpretação é a de que não haveria um abrandamento da teoria da causalidade, e

⁸ Ecoando tal posicionamento, grande parte da doutrina italiana tem-se posicionado nesse sentido. Por todos, CUPIS, Adriano de. *Il risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giurisprudenza Italiana*, volume I. 1986. p. 1181.

⁹ A teoria da perda de uma chance tem um vasto leque de possibilidades. Os casos geralmente apontados são: o jóquei que iria participar de uma corrida e seu cavalo não chegou à tempo por culpa do transportador; um candidato que foi injustamente impedido de fazer uma segunda etapa de um concurso no qual havia passado na primeira fase; um pintor que envia seu quadro para uma exposição mas esse não chega por culpa do correio; um paciente que já estava com uma doença, todavia o médico (por negligência) só a diagnostica depois de um longo lapso temporal e o indivíduo acaba falecendo (*in casu*, tratar-se-ia da perda da chance de cura ou de sobrevivência), entre outros. Em comum, vislumbra-se a semelhança da perda de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo por culpa alheia. Por todos, VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*, in *GHESTIN Jacques (Org.). Les conditions de la responsabilité. 3^e édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006. pp. 91-96; e GUALANO, Tommaso. *Perdita di chance*, VETTORI, Giuseppe (Org.). *Il danno risarcibile*, volume 1. Milão: CEDAM, 2004. pp. 121-190.*

¹⁰ PARTISANI, Renato. Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: *La perdita della chance*, in *Responsabilità civile e Previdenza: rivista bimestrale di dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, Volume 65, nº. 3, 2000. pp. 566-588.

¹¹ Conforme também a lição de GOMES, Júlio Vieira. Sobre o do Dano da Perda de Chance, in *Direito e Justiça*, Volume XIX, Tomo II. Lisboa, 2005. p. 11, que, no fim do seu estudo, acaba por se posicionar contrariamente à ampla aplicação da teoria em Portugal, país no qual ela está ganhando progressivo número de adeptos. Nas palavras do autor, existiria "um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito Português vigente" (p. 44). Para melhor compreensão da controvérsia, transcreva-se os ensinamentos de Rute Teixeira Pedro: "Ora, todo o problema está em que, em virtude da aleatoriedade do resultado final, não se pode afirmar que o comportamento do terceiro seja a *conditio sine qua non* da sua perda. Não se sabe se, retirado que fosse o facto do terceiro, a vantagem seria alcançada (ou perdida) ou a desvantagem seria efectivamente evitada (ou se se consumaria). Então, dado o não estabelecimento deste nexos causal – um dos requisitos que depende a responsabilidade civil – não se pode reconhecer uma indemnização pela perda desse resultado". E continua a autora: "porém, se se mudar o ângulo de visão e se tomar como objecto de análise, não o resultado final, mas as possibilidades existentes de ele ser atingido, a resposta quanto ao nexos causal será distinta. Sendo o prejuízo considerado, a frustração das chances presentes, pode entender-se que o comportamento de terceiro é a causa jurídica da verificação desse prejuízo". PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção de perda de uma chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 203. Entre os defensores da aplicação da teoria em terras lusitanas, confira-se, por todos, MONTEIRO, J. Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 297; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12^o ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 596-597.

sim um tipo de dano – autônomo, presente e certo – indenizável: simplesmente o dano da perda da chance. Nesse sentido, Sérgio Savi pontifica: “deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independente do resultado final”.¹²

A propósito da responsabilização do advogado, afirma a melhor doutrina:

As chances devem ser ‘sérias e reais’, como no caso de alguém que ingressa em juízo, mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p. ex., perde o prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Nesse caso, não se trata de uma mera e subjetiva ‘esperança de vencer a causa’, nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior. Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação, criteriosa, da teoria.¹³

Apesar de a teoria da perda de uma chance (leia-se, chance de se obter uma vantagem futura ou de se evitar um prejuízo efetivamente ocorrido) não estar expressamente prevista no Código Civil brasileiro, a sua aplicação é amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência, desde que presentes os seus requisitos.¹⁴

Acerca do requisito “seriedade”, destaque-se que seria pouco razoável a utilização da teoria para indenizar uma adolescente que tenha sofrido uma lesão e alegasse que teria sido

¹² SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 63.

¹³ COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações: Adimplemento e Extinção das Obrigações*, Volume V, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. pp. 360-362.

¹⁴ Sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, confira a obra de referência de SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 191 e ss. Após destacar a crescente aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil, Gustavo Tepedino, Aline Valverde Terra e Gisela Sampaio Guedes asseveram: “Trata-se, em realidade, não de uma nova ‘categoria’ de dano, mas de uma nova *situação lesiva*, que tanto pode gerar dano patrimonial, quanto dano extrapatrimonial, a depender do caso.” TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil*, Vol. 4. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 123. Ainda que formulado o pedido na petição inicial por danos materiais, sem expressa menção de aplicação da teoria da perda da chance, a jurisprudência tem entendido que ela pode ser aplicada, não se configurando um julgamento *extra petita*. Veja-se: “4. Os pedidos formulados devem ser examinados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta, mesmo porque a obrigatoria adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância aos brocardos da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito). 5. Na hipótese, a causa de pedir está fundada na oposição intempestiva dos embargos monitorios e na ausência de informações acerca da revelia decretada nos autos, enquanto o pedido é de indenização por danos materiais. 6. Inexiste o alegado julgamento *extra petita*, pois o autor postulou indenização por danos materiais e as instâncias ordinárias condenaram o réu em conformidade com o pedido ao fundamento da perda de uma chance, apenas concedendo a reparação em menor extensão”. (REsp 1637375/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira turma, julgado em 17/11/2020, DJe 25/11/2020). No mesmo sentido: “6. Não há julgamento *extra petita* quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula nº 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus*”. (Aglnt no REsp 1364494/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira turma, julgado em 28/03/2017, DJe 17/04/2017).

impedida de ser uma modelo internacional em virtude disso.¹⁵ Igual raciocínio serviria para negar ao cliente de um advogado que requeresse indenização pela perda do prazo recursal que envolvia matéria sumulada e doutrina pacífica em seu desfavor, de modo que as chances de provimento do recurso seriam remotíssimas.

Para além das características “séria” e “real” da perda da chance, é fundamental que essa seja definitiva. Neste *iter*, os irmãos Mazeaud elucidam que a reparação em virtude do dano pela perda de uma chance se concretiza apenas quando:

não é mais exequível esperar para saber se o prejuízo existirá ou não; a realização do dano não mais está sujeita à eventos futuros ou incertos. A situação é definitiva; nada mais irá modificá-la; por sua culpa, o réu interrompeu o desenvolvimento de uma série de fatos que poderiam ser originadoras de ganhos ou perdas.¹⁶

Portanto, a indenização da perda de uma chance não definitiva poderia acarretar um enriquecimento sem causa, bastando pensar-se no caso de a vantagem se concretizar na sequência. Também nessa lógica, não seria ressarcível a conduta que poderia ter acarretado a perda da chance de evitar um prejuízo, mas esse não se consumasse.

Nesse particular, pense-se na hipótese de o advogado que não apresentasse tempestivamente contestação para o seu cliente, porém, antes da sentença do magistrado, a autora apresentasse uma petição unilateral renunciando à pretensão formulada na ação, permitindo a extinção da ação com o julgamento do mérito (art. 487, inc. III, alínea “c” do CPC). Ora, não haverá qualquer dano para o cliente que não ofereceu a contestação. A perda da chance capaz de gerar o dever de indenizar para o lesante deve ser definitiva e irremediável, a álea que existia tem que desaparecer, assim como ocorre quando o advogado não ajuíza a ação e o (bom) direito do seu cliente prescreve.

Trata-se, portanto, de um dano presente. A atualidade desse dano resulta do fato de se estar a reparar o dano oriundo da privação da chance – e não da privação da utilidade final que essa chance facultava alcançar.¹⁷

Se por um lado a teoria da perda de uma chance permite que haja o ressarcimento do dano relativo à perda da álea, por outro ela restringe a indenização ao montante da probabilidade de esse álea ter resultado, seja em uma vantagem, seja em uma ausência de concretização de uma desvantagem, para o prejudicado, conforme será examinado no tópico 3.

Antes, porém, cabe trazer à ribalta o seguro *E&O* de advogados. É o que segue.

¹⁵ Sobre o tema, já se pronunciou o STJ: “É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.079.185. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008.

¹⁶ MAZEAUD, Jean, Leon e Heni. *Traité theorique et praique e la responsabilité civile*, 6º edição. Paris: Montchrestien, 1978. p. 273. (Tradução livre).

¹⁷ PEDRO, Rute Teixeira. Op. cit. pp. 223-224.

2. ASPECTOS ESSENCIAIS DO SEGURO E&O DE ADVOGADOS

Inserido na seção do seguro de dano, o seguro de responsabilidade civil é tratado diretamente em apenas dois dispositivos do Código Civil. Nos moldes do *caput* do artigo 787, “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. O mesmo artigo estabelece o dever por parte do segurado de comunicar ao segurador, “tão logo saiba”, atos suscetíveis de “lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia”, bem como o proíbe a “reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”, respectivamente nos parágrafos 1º e 2º.

Já o art. 788 do CC estabelece que, “nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”, o que acaba por fortalecer a posição, sumulada pelo STJ, no sentido de que no seguro RC facultativo o terceiro lesado não pode intentar ação direta e exclusivamente em face do segurador (súmula 529, editada em 2015).¹⁸

O art. 3º da Circular Susep nº 637, de 27/07/2021, por sua vez, define da seguinte forma o seguro de responsabilidade civil:

Art. 3º. No seguro de responsabilidade civil, a sociedade seguradora garante o interesse do segurado, quando este for responsabilizado por danos causados a terceiros e obrigado a indenizá-los, a título de reparação, por decisão judicial ou decisão em juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, mediante a anuência da sociedade seguradora, desde que atendidas as disposições do contrato.

Existem vários pontos controvertidos na matéria, como a necessidade de anuência prévia da sociedade seguradora para a feitura de acordo *vis à vis* o dever de mitigar os próprios danos dos segurados, a existência de cobertura para os custos de defesa dos segurados e o controle de razoabilidade do seu valor nos casos concretos, bem como a possibilidade de cobertura de multas e penalidades impostas aos segurados (art. 3º, § 3º da Circular Susep nº 637, de 27/07/2021). Tais questões, porém, ultrapassam o horizonte do presente estudo.

Cabe, aqui, traçar algumas notas essenciais sobre o seguro de responsabilidade civil dos advogados. Com efeito, as principais coberturas presentes nessa modalidade contratual são para danos materiais, morais e corporais causados no exercício da profissão e os custos de defesa do segurado, incluindo honorários advocatícios. Entre as coberturas dispostas como adicionais, ou seja, que requerem contratação específica mediante o pagamento de prêmio extra, podem ser citadas: gerenciamento de crises, quebra de sigilo profissional, difamação, calúnia e injúria, bem como danos gerados por subcontratados e terceirizados.

¹⁸ Sobre o tema, confira-se GOLDBERG, Ilan. Reflexões a propósito da função social no domínio dos contratos de seguro, da estipulação em favor de terceiro e do seguro à conta de outrem. In: TZIRULNIK, Ernesto et al. *Direito do Seguro Contemporâneo*, vol. 1. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. pp. 107 e ss.

No que se refere às exclusões de coberturas presentes nas apólices, são mais comuns a restituição ou compensação de honorários pagos pelo cliente, multas contratuais, atos dolosos do segurado, prestação de serviços sem a devida autorização ou licença e atos não relacionados à prática profissional do advogado. A equiparação da culpa grave ao dolo, para fins de exclusão de cobertura pelo segurador, na prática é muitas vezes relativizada, sob o argumento de não atendimento a um interesse legítimo do segurado/advogado.¹⁹

Nesse pano de fundo, salta aos olhos a necessidade de o advogado, preferencialmente junto ao seu corretor de seguros, analisar minuciosamente os termos propostos pela seguradora antes da contratação, fazendo, na sequência do vínculo negocial, um gerenciamento de sua apólice. Isso inclui o cumprimento dos deveres de informação, presentes na fase pré-contratual e durante a relação negocial, como a declaração inicial do risco, a informação do agravamento do risco e o tempestivo aviso de sinistro ou de expectativa de sinistro. Some-se, ainda, o dever de o segurado mitigar os seus próprios prejuízos e quitar tempestivamente o prêmio.

Vista a questão sobre outra perspectiva, são alguns dos mais notáveis deveres dos seguradores: i) prestar todas as informações necessárias, redigindo a apólice de forma clara e destacando as cláusulas restritivas e limitativas de direito do segurado; ii) pagar tempestivamente a indenização, caso ocorra sinistro que tenha cobertura; iii) garantir interesses legítimos dos segurados, respeitando a delimitação contratual do risco; iv) constituir reservas técnicas para garantir as obrigações assumidas; v) tratar adequadamente os dados do segurado e manter o sigilo das informações que tiver conhecimento em virtude da celebração do contrato; vi) não recusar propostas de contratação de seguro com fundamentos não merecedores de tutela no ordenamento jurídico brasileiro; e vii) arcar com as despesas de salvamento consequente ao sinistro, até o limite máximo de indenização fixado no contrato.

Assim como ocorre em outras modalidades de seguros de responsabilidade civil, no seguro *E&O* de advogados o exame feito na regulação de sinistro pelo segurador deve considerar, em especial, dois pontos: i) a responsabilidade civil do segurado resta caracterizada? ii) quais são os contornos dessa responsabilização?

Com efeito, caberá ao segurador avaliar se, em virtude de erros ou omissões culposas do segurado (negligência, imprudência e imperícia no exercício de sua atividade profissional), foi

¹⁹ “Em se tratando do exercício da advocacia, os erros cometidos, independentemente das consequências processuais e financeiras, constituem, quase sempre, uma falta grave. Seja a interposição intempestiva de um recurso, a perda de prazo prescricional para ajuizamento de uma ação seja a falta injustificada a uma audiência, como meros exemplos de erros que podem trazer maior ou menor consequência mas que comungam de alto grau de gravidade, é preciso ter em vista que é justamente por conta do risco de erros dessa natureza que o advogado contrata o seguro de responsabilidade civil profissional. Portanto, vê-se que o dogma repetido sem maior reflexão no meio securitário de que ‘o seguro não cobre dolo ou culpa grave equiparável ao dolo’, além de ser criticável pela enorme imprecisão técnica, nem sempre retrata a realidade. Não houvesse cobertura para tais hipóteses, de evidente culpa grave, o seguro ficaria sem sentido”. FREITAS, João Paulo Sá de; SOUZA, Rodrigo Gomes de. Perda de uma chance e seguro *E&O* de advogados. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, Tomo II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 644. Acerca da interpretação da excludente “culpa grave equiparável ao dolo” no seguro de responsabilidade civil profissional, vale a leitura de OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. A excludente de cobertura de “culpa grave equiparável ao dolo” no seguro de Responsabilidade Civil Profissional. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, Tomo I. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 651 e ss.

ocasionado um dano injusto a um terceiro. Se houver sentença judicial transitada em julgado atestando a responsabilidade civil do advogado, à seguradora restará, dentro do limite máximo de indenização estipulado na apólice e observando a franquia, pagar o montante devido ao terceiro prejudicado.

Ocorre que, na maioria dos casos, a discussão se coloca em fase anterior, cabendo ao segurador decidir durante a fase da regulação de sinistro, que, normalmente, tem vez antes da judicialização do pleito por parte do terceiro prejudicado, se – e em que medida – irá cobrir o montante requerido.

Alguns pontos devem ser considerados para a referida decisão por parte do segurador, tais quais: i) a obrigação do advogado é, em regra, de meio e não de resultado;²⁰ ii) é necessário um nexos causal direto e imediato entre a conduta culposa do advogado e o dano injusto do lesado (*responsabilidade subjetiva*);²¹ e, iii) havendo nexos causal, caberá sopesar de que forma a falha do segurado contribui para o mencionado dano no caso concreto.

Portanto, além da análise do erro cometido pelo segurado, no caso dos seguros de responsabilidade civil profissional para advogados em que, por exemplo, houve a perda de um prazo recursal, é preciso voltar-se os olhos ao mérito do processo judicial em causa. Ou seja, é necessário averiguar se o erro do advogado/segurado realmente influenciou na perda da chance de êxito na ação em que seu cliente figurava. Conforme ensina a doutrina especializada:

Dessa forma, deve-se avaliar as possibilidades de o advogado obter êxito em determinada demanda caso tivesse agido diligentemente e, a partir desta valoração, verificar qual teria sido a probabilidade de atingir a vantagem esperada, na proporção em que sua conduta tenha contribuído para tanto.²²

²⁰ Essa distinção é quase unanimemente atribuída ao jurista francês René Demogue (*Traité des obligations en général*, I, T. V. Paris: Arthur Rousseau, 1925. p. 536 e ss). Todavia, Ricardo Lucas Ribeiro ressuscitou a discussão (que, apesar de não ter efeitos práticos, pelo rigor científico impõe-se a ressalva), amparado na doutrina de Luigi Mengoni e J. Miguel Lobato Gomez, no sentido de que essa divisão, ainda que com nomeação diversa, já estava presente na doutrina tedesca no final do séc. XIX, designadamente por meio de Bernhöft. RIBEIRO, Ricardo Lucas. *Obrigações de meios e obrigações de resultado*. Coimbra: Coimbra editora. 2010. pp. 28-29. As obrigações de meios são obrigações em que o devedor não está forçado à obtenção de um determinado resultado, mas tão somente a empregar todas as suas “munições”, com empenho, diligência e conhecimento técnico para tanto. O principal elemento caracterizador dessa obrigação é a presença da álea, ou seja, da incerteza em relação à verificação do fim perquirido. Por outro lado, a obrigação de resultado configura-se como a incumbência de alcançar o fim desejado. O devedor possui - literalmente - a obrigação de não apenas empenhar todo o seu esforço e zelo, mas de alcançar o resultado almejado pelo credor. O mero descumprimento desse resultado, por si só, ocasiona a responsabilização do devedor nesta modalidade obrigacional. Em regra, a obrigação do advogado é de meios. Ou seja: este profissional possui o dever de empreender todos os recursos e subsídios para que consiga obter sucesso na demanda, entretanto, não se compromete à resultado algum. Por mais que seja brilhante a atuação do advogado, sempre dependerá de questões atinentes ao mérito da ação e do julgamento dos magistrados. Em alguns casos específicos, todavia, poderá estar em jogo a obrigação de resultado, como quando o advogado se compromete a redigir um contrato dentro de determinado lapso temporal.

²¹ “A responsabilidade civil do advogado é regida não só pelas normas gerais do Código Civil (art. 186 e 667), mas também pelo Estatuto da Advocacia (mais notadamente, pelo art. 32 do referido diploma) e pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º). É possível extrair da leitura dos referidos dispositivos legais que a responsabilidade do advogado é *subjetiva*, de sorte que se exige que o mesmo tenha agido com *culpa*”. TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. cit. p. 197.

²² AFFONSO, Carolina Oger. Op. cit.

Indo além, não se pode perder de vista que, mesmo na ausência de especificação da observância da teoria da perda de uma chance na apólice de seguro de responsabilidade civil profissional, a sua aplicação será medida impositiva, uma vez que decorre da própria análise, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, da responsabilidade civil do segurado.²³ Ora, se o próprio lesante estaria vinculado a indenizar apenas o dano da perda da chance, por qual motivo o segurador deveria indenizar mais do que isso? O seguro RC Advogado não tem como função a manutenção da boa relação entre o segurado e o terceiro prejudicado, mas sim proteger o patrimônio do segurado em face de danos injustos (leia-se, lesões a interesses juridicamente protegidos) que eventualmente der causa no exercício de sua profissão.

Ademais, a imperiosidade da análise do mérito da ação tem como justificativa, ainda, o não incentivo ao segurado para o cometimento de falha profissional em processo que a toda evidência não será bem-sucedido e, na sequência, postular à seguradora o pagamento de indenização. Ora, se fosse assim o seguro serviria como um garantidor das demandas judiciais não exitosas, o que não pode acontecer.

Mas como o segurador deverá quantificar o dano da perda de uma chance causado pelo segurado ao terceiro prejudicado? É o que se examinará subseqüentemente.

3. DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO DA PERDA DE UMA CHANCE PELO SEGURADOR

A dificuldade na quantificação da chance, durante muito tempo, dificultou a consagração da teoria sob análise.²⁴ Ela, porém, não é suficiente para a ausência de sua aplicação – por um lado deixando desamparada a vítima que perdeu chance séria e real de ter a vantagem ansiada e, por outro, sobrecarregando o lesante, uma vez que, mesmo que ele tivesse atuado de forma

²³ No mesmo sentido: “a previsão da aplicabilidade da perda de uma chance nas apólices de seguro de responsabilidade civil profissional para advogados, embora desejável para que evite discussões, se torna prescindível, na medida em que se tem, em verdade, uma derivação da obrigação legal de indenizar, limitando o dano à chance perdida”. FREITAS, João Paulo Sá de; SOUZA, Rodrigo Gomes de. Op. cit. p. 649. Vide, ainda, AFFONSO, Carolina Oger. Op. cit. (a autora afirma: “embora não seja especificada no clausulado das apólices, a teoria da perda de uma chance deve ser aplicada na regulação dos sinistros de RC Advogado, uma vez que tal teoria integra a própria análise da responsabilidade civil destes profissionais”).

²⁴ Interessante notar que já constou na jurisprudência italiana que a chance somente seria indenizável se tivesse uma probabilidade mais alta do que 50%, conforme acórdão de 19/12/1985, nº 6506 da *Corte di Cassazione*, que, entretanto, é diverso do acórdão de 13/12/2001, n.º 15759, da mesma Corte, que, no exemplo da responsabilidade civil dos advogados, reconheceu a irrestrita possibilidade de indenização, independentemente da viabilidade do processo (sendo que os contornos da chance apenas influenciaria a quantificação da indenização). FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra editora, 2011. pp. 151-160. As decisões não prevaleceram por serem contrárias à teoria geral da responsabilidade civil e ao próprio escopo da teoria da perda da chance. Se a análise de eventual probabilidade acima de 50% acarretaria injustiças (pragmaticamente, qual é a diferença de 49% e 51%? Como aferir essa diferença?), a aplicação desmedida da figura deve ser vista com receio, podendo resultar, inclusive, em indenização como chance de um dano que, na verdade, era a própria vantagem final (e assim deveria ter sido ressarcido não em termos de probabilidade), ou até de uma chance muito pequena, não carecedora de tutela. Sobre o tema, confira-se o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, *não ficando adstrita a percentuais apriorísticos*”. (Destacou-se).

impecável, o efetivo alcance da referida vantagem afigurar-se-ia duvidoso, e não seria possível fazer uma análise contrafactual.

Conforme se disse anteriormente, a condição da chance é examinada não sob o prisma do resultado que poderia ocorrer no futuro – e que se revelaria dúbio –, mas das chances que o ofendido possuía em adquirir a vantagem ou evitar o prejuízo que acabou por se concretizar. Em que pese a ausência de certeza do dano final, a certeza da perda da chance de evitá-lo será evidente (assim como, se for o caso, a certeza da perda da aleatoriedade de não se obter uma desvantagem).

Por isso mesmo, a doutrina aponta que a reparação da perda de uma chance *repousa, a um só tempo, numa certeza e numa probabilidade*: “a certeza de que, não fosse o evento danoso, a chance desperdiçada teria sido aproveitada, e a probabilidade de que, neste caso, a vantagem poderia não ter sido perdida ou o prejuízo poderia ter sido evitado”. Indo além, aponta ainda que:

No que diz respeito à prova do dano, importa considerar que a perda da chance não se confunde com o dano hipotético ou com os chamados ‘sonhos de ganância’, tampouco com a esperança subjetiva na obtenção de determinada vantagem. Para indicar a chance que, uma vez perdida por ato imputável ao ofensor, dá ensejo ao dever de indenizar, exige-se que o dano seja ‘certo’. No entanto, a peculiaridade da teoria da perda da chance está em que, neste caso, a certeza deve recair sobre uma probabilidade. A certeza da probabilidade é o que separa os danos reparáveis, decorrentes da perda de uma chance, dos danos meramente hipotéticos, que sequer apresentam um grau mínimo de certeza para garantirem o seu lugar na teoria da responsabilidade civil.²⁵

Iniciando a análise da quantificação da reparação, cumpre mencionar que a indenização pela perda de uma chance será sempre menor do que a vantagem prevista e irremediavelmente perdida. Nessa seara, de notar o disposto no artigo 7.4.3, n.º 2 dos Princípios do Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais, aprovado em Roma, 1994, que dispõe: “A compensação pela perda de uma chance pode ser devida na proporção da probabilidade de sua ocorrência”.²⁶

Nesse particular, é digno de realce que, embora a indenização não verse sob o valor total da vantagem perdida em virtude da ação ou omissão do lesante, esse fato não afasta o princípio da reparação integral do dano, pois o dano – perda da chance – será ressarcido de modo absoluto.²⁷ É precisamente o grau de probabilidade de obtenção da vantagem (perdida) que será determinante para a quantificação da indenização.²⁸

²⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. cit. pp. 124 e 126.

²⁶ O artigo 7.4.3 refere-se à certeza do dano, aduzindo, *ipsis litteris*: “(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty. (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence. (3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court”. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Acesso em: 22.08.2021.

²⁷ No contexto lusitano, ensina Sinde Monteiro, “nem sequer é exacto que nestas hipóteses apenas haja o direito a uma indemnização parcial; também aqui vale o princípio da indemnização integral, só que os juízes devem ter em conta tanto a existência como o grau da álea que afecta a realização da *chance perdue*”. MONTEIRO, J. Ferreira Sinde. Op. cit. pp. 297-298.

²⁸ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 126.

Destarte, imagine-se que um advogado por falta de diligência perca o prazo de interposição de recurso, sendo que a matéria controvertida era passível de reforma. Sendo o valor da causa cem mil reais, o juiz deverá fazer uma avaliação e, se perceber que, de acordo com a jurisprudência, havia 60 % de chance de ter sido revertida a sentença, o advogado tem que indenizar sessenta mil reais ao seu cliente. Não se exige os cem mil reais, pois é impossível afirmar ao certo o resultado do certame e a indenização do valor integral geraria um enriquecimento sem causa do lesado. A mesma lógica se aplica ao segurador.

Conforme Luis Medina Alcoz explica, esse processo tem recebido pela doutrina o nome de “*juicio dentro del juicio*”, ou “*trial within the trial*” e “*procès-dans-le-procès*”, dependendo do país.²⁹ Com efeito, o “juízo dentro do juízo” consiste no fato de o juiz da causa (ou, no que aqui interessa, o segurador) efetuar uma representação ideal do que teria sucedido no processo caso não tivesse sucedido o ato culposos do advogado que extirpou a chance de êxito de seu cliente. Avaliado o grau de probabilidade de vitória, certo será o grau de probabilidade de que o lesante foi o causador do dano, sendo esse o valor base para a condenação (ou, no que aqui interessa, o pagamento do sinistro pelo segurador).³⁰

Aliás, a perda de uma da chance na questão judiciária é uma das aplicabilidades da teoria que tem mais sucesso, pois é umas das poucas questões que os juízes atuam como *experts*; nas questões médicas, por exemplo, os juízes precisam muito mais de peritos.³¹

Ao examinar os parâmetros necessários, por parte do segurador, para a quantificação da chance perdida, afirma a doutrina:

Tal análise justifica-se pelo fato de que a regulação do sinistro depende da verificação (i) do nexos causal entre o erro cometido pelo segurado e os prejuízos sofridos por terceiros clientes; e, caso reste comprovado o nexos causal, (ii) do quanto o segurado efetivamente contribuiu para os prejuízos sofridos. Para tanto, é necessário identificar (i) a situação original do cliente terceiro, (ii) o erro cometido pelo escritório de advocacia segurado; e (iii) o dano efetivo que o erro profissional representou para o caso concreto. Com relação a este ponto, esclareça-se que a identificação do erro, por si só, não é suficiente para fins de cobertura securitária.³²

Em termos simplificados, a quantificação pode ser feita em duas etapas, sendo a primeira a análise dos contornos da vantagem econômica que poderia ter sido alcançada e que foi obstada direta e imediatamente pela atuação culposa do advogado, e a segunda a probabilidade que essa chance tinha de ser alcançada, que deve ser séria e real.

Pelo que se depreende da jurisprudência nacional acerca do tema, os critérios para aferir a seriedade da chance perdida não são objetivos e imutáveis, sendo necessária a análise das

²⁹ ALCOZ, Luis Medina. Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades, *in Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, Segundo Trimestre. España, 2009. pp. 52-53.

³⁰ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no direito português*, *in Verbo Jurídico*. 2008. p. 105. Disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciocosta_danoperdachance.pdf. Acesso em: 18.08.2021.

³¹ MAZEAUD, Jean, Leon e Heni. Op. cit. p. 282.

³² FREITAS, João Paulo Sá de; SOUZA, Rodrigo Gomes de. Op. cit. p. 650.

circunstâncias do caso concreto. Para que a perda da chance seja quantificada, é importante que atribua-se a ela um percentual e, portanto, é obrigatória a apreciação detida do caso pelo julgador.³³

Tarefa ainda mais árdua é a dos reguladores de sinistros, que fazem as suas avaliações, em especial, de acordo com o entendimento jurisprudencial de casos semelhantes aos examinados. Se, por exemplo, ao analisar um sinistro, o regulador concluir que se o lesado não tinha qualquer probabilidade de sucesso em eventual recurso de apelação que deixou de ser interposto, porque existia jurisprudência pacífica contrariando o seu pleito, não existirá dano injusto pela desídia do causídico e, em consequência, inexistirá um dever de indenizar pela seguradora.

Frise-se: na ausência de chance séria e real, não há que se falar em responsabilidade civil do advogado, tampouco de indenização pela seguradora, mesmo que haja sido cometida uma falha profissional ao longo do processo judicial:

1. Pretensão de indenização fundada em perda de uma chance, sob a alegação de que os advogados do escritório modelo da instituição recorrida, deixando de interpor recurso de apelação, acarretaram ao autor perda do direito de receber parcelas retroativas de benefício previdenciário. 2. 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 (REsp 1.104.665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe de 4.8.2009). 3. Segundo a jurisprudência desta Corte, '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' (REsp 993.936/RJ, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 23.4.2012). 4. *O direito à indenização, nessas circunstâncias, somente existiria diante de situação de real e séria possibilidade de êxito do recurso que os recorridos deixaram de interpor no âmbito da ação previdenciária - o que não é o caso dos autos -, tendo em vista que, conforme anotado pelas instâncias ordinárias, não haveria prova da incapacidade do autor no período pleiteado, requisito imprescindível à obtenção do benefício previdenciário pretendido.* 5. Agravo interno provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial.³⁴

³³ Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação nº 0020908-80.2013.8.19.0014, anulou a sentença de primeiro grau ante a ausência de quantificação da chance perdida. Veja-se: "5. A perda de uma chance decorre da frustração das expectativas da parte, devendo a verba indenizatória corresponder à chance real e efetiva perdida pela parte, e não ao prejuízo final, como entendeu o magistrado de primeiro grau. 6. A perda de uma chance e a indenização devida pelos réus a esse título depende da análise do processo de nº 0002943- 86.2011.8.19.0070, sendo que o valor da verba indenizatória deve corresponder à chance que a ré naquele processo, Transporte e Comércio (...), tinha de vencer a demanda, caso fosse apresentada a contestação e os recursos cabíveis. 7. Ausência de apreciação, na sentença, da questão relativa ao percentual correspondente à chance perdida pela parte autora. 8. Anulação da sentença. Impossibilidade de aplicação do art. 1.013, §3º, II, do CPC/2015, porquanto é necessária maior dilação probatória. (TJRJ, 25ª Câmara Cível, Apel. nº 0020908-80.2013.8.19.0014, Relator Des. Sérgio Seabra Varella, J. 29 agosto 2018).

³⁴ AgInt no AREsp 1333056/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta turma, julgado em 17/12/2019, DJe 03/02/2020. (Destacou-se).

Assim como as decisões judiciais, as tomadas pelos reguladores de sinistro e as seguradoras terão que ser sempre fundamentadas. Se, em um caso concreto, o segurado não concordar com o resultado da quantificação do dano da perda de uma chance, poderá tomar as medidas administrativas e judiciais cabíveis para fazer valer o seu (suposto) direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora já se tenha apontado em sede doutrinal que muitas das ações de indenização em face dos advogados possuem “a sua gênese em complexo dos clientes que, não encontrando satisfação suficiente em maldizer dos juízes, procuram, em acções contra os seus antigos advogados, um sucedâneo susceptível de atenuar a sua decepção”,³⁵ a verdade é que, não raro, há o cometimento de falhas profissionais por advogados.

Diante desse cenário, é de fundamental importância bem compreender os contornos da responsabilidade civil subjetiva desses profissionais liberais e as modalidades de suas obrigações – que, em regra, são de meios e não de resultados. Isso vale para a relação direta entre o advogado e o seu cliente lesado, mas também para a seguradora, que, no âmbito do seguro *E&O*, garante o risco de erros e omissões cometidos por advogados e inseridos dentro da delimitação contratual.

Com efeito, a teoria da perda de uma chance propicia, a um só tempo, a compensação do lesado e a não oneração excessiva do lesante, sendo ambas feitas na justa medida da perda chance de se obter uma vantagem futura ou de se evitar um prejuízo efetivamente ocorrido. Apenas quando a chance perdida pelo lesado se qualificar como séria, real e definitiva é que haverá a – proporcional – obrigação de sua reparação pelo lesante e, se for o caso, o seu segurador.

Na dificuldade de mensuração dessa probabilidade - feita pelo “juízo dentro do juízo”, que se baseará na jurisprudência do respectivo assunto, bem como na doutrina e na legislação -, serão ainda mais importantes o prudente arbítrio do julgador/regulador de sinistro e a adequada fundamentação das decisões.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Carolina Oger. *Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos seguros de RC Advogados*. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/aplicabilidade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-nos-seguros-de-rc-advogados.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

ALCOZ, Luis Medina. Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades, *in Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, Segundo Trimestre. España, 2009.

³⁵ ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Responsabilidade Civil dos Advogados*, 2º edição. Coimbra: Coimbra editora, 1998. p. 9.

- ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Responsabilidade Civil dos Advogados*, 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 1998.
- BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza Del dano, in *Revista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXX, 1976.
- BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005.
- CHABAS, François. La pedita di chance nel Diritto Francese della Responsabilità Civile, in *Responsabilità civile e Previdenza: rivista bimestrale di dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*. Volume 61, nº. 2, 1996.
- CORREIA, Paulo. Da Responsabilidade Civil do Advogado pelo incumprimento dos deveres de competência e de zelo, in *Revista do Ministério Público*, n.º 119, ano 30. Lisboa, 2009.
- COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações: Adimplemento e Extinção das Obrigações*, Volume V, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no direito português*, in Verbo Jurídico. 2008. Disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf. Acesso em: 18.08.2021.
- CUPIS, Adriano de. *Il risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giurisprudenza Italiana*, volume I. 1986.
- FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra editora, 2011.
- FREITAS, João Paulo Sá de; SOUZA, Rodrigo Gomes de. Perda de uma chance e seguro E&O de advogados. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, Tomo II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- GOLDBERG, Ilan. Reflexões a propósito da função social no domínio dos contratos de seguro, da estipulação em favor de terceiro e do seguro à conta de outrem. In: TZIRULNIK, Ernesto et al. *Direito do Seguro Contemporâneo*, vol. 1. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
- GOMES, Júlio Vieira. Sobre o do Dano da Perda de Chance, in *Direito e Justiça*, Volume XIX, Tomo II. Lisboa, 2005.
- GUALANO, Tommaso. *Perdita di chance*, VETOORI, Giuseppe (Org.). *Il danno risarcibile*, volume 1. Milão: CEDAM, 2004.
- MAZEAUD, Jean, Leon e Heni. *Traité theorique et praïque e la responsabilité civile*, 6ª edição. Paris: Montchrestien, 1978.
- MONTEIRO, J. Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. A excludente de cobertura de "culpa grave equiparável ao dolo" no seguro de Responsabilidade Civil Profissional. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, Tomo I. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano*, Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, Volume IV. Padova: Cedam, 1940.

PARTISANI, Renato. Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: *La perdita della chance, in Responsabilità civile e Previdenza: rivista bimestrale di dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, Volume 65, n.º. 3, 2000.

PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção de perda de uma chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lucas. *Obrigações de meios e obrigações de resultado*. Coimbra: Coimbra editora. 2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil*, Vol. 4. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VASSILIEFF, Silvia. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*, in *GHESTIN Jacques (Org.). Les conditions de la responsabilité. 3º édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 2006.

Recebido: 18.10.2021

Aprovado: 23.11.2021

Como citar: JUNQUEIRA, Thiago. Aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do seguro E&O de advogados. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 13-28, jan./abr. 2022.

