



COMARCA DE PORTO ALEGRE
3ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Manoelito de Ornellas, 50

Processo nº: 001/1.18.0018221-0 (CNJ:.0028833-39.2018.8.21.0001)
Natureza: Indenizatória
Autor: Juliano Tonial
Réu: Marcus da Silva Machicado
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Data: 21/06/2019

Vistos.

Trata-se de ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por Juliano Tonial em face de Marcus da Silva Machicado. O demandante alega que, em julho de 2011, contratou o demandado, especializado em Direito do Trabalho, para defender seus direitos laborais em uma reclamatória trabalhista contra a emissora de Televisão SBT – TV SBT Canal 5 de Porto Alegre. Refere que, embora seja advogado, não atuava, à época, na área trabalhista, de forma que encaminhava clientes com estas demandas ao demandado. Assevera que, passado algum tempo, clientes começaram a apresentar reclamações ao autor quanto à demora no andamento de suas ações pelo advogado indicado, ora demandado. Salaria que, após questionar o demandado, este, por volta de agosto de 2011, garantiu-lhe que estava dando o tratamento adequado aos processos e, quanto à reclamatória trabalhista do autor contra o SBT, chegou a assegurar que já havia audiência marcada para o mês de dezembro. No entanto, posteriormente, o demandado assumiu que era mentira e que a ação trabalhista do autor foi proposta apenas em 16/01/2012 - ao passo que o contrato de trabalho havia sido extinto em 13/01/2010. Refere serem evidentes os prejuízos materiais e morais ao autor, uma vez que, mesmo diante da declaração judicial do vínculo empregatício, o demandante não percebeu as verbas devidas pela reclamada SBT, tendo em vista a prescrição. Salaria que o demandado agiu de forma desleal, ao passo que mentiu que havia ajuizado o processo, impossibilitando, dessa forma, que o demandante contratasse outro profissional a



tempo de ajuizar a ação tempestivamente e ganhar seus direitos. Entende que resta evidente o nexo de causalidade estabelecido e a culpa na modalidade negligência do demandado e o prejuízo causado ao autor. Salieta que os pedidos formulados na inicial trabalhista refletem o prejuízo do autor que espera ser indenizado no montante que se apurar na liquidação de sentença. Refere ainda a ocorrência de dano moral a ensejar reparação. Pugna pela procedência da demanda, para condenar o demandado ao pagamento de indenização pela perda de uma chance no valor equivalente a totalidade das verbas pleiteadas na inicial da reclamatória trabalhista formulada pelo demandado, a ser apurado em liquidação de sentença. Subsidiariamente, requer o pagamento de indenização no valor equivalente às verbas impagas no período do vínculo trabalhista que foi reconhecido na decisão judicial, em valor a ser apurado em liquidação de sentença. Requer ainda a condenação da demandada ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pelo demandante, no montante de R\$ 30.000,00.

Citado, o demandado deixou de apresentar contestação. Foi realizada audiência (fl. 154). Não havendo mais provas a produzir, vieram os autos conclusos para julgamento.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

Não havendo preliminares, possível o pronto ingresso no mérito da demanda. Pretende o demandante, com a presente ação, obter a reparação de danos materiais e morais em razão da alegada perda de chance e má prestação de serviço do demandado como procurador do autor em reclamatória trabalhista ajuizada contra SBT Canal 5 de Porto Alegre (processo nº 0000035-95.2012.5.04.0003).

Imprescindível, contudo, que, num primeiro momento, aprecie-se a espécie de responsabilização civil exigida dos profissionais da advocacia no caso em questão. É que, assim como qualquer profissional, está o advogado sujeito às normatizações estatais que se apliquem à regulação de seu comportamento e de seu relacionamento com clientes. Uma vez criados deveres de atendimento ao advogado, o descumprimento destes pode levar ao reconhecimento de uma responsabilidade civil profissional específica.

Ao lado da responsabilidade contratual própria, decorrente, por exemplo, da estipulação de valores e formas da prestação de um serviço profissional, há, portanto, a possibilidade de verificação de fato gerador de responsabilidade



extracontratual (ou aquiliana), quando age o profissional autônomo – e assim também o advogado - com negligência, imprudência ou imperícia, nos termos do art. 951 do Código Civil brasileiro. Em casos tais, a apuração da responsabilidade profissional não fica afastada da necessária demonstração dos elementos característicos da responsabilidade civil, no caso, o fato danoso, o prejuízo, o nexo de causalidade e a culpa. A distinção, porém, está no fato da abrangência desta responsabilidade em relação aos fatos da área jurídica, ou seja, da própria incidência da causa de responsabilidade conforme a atividade praticada pelo profissional.

É por isso que a doutrina, no caso da apuração da responsabilidade civil de profissional autônomo, divide a classificação da responsabilidade a partir de duas fontes geradoras, conforme a natureza da obrigação em análise, qual sejam (a) a decorrente de uma obrigação de meios e (b) a decorrente de uma obrigação de resultados. No primeiro caso, tem-se a regra geral, em que se exige do profissional – e, como nos autos, do profissional da área de advocacia – uma diligência e prudência específica quanto à aplicação de seus conhecimentos e recursos disponíveis. Na segunda hipótese, tem-se a exceção, quando, conforme a atividade praticada e o objetivo visado por esta, verifica-se uma expectativa criada em relação ao resultado da ação do profissional e ao produto a ser entregue à parte. É o caso, exemplificativamente, da cirurgia estética, da anestesiologia, da reanimação, da Farmacologia e da atividade no campo da Medicina Legal.

Em regra, porém, a expectativa em relação ao profissional autônomo é a de verificação da culpa – e dos diferentes aspectos à caracterização desta (imprudência, negligência ou imperícia) – a partir da constatação de existência de uma obrigação de meio. Ou seja, de análise concreta quanto à aplicação, pelo profissional, dos meios de conhecimento e recursos que tenha à disposição para a realização do melhor atendimento e trabalho possível. Não há uma segurança quanto ao resultado, mas apenas uma expectativa de que seja o mesmo consequência de um diligente emprego de esforços do profissional dentista no exercício de sua atividade-fim.

O que sustenta a parte demandante, na espécie, é que, com base no disposto no art. 186 do Código Civil, caracterizada se encontra hipótese de ilicitude civil, por ação imprudente e negligente dos advogados demandados, capaz de violar direito à personalidade e de causar dano, material e moral, pela perda de uma chance



de obtenção de determinado resultado em demanda judicial específica.

Na hipótese, há a demonstração probatória específica de que tenha a parte demandada, ao assistir ao demandante, negligenciado na aplicação dos recursos e conhecimentos específicos para a prestação da atividade jurídica necessária. Evidencia nos autos a perda de chance real por falta de oportunidade pelo autor e a responsabilidade subjetiva do advogado. Denota-se da prova colhida nos autos que houve a falha na prestação do serviço jurídico em relação à perda de prazo para o ajuizamento da demanda – em que reconhecida a prescrição total do direito de ação (fls. 69/82 e 97/105) -, considerando-se que a opção jurídica adotada de ajuizamento da demanda após a expiração do prazo prescricional de dois anos não restou suficientemente argumentada ou justificada.

Assim, pela análise do conjunto probatório dos autos, é fato que não se pode deduzir que haja uma relação direta entre a atuação do advogado e o efeito alcançado ao final, pela perda da demanda. Ou seja, não se trata de um erro jurídico que possa ser deduzido de forma direta da circunstância de perda da demanda. O que aqui se indaga, a partir da construção de um juízo de probabilidade, é se é possível conectar a conduta prévia de possibilidade de ajuizamento da demanda em momento anterior, bem como um atuar livre de qualquer agir negligente – ou de equívoco ou entendimento deferente em relação à questão jurídica posta – ao resultado final, de forma que se possa concluir que outra devesse ser a conduta exigida do advogado para evitar-se uma mudança de curso no julgamento da demanda.

Nessa perspectiva, a prova dos autos, de forma clara, aponta no sentido de que recomendada era uma postura diversa do advogado - que assumiu um risco, ao que tudo indica, de forma deliberada, de ajuizar a demandada passados dois anos da rescisão contratual. Evidenciada, portanto, a atuação culposa por parte do advogado no que concerne à análise jurídica e ao cuidado em relação a pretensão judicial do autor. Tinha tal profissional tanto a capacitação como a possibilidade perceptiva de atuação diversa – tendo sido alertado acerca da prescrição em diversas oportunidades pelo ora demandante e tendo inclusive mentido acerca do ajuizamento da demanda em momento anterior (fls. 25/42) - e mais adequada, com eficácia, para a avaliação e acompanhamento do caso judicial específico que talvez pudesse evitar a improcedência da demanda – decorrente do reconhecimento da prescrição – identificado no caso.



De fato, é possível que não fosse eliminada a alternativa de improcedência da demanda, uma vez que a demandada poderia ter sido julgada improcedência por outras questões jurídicas. No entanto, a prova dos autos evidencia que haveria uma probabilidade de ganho efetivo ao autor – ante o reconhecimento do vínculo de emprego entre o reclamante e a reclamada e os consectários financeiros decorrentes dessa relação -, afastada, no entanto, pelo reconhecimento da prescrição total do direito de ação, referentes aos direitos oriundos dessa relação (fls. 69/82 e 97/105). Mas era também existente a probabilidade de que pudesse ter sido outra a solução em concreto, caso atendido um dever-ser específico de conduta por parte do profissional – de atenção e cuidado na atuação e acompanhamento à situação constatada. E, no caso, um dever-ser capaz de ser extraído de forma suficiente das demandadas similares ao caso.

Portanto, ainda que a relação de causalidade não seja direta ao efeito da improcedência, é possível que se reconheça, por probabilidade, que outra pudesse ser a mudança no estado das coisas se o procurador envolvido no processo tivesse atuado, como alertado pelo próprio demandante, da forma esperada ou possível de ser deduzida para o caso, pelo menos ajuizando a demanda em momento anterior – dentro do prazo prescricional de dois anos.

Denota-se assim que, não necessariamente a demanda teria sido julgada procedente, mas as chances positivas desse julgamento teriam sido superiores. Esta probabilidade é que, para fins jurídicos, a partir de uma relevância institucional reconhecida para o caso, conecta causa e consequência do agir a um efeito (mudança no curso das coisas), ainda que numa proporção diversa. E dessa realidade institucionalmente reconhecida é que se permite identificar, a partir da análise de um dever-ser fundado numa obrigação de meios (confiança estabelecida pelo saber técnico exigido para o caso, pela competência reconhecida ao profissional), que o demandado prestou um serviço jurídico defeituoso, ao ajuizar a demandada passado o prazo prescricional.

Nesse contexto, os elementos de convicção contidos nos autos permitem concluir que houve falha na prestação do serviço jurídico disponibilizado ao demandante pelo demandado, mas não que esta falha, necessariamente, tenha contribuído ao evento improcedência da demanda. Na espécie, a falta de diligência do advogado demandado concorreu, em verdade, a uma perda de chance de um



juízo diverso.

Ainda que não se possa afastar a ocorrência do resultado de improcedência para o caso, há indícios suficientes de que, com uma atuação diversa e passível de aplicação pelo profissional da área jurídica, as chances de evitar a improcedência da demanda teriam sido maiores. É, nessa perspectiva, que se dá a construção de uma teoria de perda de chance relativa ao estabelecimento de um nexo causal em relação a situações de erro na prestação de serviço jurídico. Segue, de forma assemelhada, os seguintes julgados aplicáveis ao caso:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. PREPARO.

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO. PERDA DE UMA CHANCE. SUSCITADA OFENSA AOS ARTS. 17, § 11º, DA LEI 8.429/92 E 267, IV E VI, DO CPC/73. FALTA DE COMANDO NORMATIVO CAPAZ DE DESCONSTITUIR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS COMO VIOLADOS. SÚMULA 211/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGRAVANTES, PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto contra decisão publicada em 30/05/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa e de ressarcimento de danos, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra Perondi Advogados Associados S/C, Rita Perondi e Cláudio Silveira Gomes, sustentando que os réus não desempenharam, com zelo e dedicação, suas atividades profissionais, ao defender a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, em Juízo, ocasionando-lhe prejuízo econômico. Afastada a configuração de ato de improbidade administrativa, a demanda prosseguiu somente quanto ao pleito sucessivo de reparação de danos, em razão de ilícito contratual.

III. Interposto Agravo interno com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, mormente quanto à incidência da Súmula 284/STF - aplicada em relação à



apontada ofensa aos arts. 267, IV e VI, do CPC/73 e 17, § 11, da Lei 8.429/92 -, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. O Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de questionamento dos dispositivos apontados como violados - arts.

48, 49, 267, IV e VI, 499 do CPC/73, 17, § 11, da Lei 8.429/92, 54 da Lei 8.666/93, 1.060 do Código Civil de 1916 e 403 do Código Civil de 2002 -, pois não foram objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, pelo que incide, quanto ao referido ponto, o óbice da Súmula 211/STJ.

V. Na forma da jurisprudência do STJ, "ainda que o Tribunal a quo tenha acolhido parcialmente os embargos de declaração para dar por questionados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais tidos por violados, tal fato não enseja, por si só, o regular questionamento da matéria, na medida que o referido requisito exige o efetivo debate da questão pelo Tribunal a quo, tendo por enfoque as normas supostamente malferidas" (STJ, AgRg no REsp 1.493.604/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/08/2015).

VI. O Tribunal a quo, com fundamento no conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu a responsabilidade civil dos agravantes, concluindo que a omissão da juntada da guia do preparo do recurso ordinário deve ser atribuída à sociedade de advogados que patrocinava a defesa da Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Ainda segundo o acórdão recorrido, restou devidamente configurada a probabilidade de êxito do recurso ordinário, tendo em vista a existência de precedentes em sentido favorável à pretensão da referida Companhia. Nesse contexto, considerando os fundamentos do acórdão recorrido, acolher as teses sustentadas pelos agravantes, de modo a afastar a responsabilidade reconhecida pelo Tribunal a quo, demandaria inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ.

VII. Agravo interno conhecido, em parte, e, nessa extensão, improvido.

(AgInt no REsp 1435370/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. REGIME DE EXCEÇÃO. MANDATOS. ADVOGADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PERDA DE PRAZO. PRESCRIÇÃO DECENAL DEFINIDA PELO EGRÉGIO STJ. MÉRITO DA CAUSA. RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL EVIDENTE. INDENIZAÇÃO DEVIDA Trata-se de ação de indenização aforada pela autora em face do réu que, na condição de advogado, em ação trabalhista, teria perdido prazo recursal, o que facilitou a condenação da autora, julgada prescrita na origem e confirmada nesta egrégia Corte Estadual, mas reformada no colendo STJ, quando ficou assente que a prescrição é decenal. O egrégio STJ (REsp.n.1.050.717/RS) definiu que a ação de indenização do mandante em face do mandatário, em razão de suposto mau cumprimento do contrato de mandato, faz incidir a



prescrição geral de 10(dez) anos, prevista no art.205 do CCB/2002. A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante e, ainda, não recolher o depósito obrigatório na propositura do recurso adesivo, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata de conferir ao lesado o prejuízo pela condenação na ação, pelo resultado final e desejado e esperado, mas, sobretudo, a perda da chance de tê-lo alcançado ou tentado no tempo e modo devido. O mandante perdeu a chance de vencer a demanda ou não perde-la completamente, diante da omissão e desídia do profissional contratado que deixou de recorrer e, portanto, aplicar a melhor técnica jurídica. A ausência de demonstração de êxito que teriam os recursos caso tempestivamente interpostos não exclui o dever de indenizar, porque o resultado do labor advocatício não está necessariamente vinculado ao acolhimento integral ou não de suas teses. A perda de prazo recursal, em causa perdida pela mandante, se caracteriza erro grosseiro. Como tal erro grosseiro também foi a interposição de recurso adesivo sem o recolhimento prévio do depósito, que se trata de condição objetiva de procedibilidade recursal na Justiça do Trabalho. No tocante a quantificação do dano decorrente da perda de uma chance, situação que não se correlaciona com a possível ou probabilidade de êxito ou sucesso no empreendimento (resultado final), bastando que a chance tenha sido perdida sem ser exercida, fato que consuma a responsabilização profissional, deve ser dimensionado nesse contexto, pois a perda de uma chance nem sempre se correlaciona com o prejuízo material experimentado pelo paciente ou mandante, pois está na ante-sala do prejuízo, caso contrário, implicaria confundir a perda de uma chance com a condenação final sofrida pelo mandante na ação, mas esta é imponderável, pois nem sempre se ganha em juízo exatamente o que se espera, ainda que a orientação doutrinária e jurisprudencial sejam favoráveis. A condenação do profissional, pela desídia e perda de uma chance, não o é pelo resultado final, mas objetivamente pela perda da chance que não oportunizou ao cliente. Estimo, pois, nessa hipótese, o dano material, pela perda do exercício da chance de recorrer o valor correspondente a metade do valor da condenação na ação trabalhista em que o causídico, por desidioso, perdeu o prazo recursal. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA (Apelação Cível Nº 70019691062, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 18/04/2019)

Evidenciada a ilicitude decorrente de um ato contrário ao direito exercido por imprudência, imperícia ou negligência, com ocorrência de dano a alguém



(art. 186 do CC), ainda que por construção dogmática da relação de causalidade específica – a partir da aplicação da teoria da perda de uma chance -, a conclusão institucional que se alcança corresponde a uma solução reparatória, observada a previsão normativa do art. 927 do CC para efeito de reparação integral de um prejuízo (art. 944 do CC). No caso, um dano decorrente especificamente da perda de chance a uma atuação jurídica adequada e suficiente ao caso, mesmo que incapaz de alterar uma mudança no curso dos fatos quanto aos efeitos possíveis. E, na hipótese, porque ao menos reconhecida, pela prova realizada, probabilidade de que solução diversa no plano dos fatos – a questão do afastamento da improcedência da demanda, ainda que por probabilidade – pudesse ocorrer em concreto. Nesse mesmo sentido, a orientação do STJ:

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 não possui similitude fática com os precedentes trazidos à colação.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1213438/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018).

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual



de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009).

Para fins de arbitramento do valor indenizatório – que é o que compete realizar na presente ação, uma vez reconhecida a teoria de perda de chance para a construção do nexo causal – utiliza-se, à luz do que é estabelecido pelo art. 489, § 2º, do CPC, o método bifásico, consagrado na jurisprudência do STJ. Na aplicação do método reconhece-se, numa primeira fase, o interesse jurídico lesado, consistente na pretensão do demandante na reclamatória trabalhista, o que no caso, resta evidenciado na sentença e no acórdão da referida demanda (fls. 69/82 e 97/105). Numa segunda fase do método, realiza-se o ajuste para as circunstâncias do caso concreto, tais como a gravidade do fato, culpabilidade, culpa concorrente e condições econômicas do agente e da vítima.

Ocorre que, na espécie, trata-se de indenização pela perda de uma chance, como antes referido. E nessa medida, impõe-se a aplicação de uma diminuição proporcional a 40% no valor total da pretensão, conforme voto paradigma do STJ – Recurso Especial nº. 1.254.141 – PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrigli. Nesse sentido segue a construção dogmática referida no acórdão que serve



de paradigma para casos de aplicação da teoria da perda de chance:

(...) Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma redução percentual do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

Como dito acima, a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento da indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção, aplicada sobre o dano final experimentado.

O TJ/PR não desconhece esse fato. Contudo, não o aplica, ponderando que "para a indenização do dano moral" (...) "esse não pode ser o único critério a ser considerado pelo Juiz, exatamente pela característica do dano extrapatrimonial que o tornam de difícil mensuração". Segundo o acórdão recorrido, as peculiaridades da reparação por dano moral determinam que o "o número de chances perdidas passa a ser mais um critério dentre outros" (fl. 1.091, e-STJ).

O caminho escolhido pelo Tribunal foi o de valorar, no momento de fixar a indenização, não apenas a função ressarcitória do dano moral, mas notadamente sua função punitiva e dissuasória, tomando em consideração (i) a reprovabilidade da conduta; (ii) a intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido. Com isso, teceu considerações acerca de cada um desses elementos, deixando de ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda.

Essa parcela do acórdão é impugnada no recurso especial com fundamento em que a Perda da Chance leva a uma indenização "não pelos danos sofridos, mas sim por uma chance eventualmente perdida", de modo que seria imperiosa a redução da reparação fixada, sobretudo considerando que "não só a paciente viveu mais 7 anos (quando o tempo de sobrevivência previsto era de 5 anos), bem como - durante esse tempo - engravidou e deu à luz uma criança sadia, tendo sua gestação transcorrido da maneira mais normal possível, o que é o mais claro indicativo de uma vida com qualidade e normalidade".

Assiste razão à recorrente nesse ponto. Conforme pondera o i. Des. Miguel Kfoury Neto (que, vale frisar, é autor de obra de extrema envergadura acerca do tema - "Responsabilidade Civil do Médico", Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 7ª edição: 2010), em acórdão citado no



recurso especial (TJ/PR, 8ª Câmara Cível, EIC 0275929-5/01), "em se tratando da perda de uma chance, a indenização jamais poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida".

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar a redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede.

É, portanto, necessário dar solução à causa aplicando o direito à espécie, conforme determina o art. 257 do RI/STJ.

Na hipótese dos autos, há diversos momentos do tratamento em que podem ser identificadas falhas do médico responsável.

No momento inicial, quando do diagnóstico do câncer, a primeira falha está na realização de uma quadrantectomia, em lugar de uma mastectomia radical. Se esse equívoco não tivesse sido cometido, talvez o tumor tivesse sido, de pronto, extirpado. A segunda falha, segundo se apurou em perícia, está no protocolo de sessões de quimioterapia. Se, além da mastectomia radical, esse protocolo tivesse sido seguido, é possível afirmar que as chances de cura fossem bem maiores. A terceira falha está na falta de orientação à paciente quanto aos riscos de gravidez. E a quarta falha está no protocolo seguido após a recidiva da doença.

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que "não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor" (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, e-STJ) e que "na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída".

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final. Relembro, contudo, que essa redução se reporta aos termos da sentença, na qual a indenização foi fixada, de modo que a correção monetária deve incidir desde a data de sua publicação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, exclusivamente para reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença, mantida pelo TJ/PR, com correção monetária a partir da publicação da sentença. (...)



Aqui, igualmente tratando-se de hipótese de construção de responsabilidade civil com base na perda de uma chance, possível, numa segunda fase de análise do prejuízo para fins de arbitramento, a relativização da média indenizatória para montante proporcional à perda de chance. No caso, ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento – inclusive o fato de o demandante ter tido uma relação profissional próxima com o demandado e de, a partir de certo momento, passar a suspeitar da conduta profissional do mesmo, em relação à desídia processual, e mesmo assim continuar confiando no mesmo para o ajuizamento da reclamatória trabalhista (conforme evidenciado pela prova documental e testemunhal).

É adequado dizer que as chances perdidas, por força da falta de atuação jurídica adequada, têm conteúdo econômico equivalente a 40% do valor total do dano extrapatrimonial a ser considerado para o caso – observada a permanência de uma relação de confiança entre os envolvidos até, pelo menos, o insucesso efetivo da pretensão trabalhista -, a ser fixado em sede de liquidação de sentença, considerando os paradigmas apresentados no próprio julgamento da reclamação trabalhista em questão. Aplicando-se, por consequência, a teoria da perda de chance para efeito de construção dogmática do elemento do nexo causal à hipótese dos autos, impõe-se condenar o demandado ao pagamento do montante equivalente a 40% do valor total reconhecido na reclamatória trabalhista afetada pela prescrição (fls. 69/82 e 97/105), a ser fixado em sede de liquidação de sentença, a título de danos extrapatrimoniais para o caso.

Não identificados outros danos patrimoniais específicos, e não havendo relação direta como o evento perda da demanda, segue afastada a pretensão indenizatória em relação ao pagamento de danos patrimoniais para o caso.

Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação, condenando o demandado, conforme fundamentação, nos danos extrapatrimoniais concretamente considerados na parte de fundamentação da presente decisão no montante equivalente a 40% do valor total reconhecido na reclamatória trabalhista afetada pela prescrição, a ser fixado em sede de liquidação de sentença. O montante deverá ser corrigido, desde a data de publicação da sentença, devidos juros de mora legais desde a citação no feito, observando-se que o reconhecimento da relação de ilicitude, por perda de chance, apresenta-se construído a partir de uma interpretação institucional



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



sobre o estabelecimento do elemento do nexo causal para o caso. Ante a sucumbência mínima da parte demandante, observada a disciplina do atual § único do art. 86 do CPC, condeno a demandada ao integral pagamento das custas processuais e de 10% sobre o valor do montante em que restar condenado, a título de honorários advocatícios ao procurador da parte demandante ponderada ainda a circunstância de atuar o demandante em causa própria.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 21 de junho de 2019.

Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Juíza de Direito