



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : MANFREDO ERWINO MENSCH
ADVOGADO : MANFREDO ERWINO MENSCH (EM CAUSA PRÓPRIA)
RECORRIDO : ONOFRE DAL PIVA
ADVOGADO : DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA
INTERES. : PEDRO ALEXANDRE MENSCH

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

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 uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dr(a). DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA, pela parte RECORRIDA:
ONOFRE DAL PIVA

Brasília (DF), 16 de novembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)

RECORRENTE : MANFREDO ERWINO MENSCH
ADVOGADO : MANFREDO ERWINO MENSCH (EM CAUSA PRÓPRIA)
RECORRIDO : ONOFRE DAL PIVA
ADVOGADO : DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA
INTERES. : PEDRO ALEXANDRE MENSCH

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Onofre dal Piva ajuizou ação de indenização por danos materiais em face de Manfredo Erwino Mensch, Pedro Alexandre Mansch e Jorge Antônio Mensch, noticiando ter-lhes contratado como advogados, outorgando-lhes procuração para defesa de interesses em ação que lhe era desfavorável, ajuizada por Bruno Assis do Amaral. Alega que os réus laboraram sem nenhum zelo na mencionada causa, perdendo o prazo processual para oferecimento de contestação, razão pela qual o pedido autoral teria sido julgado procedente. Em razão disso, o ora autor sofre execução no valor atualizado de R\$ 335.938,96, acrescido de honorários e custas, com penhora já levada a efeito, por isso pede o ressarcimento dos prejuízos.

O Juízo de Direito da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre julgou procedente o pedido e condenou os réus ao pagamento, em benefício do autor, de R\$ 93.600,00, mais consectários sucumbenciais. (fls. 444/450)

Em grau de apelação, a sentença foi parcialmente reformada, para redimensionar o valor da indenização para R\$ 25.000,00, mas a título de dano moral, nos termos da ementa a seguir:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NEGLIGÊNCIA. AGRAVO RETIDO. INÉPCIA DA INICIAL. DESCABIMENTO. PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL ESTÁ EMBASADA EM PREJUÍZOS CONCRETOS, INCLUSIVE HAVENDO CONSTRIÇÃO JUDICIAL EM BENS DO DEMANDANTE. PERDA DE CHANCE. CONTESTAÇÃO APRESENTADA INTEMPESTIVAMENTE. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. FULMINADA QUALQUER POSSIBILIDADE DE SUCESSO DO CLIENTE NA DEMANDA PATROCINADA. OCORRENDO A PERDA DA CHANCE, NISSO JÁ RESIDE O PREJUÍZO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. QUANTUM CONDENATÓRIO. REDUÇÃO. CRITÉRIOS PARA A MENSURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS, SENDO DEIXADA AO PRUDENTE ARBÍTRIO DO JULGADOR. APURAÇÃO EM PECÚNIA DA FRUSTRAÇÃO SOFRIDA PELA PARTE OFENDIDA. VALOR EXAGERADO ESTIPULADO PELO JUÍZO A QUO, QUE SE VALEU DO PREJUÍZO PATRIMONIAL EXPERIMENTADO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO ATENTANDO PARA O ABALO MORAL ACARRETADO. PRINCÍPIO DA EQUIDADE. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. A FUNÇÃO REPARATÓRIA CIVIL CONSTITUI UM RESSARCIMENTO OU COMPENSAÇÃO À PARTE, BASEADA NO GRAU DE CULPA, NA DIMENSÃO DA OFENSA E NAS CONDIÇÕES DO OFENSOR E DO OFENDIDO. ANÁLISE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REBAIXAMENTO DO VALOR A TÍTULO DE CONDENAÇÃO POR DANO MORAL PARA R\$ 25.000,00, A SER CORRIGIDO PELO IGP-M DESDE 27.01.1998, E ACRESCIDO DE JUROS DE MORA DE 6% AO ANO, DESDE 26.02.1998. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. UNÂNIME.

Opostos diversos embargos declaratórios por ambas as partes, foram eles rejeitados (fls. 556/561, 562/569, 570/576 e 588/597).

Sobreveio, assim, recurso especial fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 535, 128 e 460, todos do CPC, além de violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

O recorrente sustenta, em síntese, ter havido julgamento *extra petita*, haja vista inexistir na inicial qualquer pedido relativo a "perda de uma chance" ou a dano moral, mas, antes, apenas pedido de indenização por danos materiais.

Contra-arrazoado (fls. 643/648), o especial foi inadmitido (fls. 652/659 e 675/681), ascendendo os autos a esta Corte por força de provimento do Ag. n.º 1.070.339/RS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : MANFREDO ERWINO MENSCH
ADVOGADO : MANFREDO ERWINO MENSCH (EM CAUSA PRÓPRIA)
RECORRIDO : ONOFRE DAL PIVA
ADVOGADO : DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA
INTERES. : PEDRO ALEXANDRE MENSCH

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

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 uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Ressalte-se, de saída, descaber a esta Corte Superior conhecer de recurso especial com fundamento em suposta violação a preceito constitucional, porquanto compete a Supremo Tribunal Federal tal mister, por força do art. 102, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, confirmam-se os precedentes: AgRg no REsp 976.325/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010; REsp 674.859/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007.

3. Afasto, ademais, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Além disso, não significa omissão quando o julgador adota outro fundamento que não aquele sugerido pela parte.

4. Quanto ao mais, pretende o recorrente ver reconhecido o julgamento para além do pedido e da causa de pedir, com suporte em alegada violação aos art. 128 e 460 do CPC, porquanto o autor manejou pretensão de reparação de danos materiais supostamente experimentados e o acórdão condenou o réu, ora recorrente, ao pagamento de indenização por danos morais com base na "perda de uma chance".

Colho do voto condutor do acórdão o elucidativo trecho, o qual retrata com exatidão o pedido, a causa de pedir e a solução engendrada pelo Tribunal Gaúcho:

Trata-se de ação indenizatória com base no contrato de mandato firmado entre as partes, na qual os requeridos foram contratados para prestar serviços advocatícios ao autor, notadamente para defesa de ação judicial proposta por Bruno Assis do Amaral, na Comarca de Palmeira das Missões/RS. Narrou o demandante que houve negligência dos advogados, apresentando contestação extemporânea, com o que sofreu condenação judicial e ora está sofrendo execução de sentença, tendo sido penhorados bens de sua propriedade. Esses são, basicamente, os fatos narradas na exordial.

(...)

Reitero os fundamentos da sentença a respeito do tema, que assim esclareceu: *“(...) embora seja ônus dos demandados a prova da alegada não-intimação da decisão do agravo de instrumento que manteve a competência da Comarca de Palmeira das Missões (art. 333, II, CPC), do qual não se desincumbiram, em consulta ao sistema informatizado (cuja cópia segue em anexo) é possível confirmar o contrário, pois na nota de expediente n.º 285, publicada em 21-10-99, consta os nomes de todos os demandados”* (fl. 377).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quando intimados da sentença do processo defendido, os advogados, ora demandados, sequer tiveram o trabalho de interpor recurso de apelação para efeito de tentar reverter a situação adversa do seu cliente. Nesse sentido, basta analisar a intimação da sentença pelo Diário Oficial (fl. 114), bem como a certidão do trânsito em julgado (fl. 114 verso).

Nem mesmo tiveram os requeridos o serviço de apresentar embargos à execução, mais uma vez demonstrando que o patrocínio judicial foi muito aquém do mínimo que se espera de um profissional da advocacia, que pelo menos deveria cumprir os prazos previstos em lei, defendendo seu cliente quando necessário fosse.

Vale dizer, então, que houve para o demandante a perda de uma chance (chance de ver o cliente melhor defendido em juízo, seja apresentando contestação tempestiva, seja interpondo apelação contra sentença desfavorável, seja, ainda, opondo embargos à execução), e nisso reside o seu prejuízo.

(...)

Em relação ao *quantum*, penso que deve haver redução da condenação; primeiro porque o caso envolve perda de chance, e não danos materiais efetivamente experimentados; e, em segundo lugar, para evitar enriquecimento sem causa de uma das partes.

Ao sentir deste Relator, mostrou-se equivocado o critério adotado pelo juízo de 1º grau para a quantificação do valor indenizatório ao autor/apelado, que considerou a diminuição do patrimônio deste em face da execução ajuizada, impondo aos recorrentes a condenação ao pagamento de considerável quantia – R\$ 93.600,00, corrigida pelo IGP-M a contar do ajuizamento da ação de cobrança e acrescida de juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação. Trata-se, dentre outras omissões, da perda de chance, pelo autor, de ver sua pretensão e inconformidade submetidas ao crivo do segundo grau de jurisdição, o que lhe acarretou decepção e aborrecimento, já que totalmente frustrada a sua expectativa de reversão de decisão que lhe foi desfavorável na demanda. Está-se, aqui, apurando-se em pecúnia o desapontamento da parte que, confiando na dedicação e na postura profissional dos advogados contratados, deparou-se com a desídia destes no trato dispensado à sua causa, situação nitidamente configuradora do dano moral, devendo a importância indenizatória ser mensurada através deste prisma, na esteira do entendimento dos Tribunais pátrios:

(...)

O valor da condenação dos apelantes pelo juízo *a quo*, antes referido, assomou-se um tanto exagerado. Mais: levou em consideração o dano “patrimonial” sofrido pelo autor/apelado, por restar vencido na demanda, e não o abalo moral acarretado a este pela perda de chance.

Já que não estabelece a lei critérios objetivos para a fixação do *quantum* do dano moral que deflui da perda de chance, há que ser dosado mediante o prudente arbítrio do julgador. No entanto, deve atentar este para a *função reparadora* da indenização, que, antes de tudo, demanda a aplicação do princípio da equidade, a fim de que a parte sofredora do abalo moral não venha a locupletar-se com enriquecimento indevido.

(...)

Observadas tais peculiaridades do caso *sub examen*, considero razoável, coerente e justa a mensuração do valor a título de dano moral no patamar de R\$ 25.000,00, quantia esta reputada necessária e suficiente para atenuar o sentimento de frustração experimentado pelo autor/apelado, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser corrigida pelo IGP-M desde 27.01.1998, e acrescida de juros de mora de 6% ao ano, desde 26.02.1998. (fls. 510/520)

Em sede de embargos declaratórios, o relator assim justificou o fato de ter o acórdão condenado o ora recorrente por "danos morais" decorrentes da "perda de chance":

Veja, pelo exame da causa de pedir da inicial (fls. 03/05), que o autor pretende indenização causada pelo que tem sido denominado de 'perda de chance'. Para estabelecer indenização, o acórdão apresentou fundamentação no sentido de que se trata de danos morais, fixando, de acordo com o livre arbítrio, o *quantum* condenatório.

Desse modo, o fato de ter o Julgador percorrido caminho diferente do apontado pelo autor para chegar a sua conclusão, acolhendo pedido formulado não torna a decisão "*extra petita*", pois o juiz é livre para formar o seu convencimento. (fl. 565)

5. Diante da clareza dos fundamentos expostos no acórdão de apelação, bem como do esclarecimento dos embargos declaratórios, assiste razão ao recorrente ao imputar ao julgamento *a quo* a pecha de "*extra petita*".

5.1. Primeiramente, cumpre delinear, com mais precisão, do que cogita a teoria aventada no acórdão recorrido, conhecida no direito brasileiro, por influência francesa, de "teoria da perda de uma chance".

É certo que, ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdivido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes.

Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007).

No mesmo sentido é o magistério de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, no sentido de aplicar-se a teoria da perda de uma chance "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc" (*Comentários ao novo Código Civil, volume XIII (...)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

Conclui-se, com amparo na doutrina, que a chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, de modo que "se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e (...) o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar" (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101).

A doutrina da perda de uma chance tem lugar propício em caso de responsabilidade do advogado e do médico, ambas decorrentes de uma obrigação de meio (salvo no caso de cirurgia estética embelezadora), mas que, em razão de conduta desidiosa por parte do contratado, o contratante perde a oportunidade de ver satisfeito aquele anseio buscado pela avença.

Particularmente no caso de responsabilidade do profissional da advocacia, Sérgio Cavalieri Filho elucida bem a questão:

No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado terá auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. O que deve ser objeto da indenização, repita-se, é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal. (*Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 78)

Portanto, no caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas acoimadas de 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 uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.

Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência da Casa acolhe de forma tranquila esse entendimento:

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.

(...)

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

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.

(REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

5.2. No caso concreto, muito embora o recurso especial ancore-se em violação aos arts. 128 e 460 do CPC, essa ligeira digressão acerca dos contornos da teoria da "perda de uma chance" se mostra absolutamente serviente à conclusão de que a pretensão à indenização por danos materiais, plenamente identificáveis na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela que persegue indenização por perda de uma chance.

Observa-se da exordial que o autor manejou ação com vistas à indenização do dano suportado, que seria "mensurável, certo e inquestionável", decorrente de execução contra ele ajuizada e que atingiria o valor de R\$ 335.938,96, mais honorários de sucumbência e custas. Assim, pleiteou, afinal, fossem os "requeridos condenados a pagarem ao Requerente a importância de R\$ 335.938,96 (...) a título de indenização por danos materiais conforme antes demonstrado" (fl. 06).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O próprio acórdão recorrido afirmou, ao rejeitar a preliminar de inépcia da inicial, que "a pretensão indenizatória do autor está embasada na má prestação de serviços advocatícios contratados, cuja conseqüência, segundo aduzido na inicial, foi a condenação em processo de conhecimento, estando agora em fase de execução com penhora de bem de sua propriedade" e que "tal situação inegavelmente caracteriza prejuízos à parte executada (o ora demandante), pois seus bens serão vendidos em hasta pública ou adjudicados pelo credor. Então, descabida a preliminar de inépcia, **estando a pretensão do autor alicerçada em prejuízos concretos**" (fl. 511). (sem grifo no original)

Porém, o Tribunal *a quo* esclareceu, em sede de embargos declaratórios, aplicando a teoria da "perda de uma chance", que o julgamento anterior "apresentou fundamentação no sentido de que se trata de danos morais, fixando, de acordo com o livre arbítrio, o *quantum* condenatório. Desse modo, o fato de ter o Julgador percorrido caminho diferente do apontado pelo autor para chegar a sua conclusão, acolhendo pedido formulado não torna a decisão "*extra petita*", pois o juiz é livre para formar o seu convencimento".

Deveras, o magistrado aplica o direito à espécie sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial, por força do princípio *iura novit curia*.

Porém, a atividade jurisdicional está adstrita aos limites do pedido e da causa de pedir.

Assim, há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da perda de uma chance, acolhe a pretensão do autor e condena o réu ao pagamento de danos morais.

Conjectura análoga foi lançada na doutrina especializada no tema. Sérgio Savi, ancorado em Leonardo Grecco, leciona:

Se o juiz, diante de um pedido certo de indenização por lucros cessantes formulado pelo autor da ação, chegar à conclusão de que o caso é de perda de chance (dano emergente), poderá ele conceder uma indenização a este título? A nosso sentir, o juiz deverá verificar cuidadosamente qual foi a real intenção do autor. Se foi a indenização por perda de chance, ainda que a tenha qualificado equivocadamente como lucro cessante, o juiz deverá, em respeito à vontade do autor, julgar o pedido procedente, mesmo que o qualifique como dano emergente.

Neste caso, o juiz deverá, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dar ao réu a oportunidade de se defender dessa nova qualificação jurídica. Contudo, se da leitura da petição inicial restar claro que o autor somente pretendia indenização que tivesse por fundamento lucros cessantes, então o juiz, entendendo que a perda de chance não caracteriza lucros cessantes, não poderá acolher o pedido e deve julgá-lo improcedente. (*Op. cit.*, p. 71)

No mesmo sentido, ponderou o e. Ministro Eduardo Ribeiro ao proferir decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em caso semelhante:

Em sua inicial, pediu o autor que a indenização pelos danos suportados com a conduta desidiosa dos advogados fosse equivalente ao que pleiteava na ação trabalhista. O tribunal de origem entendeu que, embora provada a culpa do primeiro réu, o pedido seria improcedente porque incertos os danos pleiteados. Concluiu-se que o autor deveria ter requerido indenização pelo fato de ter perdido a chance de ser vencedor em sua demanda.

De fato, houve-se com acerto a corte estadual. A condenação em perdas e danos pressupõe a prova efetiva do gravame suportado pelo requerente. No presente caso, não há como se estabelecer se o autor teria sua pretensão julgada procedente em sua totalidade. É possível que sua vitória fosse apenas parcial. Do mesmo modo, a outra parte poderia ser a vencedora. Está-se, portanto, diante de uma possibilidade de dano, mas não há certeza quanto a sua efetiva ocorrência, ou quanto à sua extensão, razão pela qual há de ser mantida a decisão recorrida. (Ag. n.º 272.635/SP)

Com efeito, no caso concreto, tendo o acórdão recorrido tomado em consideração pedido e causa de pedir (perda de uma chance e danos morais) não deduzidos na inicial, laborou, de fato, em julgamento *extra petita*.

5. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, dou-lhe provimento para anular o julgamento em sede de apelação e determinar que outro seja proferido, nos limites do pedido e da causa de pedir.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2010/0068537-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1190180 / RS**

Números Origem: 10505851214 118839514 70016193252 70021957907 70022712780

PAUTA: 16/11/2010

JULGADO: 16/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MANFREDO ERWINO MENSCH
ADVOGADO : MANFREDO ERWINO MENSCH (EM CAUSA PRÓPRIA)
RECORRIDO : ONOFRE DAL PIVA
ADVOGADO : DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA
INTERES. : PEDRO ALEXANDRE MENSCH

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA**, pela parte RECORRIDA: ONOFRE DAL PIVA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 16 de novembro de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária