



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Thaita Campos Trevizan

**A Responsabilidade Civil do Advogado sob a perspectiva civil-
constitucional**

Rio de Janeiro

2011

Thaita Campos Trevizan

A Responsabilidade Civil do Advogado sob a perspectiva civil-constitucional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

T814r Trevizan, Thalita Campos.

A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional / Thalita Campos Trevizan – 2011
134 f.

Orientador: Gustavo Tepedino.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Advogado - Teses. 3. Ética –
Teses. I. Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Thaita Campos Trevizan

A Responsabilidade Civil do Advogado sob a perspectiva civil-constitucional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovado em: 13 de abril de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Bruno Lewick

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Anderson Schreiber

Faculdade de Direito da UERJ

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Laura e Trevizan, por tudo e mais um pouco.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à família, por compreender minhas ausências, rotinas e irritações, tão comuns ao longo do processo de desenvolvimento deste trabalho e pelo apoio emocional e financeiro, sem os quais nada disso teria se concretizado;

Ao meu orientador, Gustavo Tepedino, por dispor de seu tempo para me ajudar e ensinar e, principalmente, por confiar em mim;

À Sônia Leitão, por ter tornado tudo mais fácil e tranquilo, e à FAPERJ pelo incentivo acadêmico;

Aos amigos e colegas do mestrado, por terem tornado a vida no Rio melhor do que deveria ser, especialmente à Vellêda Bivar, com quem construí uma amizade mais valiosa que qualquer título.

Ao amigo Fernando Nicolau, por me acolher de forma tão carinhosa e familiar em sua casa, me fazendo esquecer da distância e me inspirando com sua determinação e sensibilidade.

Ao amigo Vitor Borges, por me ajudar com suas leituras, ponderações e correções perspicazes e por sempre me encorajar a seguir em frente.

À Aristides, por ter feito uma revisão gramatical tão atenciosa deste trabalho, dedicando a mim parte do tempo em que poderia estar compondo outras canções com papai.

A Vinicius, meu namorado, a quem devo o crédito da gratidão não só por tudo o que fez por mim, mas também, por me tornar mais leve e feliz.

À Laura, minha sobrinha, por me fazer perguntas inusitadas, lembrando e aguçando minha precoce e contínua vontade de aprender.

Ao meu afilhado, Luiz Felipe, por despertar em mim o que há de melhor.

RESUMO

TREVIZAN, Thaita Campos. A Responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional. 2011. 135 f. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A responsabilidade civil do advogado é um tema que merece destaque sob a perspectiva civil constitucional. A abrangência dessa relação jurídica pelo Código de Defesa do Consumidor e a natureza negocial multiforme da relação estabelecida entre o advogado e o cliente, cuja normativa deve ser estabelecida tendo em vista o caso concreto, são pontos de destaque desse trabalho, assim como a aplicabilidade do consentimento informado. Nessa toada, pretende-se conferir o enfoque funcional a partir da releitura das classificações tradicionais da responsabilidade civil em contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva e entre as obrigações de meio e resultado para em seguida, analisarmos das hipóteses mais frequentes de responsabilização, quais sejam: a perda de uma chance, o abuso do direito processual e a reversão de liminares revertidas ao final do processo. Por fim, dentre as tendências de prevenção e precaução de danos da responsabilidade civil, revela-se a formalização de seguros de responsabilidade profissional para advogados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Advogados. Deveres éticos. Falhas técnicas. Natureza jurídica. Código de defesa do consumidor. Classificações. Sociedades de advogados. Hipóteses de responsabilização.

ABSTRACT

Liability of attorney is a topic that deserves attention from the perspective of the constitutional civil measure. The scope of this legal relationship by the Consumer Protection Code and the nature of multifaceted relationship between lawyer and client, whose rules must be developed further in view of the case, are highlights of this work, as well as the applicability of informed consent. In this tune, it is intended to confer the functional approach from the rereading of traditional classifications of liability in contract, tort, subjective, objective, and between the obligations of means and results to then analyze the most common assumptions of accountability, which are: the loss of a chance, the abuse of procedural law and the reversal of court orders reversed at the end of the process. Finally, among the trends of precaution and prevention of damage to civil liability, it is the formalization of professional liability insurance for lawyers.

Keywords: Civil liability. Including lawyers. Ethical duties. Technical problems. Legal - consumer protection code. Ratings. Law firms. Chance of accountability.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	DA RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA ENTRE O ADVOGADO E SEU CLIENTE.....	20
1.1	A função social do advogado.....	21
1.2	Características da relação advogado-cliente.....	25
1.3	A natureza negocial multiforme do mandato judicial e a identificação da normativa adequada diante do caso concreto.....	28
1.4	Os deveres do advogado. Aspectos éticos e técnicos. O consentimento informado e o dever de se manter atualizado.....	40
1.4.1	<u>A aplicabilidade do consentimento informado à relação advogado-cliente...</u>	45
1.4.2	<u>Os predicados técnicos: o dever de conhecer o direito e se manter atualizado acerca da jurisprudência dominante.....</u>	50
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO SOB A PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL.....	55
2.1	A atividade advocatícia no Código de Defesa do Consumidor.....	55
2.2	Uma análise funcional das classificações tradicionais em matéria de Responsabilidade Civil do advogado.....	65
2.2.1	<u>Da classificação da responsabilidade em contratual e extracontratual.....</u>	68
2.2.2	<u>A utilidade da classificação das obrigações de meio e resultado no Brasil....</u>	73
2.3	Responsabilidade civil das sociedades de advogados.....	87
2.3.3	<u>A aproximação entre os regimes de responsabilidade objetiva e subjetiva: a revisitação dos elementos tradicionais.....</u>	81
3	HIPÓTESES FREQUENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO E NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	93
3.1	A responsabilidade pela perda de uma chance.....	94
3.2	Ajuizamento de lides temerárias e o abuso do direito no processo civil..	101
3.3	Reversão de medidas liminares em âmbito definitivo.....	106
3.4	Outras hipóteses de responsabilização.....	111
3.5	Perspectivas contemporâneas da responsabilidade civil do advogado....	112
3.5.1	<u>Novas tendências gerais da disciplina.....</u>	112

3.5.2	<u>O Contrato de Seguro de responsabilidade civil profissional para advogados.....</u>	116
4	CONCLUSÃO.....	120
	REFERÊNCIAS.....	126

INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta possui como objetivo o desenvolvimento de uma análise funcionalizada do arcabouço prático-teórico utilizado pelo nosso ordenamento jurídico para promover a responsabilização civil do advogado, tendo como marco teórico a linha hermenêutica do direito civil constitucional.

A aliança estabelecida entre o tema e seu respectivo marco teórico mostra-se fértil na medida em que a importância social da atividade advocatícia é amplamente reconhecida, implicando, por via de consequência, uma valoração elevada da conduta e da responsabilidade social dos advogados.

Chega-se, inclusive, a defender a necessidade de uma “correção especial” desta em razão de seu caráter de *múnus público*¹. Com a devida vênia, no entanto, acreditamos que a atuação do advogado, na verdade, mais se aproxima da perspectiva perlingieriana de uma atividade imbuída de *múnus privado*, na medida em que configura o exercício de uma situação jurídica de poder-dever não no próprio interesse, mas em razão e em função do interesse do cliente².

Além disso, pode-se dizer que após o advento da Constituição da República de 1988, angariou-se ao teor semântico de atuação ética deste profissional o caráter político-social. Assim, como verdadeiro agente político, o advogado deve promover não só uma atuação transparente, como também dever de buscar um bom resultado social, ultrapassando os

¹ A expressão foi usada por Aguiar Dias *in* Tratado de Responsabilidade Civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I, p. 326.

² Sobre a situação jurídica subjetiva do poder-dever também chamada de potestà pelo direito italiano e seu caráter híbrido, valiosos são os ensinamentos de Pietro Perlingieri: “O poder familiar, a tutela, a curatela,, as figuras do pró-tutor, do curador da falência, configuram situações denominadas potestà. Esta constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito dever: como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los. O exercício da potestà não é livre, arbitrário, mas necessário no interesse de outrem ou, mais especificamente no interesse de terceiro ou da coletividade (...) A potestà é, portanto, uma situação complexa, que atribui não simplesmente poderes, mas deveres que não devem ser exercidos no interesse do titular da potestà, mas daquele do representado”. In PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 699-700. No direito de família, por exemplo, a idéia de potestà dá ensejo à substituição da expressão “pátrio poder”, por “poder familiar”, já que na concepção contemporânea a autoridade parental não pode ser reduzida a um instrumento de sujeição dos filhos. Outrossim, deve-se refletir acerca da utilização acrítica da categoria do direito subjetivo para a regulamentação de todos os tipos de situação subjetiva, na medida em que sua estrutura primordial tem como foco as situações jurídicas patrimoniais. Nesse sentido, posiciona-se, Gustavo Tepedino: “No caso da autoridade parental, a utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se incompatível com a função promocional do poder conferido aos pais. A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se exercida como um *múnus privado*, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência”. Cf., in TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma, pp. 33-49.

anseios estritamente particulares na medida em que assume caráter de função essencial à administração da justiça através do art.133 da Constituição da República³.

Concomitante a esse processo de alteração dos reflexos sociais da conduta do advogado, observa-se uma crescente aceleração quantitativa e qualitativa das demandas de serviços advocatícios.

Diante de uma sociedade plural, multifacetada, marcada pelo contínuo incremento dos interesses merecedores de tutela, não só em razão das múltiplas diferenças que carrega, mas também em função dos avanços tecnológicos que a imprimem, o número de conflitos e violações de interesses cresce na medida exata de um silogismo imediato.

Em virtude de um volume maior de demandas e de trabalho, o número de erros cometidos por advogados no exercício da profissão, aptos a ensejar sua responsabilização civil, também aumenta.

Nesse cenário, outro fator contribuinte é a má qualidade dos cursos de ensino jurídico superior. O notável processo de mercantilização da educação de nível superior é agravado na seara jurídica, ante a venda ilusória de um futuro certamente bem sucedido em virtude de um amplo e promissor mercado de trabalho⁴. Neste cenário, despontam consequências pouco animadoras: a falta de interesse dos discentes pelos aspectos éticos e ideológicos da profissão, traduzidos em um simultâneo e mercenário desamor ao direito, que implica, também, um franco esvaziamento da pesquisa de teor acadêmico e o aumento dos casos de erros grosseiros perpetrados no exercício da profissão, dando azo a um número maior de pleitos de indenização por responsabilidade civil do advogado.

Se os aspectos sociais do problema da responsabilização do advogado parecem bem definidos, o mesmo não se pode afirmar em relação ao equacionamento do tema por parte da doutrina e da jurisprudência. O tratamento está longe de ser considerado pacífico e harmônico, como bem pondera Rui Stocco:

Além das inúmeras dúvidas e divergências que o tema suscita, o aspecto relativo à indenização por danos material e moral é angustiante e de difícil solução, impondo-se um

³ “Ao lado da indispensável fidelidade ao cliente, há de ir diretamente ao encontro do interesse coletivo. (...) Desse modo, a partir da CF/88, não mais se pode pensar em advocacia como atividade profissional liberal independente, livre, voltada exclusivamente para a satisfação e o arbítrio ilimitado de seu agente, como se pudesse dissociar-se de sua função social obrigatória...”. É a opinião de Jurandir Sebastião in *A responsabilidade civil do Advogado e o ônus da prova*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, nº 351, janeiro de 2007, pp.22/23.

⁴ A banalização do ensino jurídico, aliada à massificação do exercício da advocacia é a maior responsável, a nosso ver, pelo aumento de denúncias nos Tribunais de Ética. Infelizmente, a atuação desses maus profissionais acaba desgastando a imagem, já combatida, dos advogados em geral. É necessário o resgate urgente da imagem ética de nossa profissão, sob pena de estarmos contribuindo para a sua marginalização, em que anos de lutas pela dignidade da profissão jurídica de nada valerão, porque a cada nova geração de advogados, que é, com o perdão da palavra, “despejada” no mercado de trabalho, há uma desvalorização da profissão. Sobre o tema, cf. in BOLSON, Simone. A responsabilidade civil do advogado à luz do código de defesa do consumidor e do estatuto da advocacia. In Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia. Vol.32, nº1/2, Dez-2003, p.93.

reestudo da questão à luz das mutações fáticas e das constantes alterações legislativas ao longo dos últimos anos e, em especial, diante do advento do Código Civil de 2002⁵.

Além das mutações fáticas e legislativas introduzidas pelo Código Civil de 2002, as alterações promovidas no arcabouço axiológico-normativo do nosso ordenamento com o advento da Constituição de 1988 também não podem ser esquecidas nessa tentativa de reanálise funcionalizada das bases normativas da responsabilidade civil do advogado.

Nesse sentido, tem-se que o amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por toda parte, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem dos atos legislativos. No âmbito da responsabilidade civil, em especial, matéria que só adquiriu verdadeira importância recentemente – meados do século XIX –, a valorização do papel interpretativo dos magistrados e tribunais e a influência das transformações – éticas, sociais e econômicas – ocorridas nas sociedades contemporâneas parecem, enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas⁶.

Assim, deve-se ressaltar que outro aspecto orientador deste trabalho é o desenvolvimento da responsabilidade civil como um todo, na medida em que é um dos institutos mais dinâmicos do direito. Deve-se entender, pois, que as alterações sofridas pela Teoria Geral da Responsabilidade Civil podem ser apreendidas como meios de conservação da sua própria disciplina, ou seja, como verdadeiras condições de sobrevivência, embora tenham origens muito diversas, o que explica que seus efeitos conjugados tenham marcado profundamente esse ramo do direito⁷.

A moderna teoria da responsabilidade civil, portanto, concede-lhe nova roupagem, na exata medida em que não mais se mira no autor do ato, mas na própria vítima. Preocupa-se mais com a injustiça do dano do que com a conduta geradora, evoluindo-se, desta feita, da ideia da dívida da responsabilidade para a ideia do crédito da indenização⁸.

⁵ STOCCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. In *Grandes temas da atualidade: Responsabilidade Civil*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite, Álvaro Augusto Cassetari. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 513.

⁶ SCHREIBER, Anderson. As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. Separata da Revista Trimestral de Direito Civil, nº 22, ano 13, Padma, Rio de Janeiro. No mesmo sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Na mesma direção, VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil, in *Direito Civil Contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p.42.

⁷ No Direito Romano, a Responsabilidade Civil era puramente casuística, sob o fundamento da busca da equidade nas relações jurídicas. Assim, não havia sido sistematizada a ideia da culpa, sequer como um preceito amplo, posto que a responsabilidade civil não existia como uma matéria jurídica autônoma. Na verdade, a palavra responsabilidade nasce no fim do século XVIII, sob uma perspectiva eminentemente política, qual seja, “o homem político aceita assumir responsabilidade pelos acontecimentos que se produzem durante seu mandato(SEGUÍ, Adela M. Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna. Separata da Revista de Direito do Consumidor, nº.52, ano 13, RT, São Paulo.)”

⁸ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. O dano pessoal na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.100.

No tocante à responsabilização por erros cometidos por profissionais liberais, o nosso ordenamento jurídico acolhe a concepção subjetiva da responsabilidade, uma vez que exige a comprovação de atitude culposa para a configuração do dever de indenizar. No entanto, essa concepção tradicional não permaneceu imune as alterações sofridas pela teoria geral da responsabilidade civil, sendo essa evolução sentida, precipuamente, no conceito atualmente conferido à culpa.

Nesse sentido, no tocante à concepção geral do instituto, pode-se dizer que, com a valorização do dano como elemento central, os demais fatores de atribuição subjetivos e objetivos, tais como a conduta, a antijuridicidade e a culpa, assumiram um papel subalterno⁹. A responsabilidade subjetiva, assim, foi gradativamente evoluindo da ideia de culpa estrito *sensu* para a concepção de culpa presumida, culminando na noção tão atual e difundida da responsabilidade objetiva.

Entender como esse processo de evolução da teoria geral influenciou a responsabilidade civil do advogado em particular é, por conseguinte, um dos objetivos que se persegue. Nessa toada, a própria noção de culpa profissional é modificada, assumindo contornos mais objetivos e uma concepção normativa. Com efeito, é mitigada a própria dicotomia entre a responsabilidade civil objetiva e aquela de caráter subjetivo, que insiste em permear os trabalhos e debates sobre a responsabilização do advogado.

Outra tendência da responsabilidade civil contemporânea que também deve ser considerada no tocante à responsabilização do advogado é a recente e ainda incipiente, diga-se de passagem, mitigação da dicotomia existente entre as obrigações de meio e de resultado. Sob uma concepção tradicional e amplamente adotada pela doutrina e jurisprudência, a diferenciação das obrigações entre aquelas de meios e de resultados enseja distintos tratamentos em matéria de responsabilidade.

Isso porque, em relação ao profissional que assume uma obrigação de meios, cultivava-se o entendimento de que a ele só deve ser imputada a obrigação de indenizar o cliente se agiu com culpa. No entanto, se assumiu uma obrigação de resultados, pode ser responsabilizado objetivamente, caso não o tenha alcançado.

O clássico exemplo usado pela doutrina para ilustrar a situação e amplamente aplicado pelos nossos tribunais se traduz nas obrigações assumidas pelos médicos. Caso seja um

⁹ Essa passagem do “ato ilícito para o dano injusto” é bem resumida por Maria Celina Bodin de Moraes: “Neste quadro, importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços” (in, Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.13).

médico generalista, por exemplo, por não se comprometer a curar o paciente, mas tão somente em empreender seus maiores esforços nesta tentativa, diz-se que o mesmo assume uma obrigação de meios. De outra parte, em relação aos médicos que exercem a atividade de cirurgões plásticos, entende-se que estes assumem obrigações de resultados, podendo, por isso, ser responsabilizados objetivamente caso o resultado pretendido não seja alcançado.

Em relação ao advogado também se observa uma divisão, ainda que não seja tão propalada. Diz-se que o advogado que atua na seara contenciosa assume obrigações de meios, somente sendo responsabilizado quando comprovadamente tiver agido com culpa, enquanto o advogado consultivo, que presta consultorias e emite pareceres, assume obrigações de resultados, sendo objetivamente responsabilizado caso não preste o serviço nos termos previamente ajustados.

Incitando a atenção dos estudiosos do direito para a necessidade de analisar funcionalmente essa diferenciação, pondera Gustavo Tepedino a respeito da

tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedor nos deveres de cumprir (e de facilitar) o cumprimento das obrigações. Se assim é, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor¹⁰.

Conforme mencionamos acima, a doutrina tradicional defende que de maneira geral o advogado assume obrigações de meios, pois não pode se comprometer a ganhar a demanda. Isso soa óbvio para os estudiosos do direito, na medida em que é uma noção estritamente relacionada à concepção abstrata do direito de ação. No entanto, para aqueles que contratam serviços advocatícios, talvez essa percepção não seja tão simples, inclusive, por falta de informação. Não é a toa que o dever de informar e o consentimento informado também são aspectos a serem explorados nesse trabalho.

Nesse sentido, questiona-se a funcionalidade dessa dicotomia, ao se identificar a finalidade como um dos elementos ínsitos à obrigação. Isso porque quem contrata um advogado não busca a excelência dos meios empregados, mas o resultado, no grau mais alto de probabilidade. “Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado, no senso comum do cliente. Repita-se: mais provável e não necessariamente favorável”¹¹.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de Direito Civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 2002, p.218.

Por conseguinte, o aspecto relacional com que devem ser encaradas as situações subjetivas merecedoras de tutela não pode ficar à mercê da parcialidade do intérprete. O caráter complexo das situações jurídicas subjetivas deve ser levado em consideração, até mesmo para justificar ou não o merecimento de tutela e a atribuição de responsabilidade. Portanto, não deve ficar ao alvedrio do advogado a possibilidade de arguir que é um ator de meios e não de resultados como forma de se eximir de responsabilidade. Trata-se de um argumento estrutural e paliativo, que não alcança o verdadeiro sentido da situação jurídica concretamente considerada.

O próprio caráter normativo da culpa, difundido na esteira da responsabilidade civil contemporânea e a consequente aproximação entre as responsabilidades de cunho subjetivo e objetivo são fatores precursores da mitigação dessa dicotomia, na medida em que os deveres do advogado podem ser identificados casuisticamente de maneira mais objetiva, tendo-se como norte *standards* comportamentais dispostos pelo próprio Código de Ética e Disciplina dos Advogados.

Além disso, a busca civil-constitucional pela efetivação dos direitos, a partir de uma leitura funcionalizada e orientada pelos princípios constitucionais, revela, diante do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental e unificador de nosso ordenamento, a prevalência das relações existenciais e, simultaneamente, a insuficiência das tutelas ressarcitórias no que concerne a sua proteção.

Os exemplos de violação dos direitos da personalidade são cada vez mais frequentes e demonstram a necessidade de reestruturação do sistema de tutela das relações existenciais, pois as faltas lucrativas e as demandas mercenárias são indícios de que algo não anda bem. Fica evidente que o nosso sistema de responsabilização, construído sob a perspectiva material e individual, é inadequado sob a perspectiva existencial. Questiona-se, por via de consequência, o que antes parecia isento de dúvidas: a reparação dos danos sempre será a melhor solução?

Por isso e por tantos outros fatores, as tutelas ressarcitórias vão sendo lentamente substituídas por outras de caráter específico ou inibitório. A prevenção e a precaução dos danos ganham relevo nesse contexto e vêm assumindo uma posição de destaque na lista de preocupações que regem a ordem do dia e a cabeça dos doutrinadores e aplicadores do direito – leia-se: em todos os ramos do direito e não só no direito civil.

O paulatino reconhecimento por parte da doutrina e da jurisprudência de que os danos injustamente sofridos podem ser resolvidos não só pela pretensão indenizatória traduz a importância do desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil no processo de

mitigação desses danos, na medida em que reparte entre os diversos agentes potencialmente lesivos, por meio da cobrança dos prêmios, os custos globais advindos da indenização de todos os danos derivados daquela atividade¹².

Essa transformação vem na esteira da diversificação das funções da responsabilidade civil, tradicionalmente vista unicamente como um meio de reparar danos. Hoje, vislumbra-se na responsabilidade uma instituição não somente voltada para o passado, mas também para o futuro, o que lhe acarreta também as funções de dissuasão de comportamentos incorretos e de prevenção de danos¹³.

Não é por outro motivo que os seguros de responsabilidade civil ganham importância também na seara do profissional liberal, ainda que isso ocorra de maneira incipiente no Brasil. No entanto, a experiência estrangeira dimensiona a relevância que devemos conferir a esse processo, razão pela qual esta pesquisa se propõe a pormenorizá-lo.

A busca por uma atuação mais esmerada dos advogados, no entanto, não se exime ao campo disciplinar ou à seara da responsabilidade civil. Por isso, o trabalho também pretende demarcar aspectos do direito processual que possam contribuir com o processo de eliminação ou minoração de prejuízos aos clientes de serviços advocatícios. Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de construção de uma consciência processual mais dialética e justa a partir da atribuição de responsabilidade solidária aos advogados nos casos em que se identifica a litigância de má-fé.

Ou seja, a despeito de o Código de Processo Civil somente atribuir à parte o ônus de responder patrimonialmente pela litigância de má-fé, a doutrina processualista mais moderna tem pugnado pela atribuição de responsabilidade solidária ao patrono da parte¹⁴. Vislumbramos, portanto, nessa possibilidade, um meio de evitar demandas de responsabilidade civil propostas pelas partes insatisfeitas que, atualmente, podem vir a buscar a atenuação do ônus que sofreram com a imputação unilateral propondo demandas ressarcitórias perante seus advogados. Ademais, seria uma alternativa de desestímulo às condutas desleais e prejudiciais ao devido processo legal e aos clientes.

Portanto, é diante desse contexto atual e dinâmico da responsabilidade e do processo civil que o presente trabalho pretende enquadrar a atuação dos advogados, pugnando não só

¹² SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.219.

¹³ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In Direito Civil Contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p.54-56.

¹⁴ Nesse sentido, BOLSON, Simone Hegele. A responsabilidade civil do advogado à luz do Código de defesa do consumidor e do Estatuto da advocacia. Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, v.32, n.1/2, p.83-106, dez., 2003.

pela atribuição de responsabilidade aos que merecem, mas também pelo resgate do prestígio¹⁵ de uma profissão que, infelizmente, vem sendo marcada e manchada por atuações mercenárias e desprovidas daquilo que lhes devia ser mais caro: a virtude da justiça¹⁶.

Em termos metodológicos, portanto, o trabalho vem dividido em três capítulos. No primeiro, sob o enfoque da relação estabelecida entre o advogado e seu cliente e da função social do advogado, ou seja, da duplicidade de aspectos que envolvem a atividade desse profissional por atender, simultaneamente, interesses privados e públicos, são questões a serem discutidas: as características da relação e do contrato de mandato judicial, salientando-se a importância da identificação da normativa adequada diante do caso concreto; os deveres do advogado, tanto sob o viés deontológico, quanto técnico, sobretudo o dever de informar; e também a aplicabilidade do conceito de consentimento informado a esta relação.

Pode-se afirmar, portanto, que o propósito desse capítulo é justamente salientar as nuances desta relação, a fim de facilitar o entendimento da discussão a ser travada no segundo capítulo, não só no sentido de definir o âmbito de abrangência da legislação consumerista, como também de adequar as classificações tradicionais ao caso sob enfoque.

No segundo capítulo, que por sua vez carrega o título do presente trabalho, além de analisarmos o âmbito de abrangência do Código de Defesa do Consumidor no que tange aos serviços advocatícios, buscaremos promover uma análise funcionalizada, no melhor caminho civil constitucional, das classificações tradicionais da teoria geral da responsabilidade civil no caso específico da responsabilidade do advogado.

Assim, tanto a classificação da responsabilidade em contratual e extracontratual, como em subjetiva e objetiva, e também a dicotomia entre as obrigações de meio e resultado serão alvos de explanação, no intuito de estabelecermos as premissas teóricas necessárias à análise das hipóteses frequentes de responsabilização. Outro ponto que merece destaque é o

¹⁵ Sobre a imagem da advocacia, bem pondera Sérgio Ferraz: “É imprescindível assegurar uma imagem positiva real da advocacia. Ou seja, o papel do advogado deve ser socialmente preservado e valorizado, permeando-se, entre os analistas de nossa profissão, a mensagem de imprescindibilidade, de nosso tirocínio, de nossa cultura, de nossa instrução, de nossa boa-fé, de nossa lealdade, de nossa independência, de nossa honestidade, de nosso recato, de nossa moralidade, de nossa cordialidade ou compostura (com os colegas, os juízes, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, as partes, os funcionários), de nossa vida ilibada”. (FERRAZ, Sérgio. Regras Deontológicas. Ética na Advocacia: estudos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.2).

¹⁶ Justiça no sentido Aristotélico de que o homem justo não é aquele que apenas cumpre ações justas, mas sim aquele que as executa voluntariamente. Voluntário não significa, nessa direção, livre no sentido de livre-arbítrio, noção essa que só aparecerá com a filosofia cristã. Voluntário é tudo aquilo que, entre as coisas que estão no poder do agente, é executado com conhecimento de causa, isto é, sem ignorar nem a pessoa que sofre a ação, nem o instrumento empregado, nem o objetivo a atingir. Entende-se, assim, que Aristóteles define a justiça e a injustiça como maneira de agir em razão de um *habitus*, que procura uma forma de equilíbrio (a justiça) ou de desequilíbrio (a injustiça), ambas determinadas por um processo racional de deliberação. Conclui-se daí, que não só está em nosso poder sermos justos, mas, igualmente, injustos. Com isso, consegue Aristóteles um efeito prático na determinação dos vários graus de injustiça que Sócrates e Platão não puderam perceber de modo claro. Cf. in JÚNIOR, Tércio Samapio Ferraz. Dicionário de Filosofia do Direito. Verbete “Aristóteles”. Org.: Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 69.

desenvolvimento de tópico específico acerca da responsabilidade civil das sociedades de advogados, em virtude do tratamento diferencial que recebe tanto da lei quanto da doutrina, em relação aos advogados autônomos.

Por fim, no terceiro e último capítulo, após o estabelecimento das premissas teóricas necessárias, numa tentativa de angariar um viés mais pragmático à pesquisa, serão trabalhadas três hipóteses frequentes de responsabilização do advogado, quais sejam: a responsabilidade pela perda de uma chance, cuja possibilidade de ocorrência abrange uma série de condutas; o ajuizamento de lides temerárias e o cometimento de abuso processual, oportunidade em que trataremos a importância de atribuição de responsabilidade solidária ao advogado por litigância de má-fé, até mesmo como forma de coibir esse tipo de conduta abusiva e eventuais danos aos clientes; e também o caso em que as medidas liminares pleiteadas pelos patronos são revertidas ao final do processo, tema que se encontra na ordem do dia, justamente em virtude da ampla utilização das tutelas de urgência. Em seguida, sob as perspectivas das novas tendências da responsabilidade civil, questão a ser discutida é o desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil dos advogados.

Esperamos, assim, trazer a lume os principais aspectos e polêmicas que o tema suscita a fim de colocar em debate pontos de divergência e novas tendências de discussão. A proposta desta dissertação se justifica, portanto, na medida em que pretende atualizar o debate, tendo em vista as vicissitudes sofridas pela teoria geral da responsabilidade civil, bem como desmistificar algumas supostas divergências, ante a constatação de que algumas delas não possuem mais razão de ser.

Por fim, é imperioso demarcar que toda essa análise terá como marco teórico a linha hermenêutica protagonizada pelo direito civil-constitucional, desenvolvida pela doutrina brasileira a partir de influência recebida da doutrina italiana. Trata-se, em suma, de um conjunto de preceitos voltados a efetivar os valores constitucionais na ordem jurídica privada, pugnando por uma aplicação sistemática do ordenamento jurídico, tendo em vista sua unidade e sua coerência. Os princípios e as normas constitucionais assumem o papel de destaque nesta encenação, na medida em que congregam os valores e os pilares do ordenamento.

Dentre suas características principais, podemos citar o fato de preconizar uma análise funcional e não meramente estrutural dos institutos de direito civil, de maneira a possibilitar a identificação, diante do caso concreto, da melhor normativa a ser aplicada. Com efeito, desenvolve uma linha de pensamento que ultrapassa a simples verificação da licitude, da possibilidade e da determinação de cada instituto, buscando abarcar também a axiologia constitucional que o respalda e fundamenta.

No tocante à responsabilidade civil, em especial, o enfoque civil constitucional revela uma série de retoques, dentre os quais podemos destacar: o reconhecimento da prevalência dos valores existenciais, diante do lugar de prestígio que lhes é conferido pela Constituição da República e o conseqüente assentamento da teoria da reparação integral também na seara dos danos morais; o desapego em relação à concepção moral da culpa, preenchida atualmente por um viés mais objetivo diante da difusão de conceitos tais como a boa-fé objetiva e a função social; a expansão dos interesses merecedores de tutela, identificados casuisticamente; a propagação da importância do sistema preventivo de danos, como meio de alternativo de efetivar os valores dispostos no nosso ordenamento.

1 DA RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA ENTRE O ADVOGADO E SEU CLIENTE

O advogado, tal como o artista, pode ter o dom de descobrir e revelar os mais inesperados e os mais secretos aspectos da verdade. Pode, por isso, dar aos profanos – que não têm idêntica faculdade – a impressão de que os fatos que relata com amorosa fidelidade são de sua invenção. Mas o advogado não altera a verdade se consegue tirar dela aqueles elementos mais característicos, que escapam ao vulgo. Não é justo acusá-lo de trair a verdade quando, pelo contrário, consegue ser como o artista, o intérprete sensível (Piero Calamandrei¹⁷).

Identificar o advogado como intérprete sensível pode soar irônico quando o tema é justamente a sua responsabilidade civil. O célebre processualista, porém, não se enganou. De fato, o advogado atua cotidianamente como um verdadeiro psicólogo de seus clientes, motivo pelo qual a relação estabelecida entre ambos, por vezes, adquire um caráter complexo. É claro que também existem aqueles que conseguem um amplo distanciamento, suficiente para impedir seu envolvimento pessoal com a causa. Na verdade, os tipos de relações são múltiplos e diretamente proporcionais aos diferentes profissionais que podem ser encontrados no mercado.

Por isso e por tantos outros motivos que serão aqui expostos, acredita-se que as inúmeras divergências suscitadas em torno do tema da responsabilização por danos causados pelos advogados aos seus clientes não se restringem à dificuldade em classificar o tipo de responsabilidade em questão – objetiva, subjetiva, contratual, extracontratual. Uma análise mais detida nos leva a crer que essas controvérsias possuem uma raiz mais profunda, qual seja: a dúbia natureza jurídica da própria relação estabelecida entre o advogado e o seu cliente.

Nesse contexto, embora seja pacífica a caracterização da atividade do advogado como privada, a função social que lhe foi atribuída pela Constituição Federal é fato precursor de algumas dúvidas. É o que veremos a seguir.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes vistos por nós, os advogados. Lisboa: Livraria Clássica, 1940, p.n98.

1.1 A função social do advogado

A despeito das divergências ainda existentes, a antiga dificuldade em caracterizar a prestação advocatícia como uma atividade pública ou privada não mais persiste. O próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil já pacificou essa questão quando estabeleceu em seu artigo 2º que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Trata-se, portanto, de uma atividade privada, que se sujeita às particularidades do interesse público.

Com efeito, não pode o advogado ser reduzido à figura do mandatário de direito privado, pois além de ser um representante dos interesses das partes – diga-se de passagem, um representante necessário – também age no interesse público de realização da justiça, finalidade última de todo processo litigioso¹⁸. Essa dualidade que marca a atuação do causídico vem alimentando há tempos, inclusive, disputas fraternas, pois cada uma dessas exteriorizações sociais – profissional privado e agente político com função social – assume, por vez, a primazia perante a opinião pública, raramente coexistindo em harmonia.

Desponta, nessa direção, a questão da função social da profissão de advogado, nos termos dispostos pelo próprio Estatuto da Advocacia. Ruy de Azevedo Sodré disserta de maneira simples sobre o tema ao afirmar que

O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advogado. Sem a intervenção do advogado não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social¹⁹.

Assim, na esteira das alterações sociais e jurídicas provocadas pelo fim da *summa divisio* e pela ascensão jurídica da Constituição, que deixa de ser encarada como um simples documento político, passando a ser vista como o verdadeiro centro do nosso ordenamento jurídico de onde emanam princípios e valores que direcionam a interpretação e a aplicação de nosso direito, urge a necessidade de harmonizar a atuação privada do advogado com a sua função social, consubstanciada pela própria Constituição Federal²⁰.

¹⁸ Nessa direção, Fábio Konder Comparato assevera que “O *munus público* da advocacia marcado pelo monopólio do *ius postulandi* privado em todas as instâncias, com raras exceções, bem demonstra que a atividade judicial do advogado não visa – apenas ou primariamente – à satisfação de interesses privados, mas à realização da justiça” (COMPARATO, Fábio Konder. A função do advogado na administração da justiça. In Revista dos Tribunais, nº694, Agosto de 1993, p. 45).

¹⁹ SODRÉ, Ruy de A. “Ética Profissional e Estatuto do Advogado” – São Paulo: LTr, 1975 – p. 282.

²⁰ Trata-se de um exercício profissional, cuja liberdade se encontra condicionada à realização do mote condutor dessa profissão, qual seja, a realização da justiça. Funcionalmente, pois, deve o advogado conciliar as duas faces de sua atuação, de modo a conferir-lhe caráter legítimo perante o ordenamento.

Verifica-se, pois, que o crescimento da importância conferida à função social do advogado acompanha o amplo e recente desenvolvimento doutrinário acerca de temas semelhantes, tais como a função social da propriedade e dos contratos. Sobre esse último, debates acalorados se estabelecem com o fito de discutir a real intenção do legislador em relação ao art.421 do Código Civil²¹. Não é por outro motivo que a função social é encarada como um princípio geral do direito, assim como a boa-fé objetiva²².

A despeito da existência de correntes doutrinárias diversas, portanto, sob uma análise civil constitucional, pode-se dizer que um instituto de direito cumpre a sua função social quando, além de concretizar sua finalidade específica, privada, persegue, simultaneamente, interesses socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica. Trata-se, pois, da interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF), do valor social da livre iniciativa (Art.1º, IV, da CF) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art.3º, III) e da solidariedade social (art.3º, I) – objetivos da República²³.

Nesse diapasão, o declínio da ideologia liberal e o advento do Estado social contribuíram imensamente na criação desse novo viés social com que atualmente se enxerga a atividade dos advogados e, nesse ínterim, pode-se dizer que as características tradicionais da profissão perderam parte de suas justificativas. E não é difícil identificar tais alterações.

Por exemplo, já se superou há muito a idéia de que os advogados somente defendem interesses individuais e não sociais, assim como já é plenamente concebível que o advogado atue perante as demais esferas sociais, que não a sociedade civil – a atuação administrativa

²¹ Entendemos que a melhor interpretação é aquela segundo a qual a função social dos contratos confere não só limite externo à atuação dos contratantes, mas também limite interno. Consideram-se, pois, infundadas as críticas direcionadas à expressão “em razão de”, utilizada no bojo do art. 421 do CC. Nesse sentido, valiosíssimas as ponderações de Maria Celina Bodin de Moraes: “Quando a lei diz que ‘a liberdade de contratar será exercida *em razão e nos limites* da função social do contrato’ a expressão ‘em razão’ serve justamente para opor a autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar, não mais estão, como já se tratou de explicar, na autonomia dos privados, mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de prescrever, ou recepcionar justamente a função social dos institutos jurídicos. (MORAES, Maria Celina Bodin. A causa dos contratos. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 315-316).

²² Sobre o tema, válidas são as ponderações de Gustavo Tepedino: “A função social, em última análise, importa na ‘imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato”’. (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the Best knowledge of the Sellers. In, Temas de Direito Civil, t.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.51, nota 14).

²³ Podemos mencionar a existência de duas outras correntes doutrinárias que dissertam de maneira diversa sobre a função social do contrato. A primeira, por exemplo, capitaneada por Humberto Theodoro Júnior, sustenta que a função social não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação política legislativa nacional. A segunda afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, concebendo-a como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros. Conferir em: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In, Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 397.

perante os Poderes Executivo e Legislativo bem demonstra isso. A própria alteração da concepção da lei, antes vista como simples fator de conservação social e hoje encarada como mote condutor de transformações sociais, contribuiu para tanto.

Logo, é admissível, e até esperado, que o advogado de hoje organize institucionalmente o acesso de classes, grupos sociais e da coletividade indistintamente considerada ao funcionamento da máquina estatal. Justamente nesse sentido nos advertiu Fábio Konder Comparato, para quem “ao advogado, como titular de competência profissional legalmente reconhecida e exclusiva, caberá a tarefa de manejar os instrumentos jurídicos de realização dos objetivos constitucionais de transformação social”²⁴.

O referido autor justifica seu raciocínio asseverando que, quando exerce o patrocínio de pleitos judiciais de interesse público, o advogado assume a posição, simultaneamente de autor e representante, pois exerce, em seu nome pessoal, autêntico ministério público. No entanto, na atualidade, a questão ganha contornos diversos diante da criação de instituições como as Defensorias Públicas, as Procuradorias dos Estados, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria da Fazenda Nacional e da própria revisitação do conceito de “função social”, também aplicável aos interesses de caráter privado, no sentido de conferir-lhe o merecimento de tutela.

É certo que a advocacia de caráter público, exercida pelos profissionais que fazem parte das instituições supramencionadas, angariou forte sentido à função social da advocacia. No entanto, foge ao âmbito da temática proposta pelo presente trabalho por duas razões principais: primeiro porque inexistente relação contratual entre a Defensoria Pública e a pessoa por ela assistida e, segundo, porque a relação entre a Administração direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios e os advogados das instituições que as defendem em juízo se estabelece por força estatutária.

Com efeito, eventual prejuízo causado aos jurisdicionados e à própria administração pública em razão da má-atuação dos membros dessas instituições deve ser analisado sob o manto da Responsabilidade Civil do Estado, cujos alicerces e princípios se distanciam do que se pretende aqui dissertar. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro qualificou como objetiva a responsabilidade do Estado, como deflui do §6º do art.37 da CF, coadjuvado pelo art. 22 do CDC²⁵, sem prejuízo da posterior averiguação da responsabilidade do agente, esta sim, fundada na culpa²⁶.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A função social do advogado. In: Revista dos Tribunais. V. 582, abril de 1984. p. 268-269.

²⁵ Art. 37, §6º da CF: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Art. 22 do CDC: Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias,

O tratamento diverso também se justifica, uma vez que a advocacia pública assume caráter político, assim como qualquer atuação em prol do bem comum. Isso porque toda ação política move-se no universo de poderes sociais, sejam eles estatais ou não. “A função social do advogado, nesse entrechoque de poderes, consiste em fazer prevalecer o princípio de justiça distributiva, dentro da ordem jurídica”²⁷.

É imperioso esclarecer, nessa seara, que a atividade dos advogados oficientes no setor público pode ser analisada sob dois planos²⁸:

o do interesse material objetivado na espécie (o contrato, o pagamento, a licitação, o termo de recebimento) e o da representação técnico-jurídica ou da capacidade postulatória exercidas pelo advogado do setor público, o que se evidencia, por exemplo, na conduta do procurador que preside comissão de licitação adrede constituída pela autoridade interessada numa obra ou compra, ou que elabora e firma as informações em mandado de segurança, juntamente com a autoridade impetrada, notando-se, no primeiro caso, que o agente age em nome e por conta do Estado-Administrador, no limite de sua capacitação profissional e, no segundo, que a imputação de ato increpado de arbitrário e ilegal é endereçado pelo impetrante à autoridade, e é isso que a torna legitimada passiva.

Vê-se, portanto, que os serviços prestados pelos advogados no setor público apresentam caráter dual, posto que se movimentam com facilidade nas instâncias judicial e administrativa, sendo que nesta última atuam independentemente de mandato, assumindo caráter eminentemente institucional. Com efeito, evidencia-se a cabal impropriedade de se subsumir essa diferenciada atuação – sem os devidos temperamentos – sob a rubrica genérica da “responsabilidade do Estado por ato de seus funcionários”, assim como a de se cogitar (salvo manifesta desídia ou dolo do operador do direito) a solução da via regressiva, como demanda secundária ou em decorrência da denúncia da lide (CPC, art. 70). Nesse sentido, pondera Rodolfo de Camargo Mancuso²⁹:

É, portanto, apenas nos lindes dos atos privativos da advocacia que pode ser aferida a responsabilidade dos operadores do direito pelos atos que praticam em nome e no interesse do Estado e ainda assim observada a competência legal de quem possa sindicair tais condutas profissionais: a Comissão do Advogado Público da OAB e os Conselhos das Procuradorias.

permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

²⁶ Dado que o Estado atua através de seus servidores e agentes políticos, o que os dispositivos mencionados querem dizer é que, desde que haja nexos causal entre a conduta e o resultado danoso, exsurge a responsabilidade do Estado, que assim será instado a ressarcir os danos e/ou recompor o *statu quo ante*. Sendo indisponível o dinheiro público, na sequência caberá apurar a responsabilidade do agente a quem é imputada a causa eficiente.

²⁷ Cf. in COMPARATO, Fábio Konder. A função social do advogado. In: Revista dos Tribunais. V. 582, abril de 1984. p. 271.

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia no setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. In, Revista dos Tribunais, ano 92, v.807, Janeiro de 2003, p. 40.

²⁹ *Ibid*, p.40. Nessa direção, julgado paradigmático do STF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso no MS 24.073, (J.06/11/2002), impetrado por advogados da Petrobras contra ato do Tribunal de Contas da União, pelo qual foram declarados responsáveis solidários da estatal pela contratação direta de uma empresa de consultoria internacional. O plenário acolheu as alegações da defesa sobre incompetência inconstitucional e legal dos TCU para julgar os atos praticados pelos advogados no exercício regular da profissão, independente de se tratar de sociedade de economia mista sob jurisdição da Corte de Contas.

Assim, responde o advogado público, independentemente da natureza jurídica da instituição em que atue, pelos atos próprios de seu ofício, devendo agir com zelo pela coisa pública e proficiência no trato das questões jurídicas, o que inclui cuidado com a clareza, precisão e fidelidade na redação de cláusulas de um edital de licitação ou de um concurso público, a correta disposição dos requisitos objetivos para a habilitação de interessados em certames licitatórios, a discricão no manejo de temas de interesse da Administração à qual se vincula³⁰.

De toda sorte, a extensão da aplicabilidade e do próprio conceito de função social, que não mais se exime às questões de interesse público, sendo perfeitamente aplicável às relações privadas, traz à tona a finalidade intrínseca ao exercício da advocacia: a realização da prestação jurisdicional aliada à construção da justiça social.

Assim, mesmo o advogado particular, ao postular uma demanda de caráter privado, tem a obrigação de estar em perfeita sintonia com os valores socialmente relevantes dispostos pela Constituição Federal, a fim de justificar a tutela jurisdicional que pretende receber e conferir ao seu cliente. Isso porque, ainda que não atue no setor público, a causa concreta de seus poderes de representação possui automaticamente uma função social, disposta pela própria Constituição da República: a administração e a concretização da justiça.

1.2 Características da relação advogado-cliente

O reconhecimento do caráter contratual da relação que se estabelece entre o advogado e seus clientes é quase unânime³¹. Isso porque, normalmente, o profissional vincula-se juridicamente e com certa anterioridade em virtude de um contrato, sendo a responsabilidade, aí então, decorrente do não cumprimento das obrigações nascidas a partir desse liame contratual.

³⁰ “Inexiste, pois, tecnicamente qualquer zona cinzenta ou nebulosa entre a responsabilidade concernente ao Estado-Administrador, como instância política, e a que pertence ao seu agente na área jurídica como assessor, consultor, procurador, que, repita-se, está na causa substancial dos atos, condutas, programas: a distinção é a mesma que separa o fundo e a forma; a materialidade do fato e a sua instrumentação técnica”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia no setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. In, Revista dos Tribunais, ano 92, v.807, Janeiro de 2003, p.42).

³¹ Em Roma, as profissões liberais, dada a nobreza de que se achavam impregnadas, tidas como *res inestimabilis*, estavam fora do comércio e não podiam ser objeto de contrato. Sob o ponto de vista histórico é uma posição interessante, por demonstrar o valor atribuído ao advogado romano, mas que em nada influencia o claro e pacífico entendimento hodierno de que é contratual a relação entre o advogado e seus clientes. Cf. in VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.37.

De toda sorte, porém, também se reconhece o dever de indenizar a partir de relações extracontratuais, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio possibilita a responsabilização por qualquer ato antijurídico perpetrado³², seja ilícito ou abusivo. Basta pensar, por exemplo, nos casos em que a parte lesada por ato do advogado é a parte adversária de seu constituinte ou até mesmo terceiros, interessados ou não.

O reconhecimento do caráter contratual da relação entre o advogado e seus clientes, contudo, não impediu que se continuasse a invocar dispositivos relativos à responsabilidade extracontratual para apreciar a responsabilidade dos profissionais liberais, através de uma indisfarçável influência do Código Napoleônico³³.

Atribui-se a mencionada atitude ao fato de o profissional gozar de certa independência na execução dos contratos. Assim, alega-se que quando ele faz mal uso de tal liberdade desponta a responsabilidade aquiliana. Dessa forma, ao lado da responsabilidade contratual, existiria também a responsabilidade extracontratual, decorrente, portanto, do abuso dessa liberdade de atuação que é assegurada ao profissional em nome de sua independência técnico-funcional. Ou seja, a existência de obrigações legais paralelas ao contrato daria ensejo a obrigações de características *sui generis*, cujo não cumprimento atrairia a responsabilidade aquiliana, independentemente da contratual³⁴. Tal pensamento teria influenciado, ainda, a ideia de se impor aos profissionais liberais tão somente o dever de agir com prudência, diligência e perícia, noção essa que restara consubstanciada a partir da distinção entre as obrigações de meio e resultado.

Diante do panorama traçado acima, tem-se o seguinte: a atividade do advogado possui natureza privada, ainda que tenha reservas para com o interesse público, e possui um caráter eminentemente contratual, a despeito de poder ensejar responsabilização extracontratual diante de um caso concreto. Em uma primeira leitura, pode-se pensar que as divergências quanto à natureza jurídica da relação advogado-cliente não são muitas, mas o fato é que a maioria delas reside justamente na escolha de um tipo contratual apto a regê-las.

O Código Civil de 1916 continha dispositivos referentes ao mandato judicial em seção própria³⁵. No entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 1939 e, sobretudo, com a edição do atual CPC em 1973, tal normativa perdeu importância, uma vez que o Código de

³² A simples leitura dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002 possibilita esse entendimento.

³³ Não é a toa que se continua a invocar o art. 186 do Código Civil para justificar a responsabilização dos advogados. Ou seja, somente diante dos casos em que age com imprudência, com negligência ou com imperícia, se reconhece o dever do profissional de indenizar seu cliente por sua má-atuação.

³⁴ Cf. in REPRESAS, Felix Alberto Trigo. Responsabilidad Civil del Abogado, p.125 e 126. Vale deixar claro que esta contenda será melhor explicitada no próximo capítulo, oportunidade em que discorreremos sobre as classificações em matéria de responsabilidade. Por ora, nos ateremos à natureza jurídica da relação estabelecida entre os advogados e os clientes.

³⁵ Vide artigos 1324 a 1330 do Código Civil de 1916.

Processo passou a estabelecer em seus artigos 36 *usque* 40 um rol de direitos e deveres dos advogados. Na mesma toada, o exercício da profissão se encontra regulamentado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 8.906/94), complementado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB³⁶.

O Código Civil de 2002, diante da existência de regulamentação específica sobre o tema, deixou de disciplinar acerca da procuração em juízo, embora ainda possa ser invocado supletivamente, no que couber.

A despeito da legislação que hoje rege a matéria, as dúvidas giram em torno da figura jurídica utilizada para regulamentar a atuação dos procuradores em juízo, conhecida como mandato judicial, pois, ao mesmo tempo em que possui características ínsitas ao contrato de mandato, em outros aspectos se aproxima do contrato de prestação de serviços.

No entanto, percebe-se que as divergências podem ser atribuídas ao olhar eminentemente estrutural que se tem conferido ao tema, na medida em que a indispensabilidade da representação judicial em juízo – instrumentalizada a partir da procuração *ad juditia* - tem sido confundida com a figura contratual que venha a regulamentar a relação profissional pactuada entre o advogado e o cliente, no intuito de estabelecer o valor e as condições de pagamento, assim como o objeto e o tempo do contrato. Saliente-se que esse contrato pode ser escrito ou verbal³⁷, diferentemente da procuração judicial, cujas particularidades são estabelecidas pelo Código de Processo Civil.

Assim, diante do caso concreto, é possível identificar dois negócios jurídicos a serem estabelecidos pelo advogado e seus respectivos clientes. O primeiro, de caráter indispensável e de características formais estabelecidas em lei, representado pela figura da procuração judicial – também conhecida como mandato judicial. E o segundo, de caráter facultativo, sem forma e tipo contratual previamente exigidos em lei, cuja função é estabelecer as condições de serviço e de pagamento e eventuais cláusulas especiais.

Na prática, no entanto, muitas vezes os dois negócios jurídicos são englobados por um só tipo contratual, o que tem dado azo às aludidas dissonâncias doutrinárias. Por isso, no

³⁶ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, aprovou e editou o Código de Ética e Disciplina da OAB, exortando os advogados brasileiros a sua fiel observância.

³⁷ Insta ressaltar que os honorários devem ser estabelecidos por escrito, sob pena de cometimento de infração disciplinar disposta no artigo 36, II do Código de Ética e Disciplina. Aliás, o contrato verbal não poderá ser alvo de análise pelo Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da OAB, cuja competência se restringe às relações estabelecidas através de contrato escrito. Nesse sentido, o seguinte julgado do TED da OAB/ES: INCOMPETENCIA DO TED/OAB. CONTRATO VERBAL. O TED/OAB não possui competência para dirimir conflito entre cliente e advogado sobre o pagamento de honorários advocatícios não escritos. Tal atribuição é exclusiva do Poder Judiciário. A celebração por escrito de contrato de honorários advocatícios consiste em medida imposta pelo Código de Ética e Disciplina e ausência deste implica em infração disciplinar. Procedência parcial da representação com a aplicação da pena de censura nos termos do art. 36, II do EAOAB. DECISÃO UNÂNIME (PROCESSO 93.650-06, 2º Turma, relatora Dra. Juliana Paes Andrade, julgado em 31/07/2007)

tópico seguinte, esmiuçaremos a questão ao discutir acerca do mandato judicial e dos vários tipos contratuais aptos a reger a relação entre o patrono e o constituinte.

Nesse sentido, a fim de evitar as confusões e a criação de falsas dicotomias, acreditamos que a atitude mais sensata é a identificação da normativa aplicável diante do caso concreto, na melhor perspectiva civil constitucional de interpretar. Só assim, portanto, será possível ultrapassar as barreiras e tentativas estruturais de subsumir a um tipo contratual uma relação jurídica que sabidamente possui um caráter complexo.

Após, serão objeto de análise os aspectos éticos e técnicos dos deveres do advogado para com o seu cliente, com o intuito de contextualizar de forma mais assente os aspectos práticos desta relação. Com efeito, ultrapassadas essas duas etapas, teremos subsídios suficientes de maneira a propiciar o desenvolvimento da principal questão deste primeiro capítulo: classificar ou não a relação advogado-cliente como uma relação de consumo.

1.3 A natureza negocial multiforme do mandato judicial e a identificação da normativa adequada diante do caso concreto.

Clóvis Beviláqua definiu da seguinte maneira o mandato judicial: “É o conferido a uma pessoa idônea, ordinariamente um profissional (advogado, solicitador), para a prestação do serviço de procurar em juízo, pelo constituinte. É, portanto, simultaneamente, mandato e prestação de serviços”³⁸.

Carvalho Santos, na mesma toada, assevera que se denomina judicial o mandato que tem por objeto a defesa dos direitos e interesses do constituinte em juízo, no qual figure no processo como autor, réu, assistente ou oponente, credor, co-herdeiro. Para o autor, tal tipo se apresenta com o duplo aspecto de mandato e locação de serviços³⁹.

Verifica-se, pois, que a identificação do mandato judicial tem por fundamento a sua finalidade específica, consistente na atuação em juízo de um profissional, legalmente habilitado⁴⁰, para a defesa dos direitos ou interesses de seu constituinte⁴¹. Por conseguinte, é

³⁸BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933. Vol.3; 8.ed., p.74. *Apud.* JÚNIOR, Mairan Gonçalves Maia. A representação no negócio jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.170.

³⁹CARVALHO SANTOS, J.M.de, Código Civil Brasileiro Interpretado.4ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1952, vol. 16, p.339.

⁴⁰ Por via de consequência, a lei considera nulos os atos praticados por pessoas que não atendam às exigências legais. Vide art. 4º do EOAB. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “o contrato entre cliente e advogado tem duas notas que o diferenciam claramente dos outros mandatos. Ele é necessário e a escolha é limitada. É necessário porque só o advogado tem capacidade postulatória e a parte que não seja também habilitada na Ordem dos Advogados do Brasil não é autorizada em

um instrumento que não abarca as atividades de orientação e de consulta, eventualmente prestadas pelo advogado, cuja marca principal é a dispensabilidade da representação.

Outra peculiaridade é a importância conferida à confiança que deve existir entre procurador e constituinte, traduzida pelas seguintes palavras de Gustavo Tepedino⁴²,

No mandato judicial, assim como no ordinário ou extrajudicial, o elemento fiduciário compõe a causa contratual. Com efeito, a escolha do mandatário para atuar em juízo emerge de qualidades intelectuais que o mandante reconhece no procurador, já que quando se escolhe um advogado, tem-se em vista sua cultura, experiência, habilidade, reputação, etc.

No entanto, os conceitos colacionados acima evidenciam a ambiguidade que permeia a figura do mandato judicial, que ora se aproxima do contrato de mandato, ora do contrato de prestação de serviços. Essa duplicidade não passou despercebida pela doutrina, que já se posicionou da seguinte maneira⁴³:

Torna-se nítida a presença de dois negócios – um de representação, outro de prestação de serviços – dentro do mesmo contrato. De fato, o mandatário judicial não só representa o constituinte como presta serviços profissionais, no patrocínio de seus interesses.

Por isso, fala-se que as relações entre o procurador e o cliente se regulam pelos termos da procuração e pelo contrato verbal ou escrito existente entre as partes⁴⁴. Com efeito, no intuito de facilitar a análise é imprescindível que identifiquemos algumas características dos contratos de mandato e de prestação de serviços, assim como do instituto da representação.

O contrato de prestação de serviços⁴⁵ está previsto entre os artigos 593 e 609 do Código Civil de 2002 e é um dos tipos aptos a regular a relação advogado-cliente. Isso porque o art.594 dispõe que “toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial pode ser contratada mediante retribuição”.

Vale destacar, nessa direção, que o Código Civil incide tão somente sobre os contratos de prestação de serviços que não foram englobados pela esfera trabalhista – ou seja, aqueles

postular em causa própria (CPC, art.37). A liberdade de escolha do advogado é limitada, porque deve cair exclusivamente em profissionais habilitados como tais. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 4ªed., p.698).

⁴¹ Conforme expostos anteriormente, aplicam-se ao mandato judicial as regras da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e no Código de Processo Civil.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao novo código civil, v.X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte/Gustavo Tepedino; coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. - Rio de Janeiro: Forense,2008, p. 197.

⁴³ RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos em espécie, vol.III. São Paulo: Atlas, 2006, 6ªed., atual, p.239. Cf., também, Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. V, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1957, p.58 e Arnaldo Rizado, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2206, 6ªed., p.696.

⁴⁴ WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. São Paulo: Saraiva, 2004, 16ªed., p.537.

⁴⁵ O Código Civil de 2002 adota a expressão “prestação de serviços”, deixando de lado a expressão adotada pelo CC 1916, “locação de serviços”. Caio Mário da Silva Pereira assevera que a substituição foi oportuna, uma vez que a expressão locação de serviços soa como um atentado à dignidade da pessoa humana. Cf. in TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, vol. II, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, p.322.

estabelecidos entre particulares em que não restou configurado um vínculo empregatício com suas quatro características: onerosidade, habitualidade, subordinação e pessoalidade – bem como não abrange, teoricamente, aqueles contratos que perfaçam uma relação de consumo⁴⁶.

Em síntese, o conteúdo dos contratos de trabalho e de prestação de serviços é bem parecido; o que os distingue, sobretudo, são as regras de regência e seus efeitos, pois se assim não fosse, não se justificaria a diferenciação entre os mesmos⁴⁷. No tocante ao contrato de empreitada, o que o diferencia do contrato de prestação de serviço é o fato de que naquele tipo contratual existirá a atribuição de uma função específica e a busca de um resultado por uma obra a partir da assunção dos riscos⁴⁸.

No caso da relação estabelecida entre os clientes e seus patronos⁴⁹, temos o seguinte: de regra vigora um contrato de prestação de serviços, na medida em que os advogados não se comprometem a alcançar um resultado determinado, mas tão somente a empreender esforços para que as causas de seus clientes logrem êxito.

A grande divergência surge quanto à possibilidade de se capitular a relação advogado-cliente como um contrato de mandato, posto que este tipo em muito se aproxima do contrato de prestação de serviço, o que dá ensejo à divergências de opinião.

De início, essa idéia encontrou resistências na doutrina pelo fato de o contrato de mandato em Roma possuir como uma de suas características a gratuidade. Diante dessa premissa e da remuneração dos serviços prestados por advogados ou por quaisquer outros profissionais liberais, a tendência era classificá-los como contratos de prestação de serviços⁵⁰.

⁴⁶ A despeito de excluir os contratos de prestação de serviço que possuam cunho consumerista, pode-se dizer, seja sob uma perspectiva civil-constitucional ou sob a orientação da doutrina que pugna pelo diálogo das fontes, que os princípios consumeristas são aplicáveis às relações civis e vice-versa, à luz da Constituição Federal. Não se deve encarar o CDC como um microsistema apartado de nosso ordenamento. Esta seria uma visão tacanha e mesquinha. Cf., in TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual” in *Temas de Direito Civil*, 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.232. Essa questão – natureza consumerista ou não das atividades advocatícias – será tratada em um tópico apartado, ainda neste capítulo, de maneira que, por ora, nos ateremos à análise dos tipos contratuais aptos a reger essa relação.

⁴⁷ Segundo Serpa Lopes “o contrato de trabalho é regido por normas quase integralmente de ordem pública, onde a autonomia da vontade se encontra cerceada pela intervenção estática tanto na formação do contrato como no desenvolvimento de sua própria vida jurídica, na locação de serviços é diminuta, limitando-se a certos princípios clássicos inerentes à locação de serviços, sem a preocupação fundamental da proteção ao trabalhador”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. IV, 5 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 192.

⁴⁸ Com efeito, enquanto no contrato puro e simples de prestação de serviços o objeto perseguido é o trabalho humano, no contrato de empreitada o que se busca é a realização de uma obra, um resultado. Esse é o entendimento uníssono da doutrina, que destaca a diferença entre ambos os institutos desde os tempos da Roma antiga. Cf. in ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol.II. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.182.

⁴⁹ A expressão “patrono” é utilizada para designar os advogados porque estes “tomavam debaixo de sua proteção a seus clientes, e se consagravam à defesa de seus interesses e da sua honra, vida e liberdade”. José Maria Frederico de Souza Pinto. Apud, ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Revista Forense, Ano 100, Julho-Agosto de 2004, Vol.374. p.80.

⁵⁰ REPRESAS. Felix Alberto Trigo. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p.117. Nesta direção, “Uno dei tratti salienti della disciplina normativa del mandato è sicuramente costituito dalla sua essenziale gratuità: colui che si obbligava all’esecuzione dell’incarico commessorgli infatti, non aveva diritto, nei confronti del mandante, ad alcun compenso per l’attività svolta”. (Giuseppe Bavetta, *Mandato (dir.priv)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol.xxv, cit., p.314).

No entanto, essa objeção perdeu sua razão de ser na atualidade, uma vez que a gratuidade não é característica essencial ao contrato de mandato.

Na verdade, o mandato e a prestação de serviço, primeiramente, se diferenciam em razão de a representação ser essencial ao primeiro tipo contratual e dispensável em relação ao segundo. Isso porque o Código Civil de 2002, por opção legislativa, repetiu a redação contida no diploma de 1916, mantendo a ideia da representação como um instrumento inerente ao contrato de mandato.

Ou seja, a noção de mandato sem representação não foi acolhida expressamente por nosso legislador, a despeito da distinção ontológica entre ambos ser amplamente reconhecida pela doutrina⁵¹. Nesse sentido, vale dizer que a diferença se desenha na medida em que o mandato é uma espécie contratual, um negócio jurídico bilateral que depende da ocorrência de vontades para a sua existência, sendo a representação uma técnica de atuação em nome de outrem. A outorga do poder de representação não é, portanto, uma espécie contratual, mas uma vontade unilateral, manifestada a partir do negócio jurídico da procuração⁵². Mairan Gonçalves disserta especificamente sobre o assunto⁵³:

Independente da natureza jurídica que o contrato para a prestação de serviços advocatícios possa vir a assumir, será indispensável para consecução de seus objetivos a outorga de poderes por parte do titular do direito a ser tutelado, de molde a legitimar a conduta e os atos praticados pelo advogado, possibilitando que os efeitos produzidos reflitam direta e imediatamente na esfera jurídica do constituinte.

Portanto, é exatamente a indispensabilidade da representação no âmbito do mandato que o difere de outros contratos de prestação de serviços. Chega-se a falar, inclusive, que o mandato é uma espécie particular de prestação de serviços⁵⁴.

⁵¹ Corroborando a noção de que os institutos são autônomos, temos o seguinte: pode haver mandato sem haver representação, quando o mandatário não recebeu poderes para agir em nome do mandante, ou seja, quando age por conta do mandante, mas em nome próprio. No nosso ordenamento o exemplo clássico seria o contrato de comissão já que o Código de 2002 manteve a ideia de que a representação é essencial ao mandato. Mas no ordenamento jurídico lusitano, inclusive, existe a figura do contrato de mandato sem representação, disciplinada pelos artigos. 1180 e seguintes do Código Civil Português (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p.541). E também podemos ter a representação sem que coexista com ela o contrato de mandato. Nesse sentido, ela pode ser coincidente com um contrato de prestação de serviços, de gestão de negócios e até mesmo com um contrato de trabalho. Em apertada síntese, podemos concluir que o mandato é um contrato que regula a relação entre representado e representante, estabelecendo termos e condições para o exercício do poder de representação (SCHREIBER, Anderson. A representação no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.239).

⁵² Essa é a opinião de TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao novo código civil, v.X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte/Gustavo Tepedino; coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. - Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.2. Em apertada síntese, podemos concluir que o mandato é um contrato que regula a relação entre representado e representante, estabelecendo termos e condições para o exercício do poder de representação. Cf. in SCHREIBER, Anderson. A representação no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.239.

⁵³ JÚNIOR, Mairan Gonçalves Maia. A representação no negócio jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 173.

⁵⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005,442.

Ademais, outras diferenças também podem e devem ser pontuadas, já que o objeto do mandato é a autorização para a realização de qualquer ato ou negócio jurídico, enquanto o objeto do contrato de prestação de serviços é a realização de um fato ou de determinado trabalho material ou imaterial. Além disso, o mandatário tem a faculdade de deliberar e de querer, enquanto o prestador de serviços se limita a executar o ato exigido de suas aptidões e habilidades⁵⁵. Nessa direção, Gustavo Tepedino ainda acrescenta quanto ao dever de cooperação⁵⁶:

No contrato de mandato, assim como na comissão, exige-se das partes intensa cooperação, uma vez que o mandatário e o comissário celebram negócios por conta e no interesse do mandante. Além disso, o mandatário age em lugar daquele que não pode, não sabe ou mesmo não quer agir, de modo que intervém no sentido de zelar pelos interesses do mandante.

No entanto, apesar de essas duas espécies de negócio jurídico não se confundirem, o advogado pode ser simultaneamente representante e prestador de serviços ou representante e mandatário, consoante anteriormente afirmado. Mandatário porque age em nome e por conta do constituinte, e prestador de serviços porque se obriga à determinada prestação de serviços. Contudo, se age exclusivamente no âmbito da advocacia consultiva, estará atuando apenas como prestador de serviços⁵⁷.

Ultrapassando essa linha de raciocínio, entretanto, pondera Sílvia Vassilieff⁵⁸:

No entanto, atualmente o conteúdo da relação entre o advogado e seu cliente parece afastar-se do instituto do mandato e aproximar-se mais da prestação de serviços. Isso se dá em razão de essa relação não ser mais necessariamente de representação, o que é imanente e imprescindível ao mandato.

Com a devida vênia, e partindo do pressuposto de que não estamos tratando da advocacia consultiva, consoante o que fora dito na introdução deste trabalho, ousamos discordar da posição supracitada, uma vez que consideramos a representação instituto de importância cardinal na relação estabelecida entre o advogado e o seu cliente, imprescindível, inclusive, para fins de vinculação aos atos perpetrados pelo patrono e para ensejar a responsabilização por erros profissionais.

Se no que concerne à advocacia contenciosa consideramos imprescindível a existência da representação, sob uma perspectiva geral de todas as possibilidades de atuação

⁵⁵ Para Perlingieri, a função de cooperação distingue o mandato de outras figuras nas quais a prestação contratual se limita ao desenvolvimento de uma atividade material ou intelectual (Manuale di Diritto Civile, cit., p.509).

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Op.cit., nota 53, p.28.

⁵⁷ Segundo o ministério de Clóvis Beviláqua “O mandato judicial é o conferido a uma pessoa, ordinariamente um profissional, para a prestação de serviço de procurar em juízo, pelo constituinte. É, portanto, simultaneamente, mandato e locação de serviços”. No mesmo sentido é o magistério de Carvalho Santos.Cf. in MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no Negócio Jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.170-171.

⁵⁸ VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 39

do advogado, concordamos com a dispensabilidade deste negócio, sobretudo, no âmbito da advocacia consultiva, atividade normalmente regulamentada por um contrato de prestação de serviços, ou de empreitada, a depender do caso concreto.

De toda sorte, na seara contenciosa, além da imprescindibilidade da representação, traduzida pela figura da procuração judicial, também denominada de mandato judicial⁵⁹, responsável por conferir poderes amplos ou específicos a fim de legitimar a atuação *ad causam* do advogado, também se observa a regulamentação da relação entre este e o seu cliente através de outro negócio jurídico, verbal ou escrito, que pode assumir características de mandato ou de prestação de serviços, consoante o caso concreto.

Em outras palavras, a atuação contenciosa do advogado pode ser pactuada de diversas maneiras, tanto no que se refere aos serviços a serem realizados, quanto ao modo de contraprestação. Os serviços podem ser contratados para determinada causa ou para as causas em geral de interesse do contratante, mesmo que indeterminado seu número, por um período de tempo predeterminado ou indeterminado, ficando o advogado à disposição do cliente durante esse interregno de tempo⁶⁰.

Nessa direção, vale dizer que a efetiva outorga de poder, consubstanciada a partir da procuração, seu principal instrumento, não supre a celebração do contrato que deve ser a causa da obrigação do advogado de defender os interesses do cliente⁶¹. Ou seja, a efetiva outorga de poder pode e deve existir como um elemento da representação, indispensável à relação advogado-cliente, ainda que sua configuração seja autônoma em relação ao tipo contratual apto a reger esta relação⁶².

Nesse ínterim, é imperioso salientar que o objeto do presente trabalho se atém, sobretudo, à relação contratual estabelecida entre o advogado e o cliente, sem perder de mira a indispensabilidade da procuração judicial por razões de ordem processual e técnica. No entanto, sob pena de imiscuir-nos em demasia no aspecto processual do tema, a despeito da

⁵⁹ A questão da nomenclatura não tratada com muita técnica pois ainda se confunde a figura da procuração, instrumento do negócio jurídico unilateral de representação, com o contrato de mandato, cuja autonomia em relação à representação não foi acatada expressamente pelo CC/02, consubstanciando ainda mais a confusão.

⁶⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no Negócio Jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

⁶¹ Nesse sentido: WIERZBA, Sandra M. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.52.

⁶² Vale dizer que natureza jurídica do elemento poder, no âmbito no próprio instituto da representação, tem sido alvo de divergências. Argumenta-se que a efetiva outorga seria tão somente um requisito de eficácia do ato de representar, posição essa corroborada pela aplicabilidade da teoria da aparência. O poder de representar, no entanto, é tido por alguns como requisito de existência da representação. Na nossa concepção, o poder estaria implícito no próprio conceito de *contemplatio domini*, este sim, o requisito de existência da representação. No âmbito da procuração judicial, no entanto, como o instrumento inscrito é indispensável e como há dúvidas sobre a aplicabilidade da teoria da aparência, nesse sentido, entendo que a outorga efetiva seja não só um requisito de eficácia, mas também de existência, dada a especificidade da situação.

sua importância, vale destacar que não trataremos aqui das questões atinentes às formalidades da procuração judicial⁶³.

Em relação à variedade de espécies contratuais, a doutrina argentina contemporânea defende o seguinte⁶⁴:

A doutrina hoje majoritária interpreta que a prestação de serviços profissionais assume as vezes o caráter de prestação de serviços, outras de prestação de obra ou, enfim, o de mandato, segundo as circunstancias de cada caso; razão pela qual se tem sustentado que se trata de um contrato multiforme, variável ou proteiforme, como é também a cessão de direitos, que pode apresentar-se como cessão-venda, cessão-permuta, ou cessão-doação (...) é impossível compreender em uma só figura as inúmeras relações que levam o advogado a desenvolver sua atividade.

No Brasil, no mesmo sentido, Silvia Vassilief pondera sobre o tema⁶⁵:

Em suma, a natureza jurídica da relação do profissional com o cliente depende da espécie de prestação e das circunstâncias estabelecidas, ora com prevalência das notas de uma determinada espécie de contrato, ora com características que impedem a classificação da relação entre o advogado e cliente como contrato nominado. (...) Não é viável juridicamente distinguir o tipo de contrato com base na forma da remuneração, não é correto classificar como empreitada pelo simples fato de o pagamento ser por etapas ou total e predeterminado; ou classificar como prestação de serviço simplesmente por ser a remuneração por tempo de atuação.

Com efeito, também se considera retrógrada a pretensão de subsumir a relação jurídica advogado-cliente tão somente a um tipo contratual, conquanto a doutrina tradicional se posicione dessa forma, como se verá a seguir. Isso porque, até mesmo em razão do caráter múltiplo e complexo deste tipo de relação jurídica subjetiva, a interpretação subsuntiva mostra-se ultrapassada.

O mandato normalmente é o tipo contratual invocado pela doutrina tradicional com o fim de classificar a relação ora sob enfoque. Senão vejamos⁶⁶:

⁶³ Assim, questões referentes à necessidade ou não do reconhecimento de firma da procuração judicial, à aplicabilidade ou não do prazo estabelecido no art.13 do CPC para fins de regularização da representação processual aos casos em que não fora juntada a procuração no prazo de quinze dias, à necessidade de atualização da procuração no curso do processo, dentre outras, não serão aqui esmiuçadas.

⁶⁴ REPRESAS, Felix Trigo. P. 119-121. No mesmo sentido a também argentina Sandra Wierzba. No Brasil, Silvia Vassilief. No original: “La doctrina hoy mayoritaria, a la que ya nos sumáramos en otro trabajo, interpreta que la prestación de servicios profesionales asume a veces el carácter de locación de servicios, otras la de locación de obra, o, en fin, la de mandato, según las circunstancias de cada caso; por lo que se ha dado en sostener que se trata de un contrato multiforme, variable o proteiforme, como lo es también, la cesión de derechos, que puede presentarse como cesión-venda, cesión-permuta o cesión-donación (...) es imposible comprender en una sola figura las innumerables relaciones que llevan al abogado a desplegar su actividad (...)”.

⁶⁵ VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 39

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 382-383. Da mesma forma, RIZZADO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 347, para quem: “Atua o advogado no processo por meio do mandato, que lhe é passado pela parte que representa, ou porque recebeu a incumbência do juiz, para assistir especialmente nas concessões de justiça de pessoas carentes ou citadas por edital, e nas designações de curador no processo. De modo que a responsabilidade é puramente contratual, exceto no caso de nomeação para atendimento da assistência judiciária”.

O mandato é uma das formas de contratos previstas no Código Civil. O mandato judicial impõe responsabilidade de natureza contratual ao advogado perante seus clientes. Diferentemente do direito francês, em que, conforme ressalta Aguiar Dias, a função do advogado representa um *múnus público* em razão de que ela é tipicamente legal, no sistema do nosso direito, “o advogado não é oficial público e, assim, sua responsabilidade é puramente contratual, salvo o caso de assistência judiciária.

No entanto, a técnica interpretativa de subsunção já vem sendo gradativamente substituída pela doutrina civil mais consentânea com os ditames constitucionais. Pensar de maneira contrária, isto é, pretender categorizar as situações jurídicas subjetivas de maneira rígida, é seguir os caminhos de um método interpretativo que já se encontra em franco declínio: o raciocínio dedutivo da lógica formal. O raciocínio jurídico não é e nem pode ser tão simples assim, pois a vida é muito mais complexa do que o direito pode prever. “A superação do formalismo e do conceitualismo da hermenêutica pressupõe que a teoria da interpretação seja apresentada não *sub specie aeternitatis*, mas de forma histórica e relativa”⁶⁷.

Não se pretende, aqui, desmerecer o papel da lógica jurídica, nem do positivismo jurídico, fundamentais para a construção de um pensamento axiomático-dedutivo e para a compreensão dos meios utilizados pelos magistrados na construção de uma decisão. Contudo, é imperioso destacar que essa linha de pensamento não é absoluta, sendo crescente a importância conferida às teorias de argumentação e interpretação baseadas em uma lógica dialética, nas quais o discurso e a fundamentação são peças-chave⁶⁸.

Tendo como norte os ensinamentos de Pietro Perlingieri sobre o surgimento do constitucionalismo moderno e a introdução da legalidade constitucional, depreende-se que o método da interpretação deve seguir alguns parâmetros, dentre os quais se destaca a impossibilidade de manter separadas a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais. Segundo o autor, o parâmetro sistemático exige que o ordenamento seja interpretado na sua unidade, enquanto o parâmetro axiológico implica que os valores constitucionais avivem e tornem atuais normas individuais ou complexos de

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.594.

⁶⁸ Nesta seara válidos são os ensinamentos de Francisco Amaral: “A tendência atual, embora reconheça a importância da lógica formal no raciocínio jurídico, é para combater a concepção mecânica do silogismo, aceitando a contribuição da lógica dialética ou lógica de argumentação, que contesta uma aplicação rígida e inflexível das leis, respeitando a dupla exigência do direito, uma de ordem sistemática, que é a criação de uma ordem coerente e unitária, e outra de ordem programática, que é a busca de soluções ideologicamente aceitáveis e socialmente justas”. AMARAL, Francisco. Direito Civil-Introdução. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2003. p 84.

normas, as quais devem ser sempre lidas e interpretadas, mesmo que aparentemente sejam claras⁶⁹.

De acordo com essa tendência e, inclusive, incrementando-a posiciona-se Gustavo Tepedino⁷⁰:

Mostra-se insustentável o vetusto processo hermenêutico silogístico conhecido como subsunção que pressupõe a dualidade inexistente entre a norma jurídica (premissa maior) e a hipótese fática (premissa menor). A norma jurídica é um *posterius* e não um *prius* em relação ao processo interpretativo. Resulta da valoração do fato concreto, à luz de todo ordenamento que, traduzindo-se na atividade interpretativa, exige ponderação no exame das peculiaridades do objeto cognitivo. São tais peculiaridades que produzem, a um só tempo e dialeticamente, a interpretação (norma interpretada) e a qualificação (fato qualificado). Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais, que tornam transparentes o processo interpretativo e permitem o controle constitucional da valoração jurisdicional (ponderada no caso concreto), mediante o duplo grau de jurisdição.

Diante do exposto, clara é a necessidade de analisarmos detidamente as situações jurídicas segundo as relações estabelecidas casuisticamente. Isso porque categorias abstratas nem sempre são eficazes neste processo de identificação, que não deve ser perpetrado segundo a subsunção. A complexidade dos interesses tuteláveis já é um indício de que o arcabouço jurídico a ser aplicado diante do caso concreto deve ser moldado através dos processos de interpretação e argumentação desenvolvidos a partir dos princípios informadores presentes na Carta Magna. Nessa toada, é imprescindível que no processo interpretativo se leve em conta a disciplina específica de cada negócio, com a conseqüente relativização do processo hermenêutico, uma vez que interpretação e qualificação fazem parte de um processo único. Senão vejamos⁷¹:

A interpretação depende dos diversos métodos hermenêuticos, da disciplina da responsabilidade e da confiança, de quanto de objetivo e reconhecível possui o ato em relação a cada composição de interesses, da importância da qualidade da diligência exigível, do círculo social do disponente, das condições econômicas e sociais dos sujeitos, isto é, de uma série de aspectos heterogêneos e concorrentes na individuação da disciplina do ato. A qualificação requer o conhecimento do ato e do ordenamento, especialmente da disciplina com base na qual deve ser expressa a valoração. Sobre a qualificação, portanto, incidem o momento cognitivo, o juízo e valor, isto é, a determinação do valor jurídico, dos princípios fundamentais

De acordo com essa linha de entendimento é que se devem ser analisadas as relações estabelecidas entre os advogados e seus clientes. Não podemos, *a priori*, determinar que o tipo contratual apto a reger esse tipo de relação seja o contrato de mandato. Isso porque

⁶⁹ PELINGIERI, Pietro. Op.cit., nota 67, p.596-597.

⁷⁰ Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, vol.38, /abr/jun 2007, Rio de Janeiro: Padma, 2007.

⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. PELINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p.654-655.

é a situação jurídica identificável diante do caso concreto que irá determinar a normativa apta a regê-la, seja a partir um dos tipos contratuais previstos no Código Civil ou não⁷².

Os efeitos essenciais do fato jurídico determinarão sua função concreta, de onde se retiram algumas possibilidades, quais sejam: a relação pode ser regulamentada pelo contrato de mandato, que de uma maneira geral estabelece as condições de atuação do mandatário e abarca o negócio jurídico da representação judicial; também pode ser marcada pela existência de dois negócios jurídicos, ou seja, pela representação judicial, instrumentalizada através da procuração, e por outro tipo contratual, que pode ser um contrato de prestação de serviços; por fim, existe a possibilidade de ser regida tão-somente por um contrato de prestação de serviços, ou de empreitada, nos casos em que o advogado não atue contenciosamente.

No entanto, em meio a esta miríade de opções contratuais uma coisa é certa: a imprescindibilidade da representação nas relações jurídicas em que o advogado assumo o dever de defender uma causa contenciosa em nome do seu cliente. Atribuímos, por via de consequência, a essa indispensabilidade a classificação seguida pela doutrina tradicional.

Em outras palavras, sendo a representação ainda considerada por muitos como instituto ínsito ao contrato de mandato, é fácil perceber porque a doutrina insiste em classificá-lo como o tipo adequado a reger a relação advogado-cliente, muito embora a representação seja uma técnica de atuação que pode estar presente em qualquer relação contratual. Ademais, é pelo mesmo motivo que se confunde a procuração judicial também denominada de mandato judicial, instrumento da representação, com o contrato de mandato que pode vir a regular a relação entre o advogado e o constituinte⁷³.

A representação, instrumentalizada pela procuração judicial, esta sim, é uma premissa indispensável, principalmente no que concerne à possibilidade de ensejar a responsabilização do patrono por eventuais erros perpetrados. Nesse sentido, uma outra

⁷² Isso porque a qualificação é o ponto de encontro entre a teoria do ato e a da relação, momento de superação entre a interpretação do contrato, de um lado, e da lei, de outro. O ordenamento vive dos fatos que historicamente o realizam.(...) Do confronto fato-norma, se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e ordenamento assume um significado real, sem perder sua intrínseca função de ordenar. Fato e norma são o objeto do conhecimento do jurista, destinado a proceder do particular ao particular, reduzindo tudo à unidade dos valores jurídicos sobre os quais se fundam a convivência social e a justiça de cada caso. (PELINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 657)

⁷³ A despeito do legislador não ter assumido expressamente a autonomia da representação frente ao contrato de mandato, ele deixou inúmeros indícios dessa independência, inclusive a partir da aceitação da interposição como técnica de atuação jurídica, vislumbrada a partir dos contratos de comissão, agência e corretagem, em que não há representação, mas tão somente atuação em nome próprio do corretor, do agente e do comissário. Cf., in SCHREIBER, Anderson. A representação no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.243.

questão vem à tona: a aplicabilidade da teoria da aparência à representação judicial, consoante veremos no próximo tópico.

Além da indispensabilidade da representação, é imperioso mencionar outro elemento da relação advogado-cliente que permanece imune aos variáveis tipos contratuais. Seria a causa dessa relação consubstanciada na confiança que se estabelece entre o constituinte e o seu patrono.

Reconhecer a causa de uma relação jurídica não é tarefa das mais fáceis, justamente em razão da variabilidade de seu conceito e de sua função, porquanto as correntes doutrinárias são muitas e partem de diversas perspectivas metodológicas, ideológicas e históricas. Logo, a dificuldade em alçar um conceito e uma função para a “causa” de uma relação jurídica é o motivo pelo qual este tem se tornado um dos temas que mais amedrontam os doutrinadores, dada a sua complexidade.

Em consonância ao movimento de funcionalização dos institutos, partiremos, nesse ínterim, da premissa perlingeriana segundo a qual a causa expressa o papel da autonomia em nosso sistema⁷⁴. Trata-se, nesse sentido, do instituto que possui o propósito de convergir os dois pontos de vista sob os quais a autonomia pode ser encarada: o individual, que se consubstancia no ato ou negócio jurídico, e o geral, disposto no próprio ordenamento. Nesse sentido, esclarecedoras são as ponderações de Carlos Nelson Konder⁷⁵:

Assim, a controvérsia sobre o conceito de causa é reflexo de um embate mais profundo, que diz respeito ao modo de entender a autonomia negocial e sua relação com o ordenamento jurídico, a relação entre a liberdade dos privados e a autoridade do direito (...) Na síntese de Paolo Franceschetti: “indagar sobre o problema da causa significa, então, indagar sobre as razões e os limites da autonomia privada em nosso ordenamento. Individuar quais negócios jurídicos são reconhecidos e tutelados pela lei, sob quais condições e dentro de quais limites”.

O Código Civil de 1916 nada previu sobre a causa e, nesse sentido, foi alvo de críticas. Como consequência direta houve um alargamento do conceito de objeto, utilizado pelos doutrinadores, que, a despeito de criticarem a omissão do legislador, não adotavam o conceito que não estava previsto em lei. Tal atitude provocou uma confusão conceitual que hoje não mais permanece. Isso porque é sabido que negócios com o mesmo objeto podem ter causas distintas, e que a causa de determinado negócio pode se tornar ilícita ou inexistente, sem que isso contamine seu objeto. Tratam-se, pois, de conceitos distintos. Basta pensar em

⁷⁴ PERLINGIURI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5ed. Napoli: ESI, 2005, p.372.

⁷⁵ KONDER, Carlos Nelson. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro 2009 (Tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação estrito-sensu da UERJ), p. 24. O autor, em tal oportunidade, deixa claro que a tentativa do direito civil contemporâneo de adequar o alcance da autonomia privada ao sentido de estado democrático de direito não reflete seus esforços apenas no conceito de causa, abrangendo uma série de outros institutos jurídicos.

um negócio jurídico que possui como objeto a entrega de determinada quantia em dinheiro. Tal negócio, por exemplo, pode ter como causa uma doação ou um mútuo.

A reviravolta do próprio conceito de autonomia privada, não mais centrada na vontade, influenciou, sobretudo, na objetivação do conceito de causa do negócio jurídico, encarada, nesse sentido, como um requisito de validade. No direito brasileiro tal influência marcou o advento do novo Código Civil, pois não mais se entende que a vontade do negociante confere valor à causa, mas sim, que a causa justifica o reconhecimento jurídico da vontade, pois constitui o fundamento do negócio perante o ordenamento jurídico.

Dentre as teorias desenvolvidas em torno da causa, a preconizada por Emilio Betti deu ensejo à identificação da mesma com a função social-econômica dos negócios. A partir de então, passou-se a entender que determinada situação jurídica é merecedora de tutela não só por não infringir normas imperativas, mas também por respeitar os valores e princípios dispostos pelo ordenamento, exercendo, dessa forma, sua função social⁷⁶.

Tal teoria, entretanto, também foi alvo de críticas, principalmente por fazer referência a elementos que não fazem parte do direito. Ou seja, ao identificar a causa com a função social, a teoria bettiana utiliza-se de elementos externos ao ordenamento jurídico, de maneira a promover uma análise genérica. A corrente de oposição, nesse sentido, foi liderada por Pugliatti, para quem a causa deveria ser analisada concretamente, sob a perspectiva eminentemente jurídico-legislativa, sendo, portanto, a síntese dos efeitos jurídicos essenciais do negócio jurídico. A concepção de Pugliatti, portanto, retira a causa da consciência social e a localiza dentro do ordenamento, na própria norma⁷⁷.

A grande dificuldade da vertente pugliattiana, portanto, é identificar a causa diante da norma concreta e manter, simultaneamente, a objetividade do conceito, sem descambar para a subjetividade das intenções particulares⁷⁸.

Estabelecidas tais premissas quanto à causa, pode-se dizer que na relação advogado-cliente a causa sempre assumirá caráter dúplice em razão da própria dualidade que caracteriza o exercício da profissão, conforme já mencionado. Assim, se sob uma perspectiva bettiana a causa da relação advogado-cliente se identifica com a função social de administração da justiça, estabelecida pela própria Constituição Federal, sob um viés pugliattiano, a causa concreta identifica-se, sobretudo, com a confiança que o cliente deve

⁷⁶ Nesse sentido adverte MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 302.

⁷⁷ KONDER, Carlos Nelson. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro 2009 (Tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação estrito-sensu da UERJ), p. 76.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 77.

depositar em seu patrono, confiança essa formalizada através da procuração judicial, premissa indispensável ao exercício da advocacia.

1.4 Os deveres do advogado. Aspectos éticos e técnicos. O consentimento informado e o dever de se manter atualizado.

O advogado tem muitos deveres e poucos direitos.

(Mário Guimarães e Souza⁷⁹)

A responsabilidade civil do advogado pode ser definida como aquela em que incorre o advogado que falta com um dos deveres especiais que lhe são impostos por sua profissão. Trata-se de uma espécie de responsabilidade profissional que emerge das infrações típicas a certos deveres próprios da profissão advocatícia.

Verifica-se, pois, que a culpa exigida para a responsabilidade civil profissional é a mesma espécie de culpa aplicável a todas as hipóteses de reparação civil. Isso porque a responsabilidade profissional nada mais é do que a pura responsabilidade civil, com todos seus elementos, apenas especificada por nomenclatura e hipóteses próprias⁸⁰.

Conhecer os deveres dos advogados, portanto, é premissa indispensável no propósito de aferição de responsabilidade com segurança. Por conseguinte, passemos à análise, no âmbito da relação advogado-cliente, dos principais deveres, tendo em mira não só as condições impostas pela legislação específica, mas também as que surgem implicitamente da relação profissional⁸¹. Nessa toada, a análise terá como eixo não só a perspectiva ética⁸², mas também o caráter técnico e contratual que o exercício da profissão requer e assume.

Os deveres do advogado podem ser analisados sob diferentes prismas: deveres para com os clientes e deveres para com os colegas de profissão. Nesse trabalho, o prisma de enfoque é a relação entre o advogado e o cliente, mas passaremos ao largo dos deveres

⁷⁹ SOUZA, Mário Guimarães e. O advogado. Recife: Editora Recife, 1935, p.259.

⁸⁰ VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 59.

⁸¹ Não pretendemos listar de forma taxativa os direitos e deveres que emergem desta relação e tampouco esgotar todas as vicissitudes que o tema requer, mas tão-somente passar ao largo das funções típicas de maneira a facilitar a análise posterior da responsabilidade civil do advogado.

⁸² As regras deontológicas fundamentais impõem conduta compatível com os preceitos do Código de Ética de Disciplina da OAB, do Estatuto da OAB, do Regulamento geral, dos provimentos e dos demais princípios da moral individual, social e profissional. Cf., in NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. São Paulo: RT, 1999, p.216.

pessoais do advogado, sobretudo no que concerne à ética exigível no exercício da profissão, uma vez que se trata de elemento indispensável à administração da justiça.

Preceitua o Código de Ética alguns deveres do advogado: I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III - velar por sua reputação pessoal e profissional; IV - empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; VIII - abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste. IX - pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade⁸³.

Além das imposições de conduta explícitas, outras decorrem dos princípios éticos aplicáveis às profissões forenses de uma maneira geral. Tais princípios são objetos do estudo do que se convencionou chamar de Deontologia Forense, Deontologia Jurídica ou Deontologia das Profissões Jurídicas e dentre eles podemos citar: o princípio da conduta ilibada, da dignidade e do decoro profissional, da incompatibilidade, do coleguismo, da correção profissional, da diligência, do desinteresse, da confiança, da fidelidade, da independência profissional, da reserva, da lealdade e da verdade⁸⁴.

No que concerne aos deveres explícitos, é sabido que a independência do advogado deve ser continuamente perseguida, mesmo quando este esteja vinculado ao cliente mediante contrato de emprego ou de prestação permanente de serviços. Por isso, o Código de Ética e Disciplina, em seu art.4º, parágrafo único, assegura ser legítima a recusa do patrocínio de pretensão concernente a lei ou direito que também lhe seja aplicável, ou contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente.

A probidade também é condição essencial ao exercício dessa profissão. Quem procura um advogado está quase sempre em situação de angústia ou desespero. Logo, precisa nutrir,

⁸³ Art.2º, §único do Código de Ética e Disciplina da OAB.

⁸⁴ Cf. in NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. São Paulo: RT, 1999, p. 172-190.

ao menos, a crença de que está tratando com pessoa acima de qualquer suspeita. Assim, deve o advogado empreender o maior esforço para se tornar instrumento insubstituível na concretização da defesa dos interesses jurídicos de seu constituinte⁸⁵.

Se o cliente já tem patrono constituído, o advogado só aceitará sua procuração depois de conversar com o colega. Apenas serviços urgentes e inadiáveis justificarão atuar nessas circunstâncias, impondo-se ao procurador se entender com o antigo patrono assim que possível⁸⁶.

A relação com o cliente perdura não só até a conclusão da causa, quando se presume cumprido e cessado o mandato⁸⁷. Não é raro que o constituinte necessite de esclarecimentos posteriores, e o advogado não há de se recusar a prestá-los, até porque isso pode estar estabelecido no contrato que eventualmente tenha pactuado com seu cliente.

Concluída a causa ou desistindo o constituinte de sua continuidade, o advogado se obriga à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato e à pormenorizada prestação de contas⁸⁸. Aliás, esse é um dos dispositivos mais violados pelos advogados, dando ensejo ao maior número de ações de responsabilização civil pelos clientes e de processos perante o tribunal de ética das respectivas seccionais da OAB.

A título de exemplo, cabe mencionar que no ano de 2010, dos cerca de duzentos processos abertos pela seccional capixaba para investigar irregularidades cometidas por advogados, oitenta dizem respeito a casos de profissionais que se apropriaram indevidamente do dinheiro dos seus clientes⁸⁹. Em tais casos, obviamente, a OAB se limita a punir o profissional no âmbito ético para que os atos não se repitam, mas a devolução do dinheiro deve ser pleiteada na justiça comum, mediante ação de reparação por danos materiais ou morais.

O advogado também pode renunciar ao patrocínio independentemente de motivo, responsabilizando-se por eventuais danos causados a clientes ou terceiros⁹⁰. Entre as causas que podem justificar a renúncia antecipada da representação, podemos mencionar: a falta de

⁸⁵ Ibid., p.218. O autor considera que “para o verdadeiro advogado não há causas grandes, nem pequenas, nem processos importantes e singelos, clientes que remuneram ou aqueles assim tornados por nomeação judicial. Todos merecem igual proteção da justiça e se o advogado é essencial à administração dela, deverá se comportar de idêntica forma em todos os feitos que atuar” (p.220). Sabe-se, no entanto, que a realidade é bem distinta da teoria, de forma que o caráter mercadológico dos serviços advocatícios por vezes se sobrepõe à ética profissional.

⁸⁶ Art.11 do Código de Ética e Disciplina.

⁸⁷ Art.10 do Código de Ética e Disciplina.

⁸⁸ Art.09 do Código de Ética e Disciplina.

⁸⁹ Notícia veiculada no jornal ATribuna, Vitória-Es, em 28 de setembro de 2010, p.29.

⁹⁰ Art.13 do Código de Ética e Disciplina.

colaboração do cliente; o surgimento de um conflito de interesses, por motivos de saúde ou outros motivos pessoais do profissional⁹¹.

Em contrapartida, a revogação do mandato por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado⁹².

O Código de Ética ainda veda ao advogado o patrocínio de causas contrárias à ética, à moral ou à validade de ato jurídico para o qual tenha colaborado, ou que tenha orientado ou conhecido em consulta. Da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer⁹³.

Entre o advogado e o cliente se estabelece relação de confiança de caráter personalíssimo. Por isso, o advogado não pode substabelecer os poderes que lhe foram atribuídos a outro profissional sem o consentimento prévio do cliente, ainda que o substabelecimento seja com reservas de poderes⁹⁴.

Vale dizer, ainda, que o advogado não é obrigado a aceitar a imposição de seu cliente no sentido de trabalhar em conjunto com outros patronos também constituídos por ele⁹⁵. Faz parte de seu dever ético essa recusa, se não é de sua vontade trabalhar com outros colegas, na medida em que a exigência do cliente possa vir a refletir a falta de confiança em seu trabalho.

Quando o advogado é nomeado pelo juiz ou indicado pela OAB para o patrocínio de causas de réus pobres, a normativa aqui exposta é inteiramente aplicável, a despeito de a relação então estabelecida ser decorrente da lei e não de contrato livremente estabelecido, de maneira que foge do propósito da presente pesquisa esmiuçar as questões suscetíveis neste íterim.

Os preceitos éticos do advogado, por fim, são sabiamente resumidos por Renato Nalini⁹⁶:

Na lealdade para com o constituinte. Por essa lealdade o advogado há de se inteirar da causa, conferir-lhe o melhor tratamento técnico, empenhar-se para fazer jus à confiança do cliente, representando-o da melhor maneira técnica e estratégica, sem prejudicar a sua independência, recordando-se de que ao advogado o cliente não dá ordens. Profissionais liberais há que, quando vinculados contratualmente a uma obrigação de resultado, podem receber ordens de quem os contratou. Já os advogados, subordinados a uma obrigação de meios, não recebem ordens. Estão eticamente sujeitos a desenvolver o melhor de si na boa representação dos

⁹¹ Obviamente que a falta de colaboração deve ser analisada sob a ótica da razoabilidade. Ou seja, se a despeito da intimação do patrono, o cliente não complementa informações ou não fornece os documentos faltantes, o advogado pode até continuar o patrocínio, desde que com o consentimento informado do cliente acerca dos riscos.

⁹² Art.14 do Código de Ética e Disciplina.

⁹³ Art.20 do Código de Ética e Disciplina.

⁹⁴ Art.24 do Código de Ética e Disciplina.

⁹⁵ Art.22 do Código de Ética e Disciplina.

⁹⁶ NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. São Paulo: RT, 1999, p.224.

clientes, procurando a justiça em primeiro lugar, o interesse do constituinte em seguida, mas nada podendo promover quanto ao resultado de sua lide.

Na atuação contenciosa, justamente por não poder garantir ao cliente o resultado da lide, tem o advogado o dever precípua de informá-lo acerca dos riscos da demanda, aludindo às estratégias processuais passíveis de serem adotadas, bem como os possíveis caminhos que o feito pode seguir. Essa concepção do dever de informar, no entanto, é fruto do avanço do conhecimento e da ampliação e diversificação das fontes de acesso ao mesmo. Nesse contexto, também despontam valores fundamentais como a autonomia privada, também chamada de autonomia negocial ou liberdade jurídica, tão preconizada pelo direito privado contemporâneo⁹⁷.

Não é a toa que o primeiro dever estabelecido pelo Código de Ética é o de informar ao cliente, de forma clara e inequívoca, os eventuais riscos de sua pretensão e das consequências que poderão advir da demanda. Primariamente, poder-se-ia pensar que, por depender de trabalho, seria natural que o advogado estimulasse deliberadamente quem o procura a iniciar o processo perante a justiça, a despeito da desnecessidade que o caso possa apresentar.

Não é essa, no entanto, a orientação ética. Os movimentos conciliatórios da justiça brasileira e os meios alternativos de solução dos conflitos são provas de uma certeza já alcançada há tempos: a de que nem sempre a melhor solução é alcançada através do contencioso judicial.

De fato, deve o advogado conhecer as distintas posturas jurídicas em conflito e, no seu caso, informar ao cliente as opções estratégicas possíveis e o critério por ele adotado, para que o titular do direito possa efetuar uma decisão inteligente sobre o curso a seguir.

De outra parte, por todas as particularidades que revestem o exercício da profissão, em muitas ocasiões é o advogado quem deve instalar um novo ponto de vista na demanda, criando argumentos jurídicos plausíveis. Por via de consequência, o profissional é obrigado a se atualizar e renovar, a estar em dia com uma série de matérias ainda não inteiramente

⁹⁷ Podemos observar que nossa doutrina por vezes utiliza de forma aleatória as expressões “autonomia privada”, “autonomia da vontade” e “liberdade contratual”. No entanto, precisar esses conceitos é tarefa indispensável ao intérprete sob a ótica civil-constitucional, na medida em que a diferenciação dos termos absolutos com que a autonomia era encarada sob a ótica voluntarista-contratual faz-se premente diante da análise funcional das situações existenciais. Cf. in BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial in “O direito e o tempo”. Gustavo Tepedino (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408. Sobre o tema, valorosas ponderações são feitas por Rose Melo Vencelau Meireles: “Autonomia privada significa autoregulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais. Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regimento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas. Importante ressaltar que esse autoregramento somente alça juridicidade porque assim reconhecido no mundo jurídico, não simplesmente porque emana da vontade”. (in, MEIRELES, Rose Melo Vencelau, in *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 74 e ss).

fixadas - tais como o direito ambiental e o direito internacional -, cujos conteúdos ainda resultam oscilantes e em expansão e que suportam profundas alterações legislativas. Enfim, deve o causídico avançar diante dos amplos espaços vazios a serem por ele delimitados.

Não há dúvida, portanto, quanto à transcendência da obrigação de conhecer o direito aplicável quando a lide envolver normas que contêm princípios definidos e que deixam margens escassas às interpretações teratológicas e cuja ignorância pode implicar danos concretos. Ainda que o princípio do *iuria novit curia* possa neutralizar as consequências do desconhecimento jurídico do letrado, obviamente não exclui ou substitui esse dever⁹⁸.

Diante desse cenário, portanto, cabe entender que o assistido deve receber a informação adequada do profissional, de modo a decidir inteligentemente sobre o curso da ação que pretende conferir ao seu caso. Esse tema, por certo, amplamente estudado em matéria de relações entre profissionais de saúde e seus pacientes, não resulta alheio aos vínculos estabelecidos entre os advogados e seus clientes.

1.4.1 A aplicabilidade do consentimento informado à relação advogado-cliente.

A consagração desse moderno dever no âmbito do exercício da advocacia supõe, inclusive, a revisão dos alcances de certos deveres tradicionais. Por exemplo, a obrigação de interpor os recursos pertinentes contra uma decisão definitiva de um tribunal, contrária aos interesses do cliente, pode resultar descartada pelo dever do profissional de informar de modo cabal a este cliente suas reais possibilidades de êxito na instância superior e os custos do intento, a fim de que este possa decidir qual atitude tomar. Restam, portanto, ultrapassadas as antigas concepções paternalistas, segundo as quais era o profissional quem devia tomar as decisões acerca do caminho mais adequado para garantir a proteção do interesse de seu cliente.

Espera-se, portanto, que o profissional discuta com seu cliente sobre as estratégias processuais convenientes, os riscos e benefícios que sustentam a opção adotada por ele, de tal modo que aquele possa decidir se continua com seu reclamo, se intenta uma conciliação, se

⁹⁸ Nos atenta para essa questão do princípio do *iuria novit curia*, Sandra M. Wierzba (WIERZBA, Sandra M. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.30). Esse princípio tem larga vigência na história do direito e assumiu vários significados: a desnecessidade de prova do material jurídico normativo; a não vinculação do juiz às alegações de direito realizada pelas partes; o poder do juiz de aplicar dispositivo jurídico distinto daquele invocado, etc.

desiste da pretensão ou se troca de profissional – isso porque, se houver conflito de interesses entre ambos, não pode o cliente impor ao advogado determinada atitude e vice-versa.

Na verdade, o direito à informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor: “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam” (art.6º, III, do CDC). A informação tem por finalidade dotar o cliente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do advogado com o seu cliente.

Se o direito à informação é direito básico do consumidor (cliente)⁹⁹, em contrapartida, o dever de informar¹⁰⁰ é também um dos principais deveres do prestador de serviços. Dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações advogado-cliente. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

Deve, por isso, o advogado prestar ao cliente aconselhamento jurídico cuidadoso, informá-lo dos riscos da causa e de tudo mais que for necessário para o seu bom andamento e guardar segredo sobre fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua atividade profissional.

O dever de informar dos profissionais liberais, por conseguinte, relaciona-se, sobretudo, aos conhecimentos técnicos que eles possuem e à confiança que os clientes neles depositam. A falta de informação, por via de consequência, agrava a situação de deficiência técnica do consumidor leigo, restringindo seu campo de autonomia.

E é justamente na autonomia que se fundamenta a idéia de consentimento informado, cuja origem decorre da observância aos parâmetros éticos na pesquisa com seres humanos, ditados não só pelo Código de Nuremberg (1947), mas também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelos Códigos Deontológicos e de Ética Médica, pelas Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina.

⁹⁹ O direito de informação (art. 6º, III, do CDC) está diretamente ligado ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de garantir sua efetiva liberdade de contratar, cuja importância está disposta pelo próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, incisos XIV, XXXIII, LXXII.

¹⁰⁰ Além disso, o dever de informar está disposto pelo CDC em diversas passagens: i) art. 4º, IV, 8º, e 9º; ii) regras informativas da responsabilidade civil (art. 12, 14); iii) regras vinculativas da informação como integrantes do contrato (art. 30, 31, 36, 37 e 38); iv) regra assecuratória do princípio da cognoscibilidade (art. 46).

No direito brasileiro, por sua vez, o consentimento informado é previsto expressamente na Resolução CNS nº 196/96 e 251/97, e em outras resoluções específicas, que também contemplam as orientações de caráter internacional.

O conceito de autonomia pós-moderno, sobretudo por influencia kantiana, fundamenta-se no próprio sujeito como um fim em si mesmo e isento das interferências e opiniões externas. O agente autônomo, de acordo com essa linha de raciocínio, é aquele que age autenticamente, independente de mandatos externos, de acordo com a sua “vontade autolegisladora”¹⁰¹.

Com efeito, o termo autonomia ganhou sentido mais abrangente, passando a ideia não só de pessoa autônoma, mas de condição substantiva da realidade humana como meio de decidir algo. Assim, o princípio da autonomia expressa-se através do consentimento informado, na medida em que o direito procura, simultaneamente, proteger e promover a autonomia.

O ato de consentir, portanto, engloba dois tipos de elementos: os de informação e o de consentimento. Isso porque deve ser um ato voluntário e consciente, fundamentado nas informações que lhe foram repassadas. Na verdade, não se trata de um ato totalmente autônomo, mas substancialmente autônomo a partir do preenchimento de três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo¹⁰².

É consenso que todas essas premissas em relação ao consentimento informado foram desenvolvidas dentro da perspectiva da área médica¹⁰³. No entanto, é possível e até louvável trazer esses postulados para a relação advogado-cliente. Sobre a aplicabilidade desse conceito, nesse sentido, se manifesta Sandra M. Wierzba¹⁰⁴:

A noção exposta resulta perfeitamente aplicável às relações entre advogados e clientes e é lógico que assim seja, pois o titular do direito será quem vai sofrer as consequências e suporte

¹⁰¹ A expressão é de autoria de José Roque Junges, no seguinte trecho de sua obra: Durante séculos os filósofos tentaram fundamentar a moral por critérios heterônomos, dos quais o mais famoso foi o da natureza: ‘bom é o que segue a natureza’. Hume chamou esse critério de falácia naturalista. Kant mostrou que todos os critérios heterônomos eram insustentáveis e que a norma moral só pode fundamentar-se autonomamente. Para ele, o ser humano é pessoa pela capacidade de dar a si o imperativo categórico da lei moral. Por isso, é fim em si mesmo, enquanto que a natureza tem o caráter de meio. O ser pessoa, diferentemente do ser natureza, consiste em ser sujeito autônomo. Ser autônomo significa ter uma vontade autolegisladora. agente autônomo é autodirigido, não agindo por influência de mandatos externos. (JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. Revista Bioética, 2007, v.15, p. 77-78).

¹⁰² Todas essas três condições, bem como os elementos que formam o consentimento informado são bem trabalhadas na seguinte obra: JUNGES, José Roque. Ibid, p. 77-82.

¹⁰³ O conceito de consentimento informado, concebido inicialmente dentro do contexto da prestação de serviços médicos, foi entendido como uma declaração de vontade efetuada por um paciente, que logo depois de receber as informações suficientes quanto ao procedimento ou intervenção cirúrgica que lhe fora proposto como tratamento adequado, decide prestar sua conformidade e submeter-se a tal procedimento ou intervenção. Na França, principalmente, essa obrigação foi objeto de regulamentação detalhada pela lei de 4 de março de 2002, relativa ao direito dos enfermos e à qualidade do sistema de saúde (VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In “Direito Civil Contemporâneo. TEPEDINO, Gustavo. Org. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49.)

¹⁰⁴ WIERZBA, Sandra M. Responsabilidad Civil del Abogado. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 43.

dos gastos derivados do tramite imposto a sua causa. O consentimento informado compreende então dois aspectos e supõe a imposição ao profissional de dois deveres: a) por um lado, o profissional deve obter o consentimento do interessado para levar adiante uma estratégia. b) por outro, o advogado deve revelar informação adequada ao seu cliente de maneira tal que lhe permita participar inteligentemente da tomada de decisão sobre a ação proposta.

Nessa direção, como consequência direta e imediata do consentimento informado, tem-se a possibilidade do cliente rechaçar a proposta e/ou estratégia do advogado.

Mas o quê e até quanto deve informar o advogado?

Considera-se razoável aferir que o cliente tem o direito a receber informações claras e suficientes sobre a natureza e os objetivos da ação proposta para a defesa de seu direito; sobre os riscos mais importantes e frequentes, dentre os quais a possibilidade de perder o feito e o dever de pagamento das custas, bem como a possibilidade de sofrer a execução de seus bens; sobre os benefícios esperados e as estratégias alternativas. A exteriorização do consentimento será verbal, em geral, não obstante, para efeito de provas, seja mais conveniente contar com uma declaração por escrito acerca da anuência¹⁰⁵.

Algumas situações, no entanto, podem vir a caracterizar uma espécie de salvo-conduto aos advogados, uma vez que diante delas não se faz necessário o recebimento do consentimento informado. Seriam elas: quando o interessado renuncia ao direito de receber tais informações de forma expressa ou quando a atitude judicial deve ser tomada com certa urgência¹⁰⁶.

A informação prestada pelo advogado ao seu cliente torna-se, sobretudo, um pressuposto do sentimento de confiança a ser estabelecido entre ambos. Às vezes, inclusive, a confiança é o próprio resultado de contar com a informação. Se o cliente não dispõe dessa informação, será necessário empregar artifícios extras para obtê-las – seja a partir do recurso do tempo ou do dinheiro. Não é por outro motivo que o cliente, antes de escolher um

¹⁰⁵ WIERZBA, Sandra M. Responsabilidad Civil del Abogado. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.46. A autora complementa, asseverando que ainda que a legislação específica que rege a atividade advocatícia não estabeleça uma forma rígida para a exteriorização do consentimento informado, pode resultar apropriada sua verificação por escrito, por tratar-se de uma profissão caracterizada por uma formalidade. No original: “La noción expuesta resulta perfectamente aplicable a las relaciones entre abogados y clientes, y es lógico que así sea, pues el titular del derecho será quien sufra las consecuencias y soporte los gastos derivados del trámite impuesto a su causa. El consentimiento informado comprende entonces dos aspectos y supone la imposición al profesional de dos deberes: a) Por un lado, el profesional debe obtener el consentimiento del interesado para llevar adelante una estrategia. b) Por otro, el abogado debe revelar información adecuada a su cliente de manera tal que le permita a este participar inteligentemente en la toma de decisión sobre la acción propuesta”.

¹⁰⁶ Poder-se-ia pensar que a possibilidade de renúncia seria um contraponto à teoria do consentimento informado. No entanto, essa seria uma premissa errônea, pois a pedra fundamental dessa teoria é a autodeterminação, de forma a permitir que os titulares do direito possam tomar uma decisão consciente. Assim, a autodeterminação também resta salvaguardada se os titulares do direito renunciarem a essa faculdade, uma vez que não são obrigados a exercê-la.

advogado, faz uma avaliação acerca das distintas qualidades de serviços e preços e busca aquele de melhor custo-benefício¹⁰⁷.

Ao dissertar sobre a responsabilidade civil do médico, Gustavo Tepedino elencou em três categorias os deveres desse profissional, quais sejam: i) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; ii) o emprego de todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; iii) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica¹⁰⁸.

Em uma clara analogia ao elenco de deveres supramencionados, podemos também agrupar em três categorias os deveres dos advogados: a) dever de fornecer ampla informação quanto às possibilidades de êxito ou não da demanda, bem como acerca dos caminhos a serem seguidos – sejam eles contenciosos ou não; b) o emprego de todas as técnicas possíveis para o êxito da demanda, desde que consoantes à legislação e à jurisprudência dominante, tendo como norte o menor ônus possível ao cliente, tanto em perspectiva de duração razoável do processo quanto de gastos econômicos com custas e preparos processuais; c) a tutela do melhor interesse do cliente, tendo em vista seu direito material e sua dignidade em quaisquer de seus quatro substratos (liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade).

Diante do exposto, vê-se que o dever de informar e o consentimento informado são categorias jurídicas intrinsecamente ligadas. Com efeito, descumprindo o advogado o dever de informação e, com isso, causando prejuízo ao seu cliente, é perfeitamente possível a configuração do dever de indenizar na medida em que violado um *standard* comportamental. Isso porque a obrigação de informar está diretamente relacionada à finalidade do serviço advocatício, de modo que seu descumprimento configura um inadimplemento obrigacional.

Daí surge uma outra questão: deve o advogado investigar a veracidade dos fatos relatados pelo cliente? Contestar o cliente contraria o sentido e a função da advocacia no sentido da inviolabilidade do direito de defesa, consubstanciado na própria Constituição Federal?

Sobre essa questão, pondera a argentina Sandra Wierzba¹⁰⁹:

¹⁰⁷ Sobre a informação como pressuposto da confiança entre advogados e clientes, conferir em: GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p.12-14.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Palma. Ano 01, v. 02, 2000, p.46-47.

¹⁰⁹ WIERZBA, Sandra M. Responsabilidad Civil del Abogado. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.36. No original: “Una solución equitativa sugiere rescatar el principio de defensa en juicio como esencial, mas no absoluto, actuando los tribunales como intérpretes de sus limites en cada caso. En lo pertinente a nuestro análisis, importa observar cuándo las conductas defensivas que exhiben un alejamiento de la verdad material pueden cuestionarse hasta el punto de generar responsabilidad del profesional”.

Uma solução equitativa sugere resgatar o princípio de defesa em juízo como essencial, mas não absoluto, atuando os tribunais como intérpretes de seus limites em cada caso. Em nossa análise, importa observar quando as condutas defensivas que exibem um distanciamento da verdade material podem questionar-se até o ponto de gerar a responsabilidade profissional.

Assim, embora o letrado não seja responsável pelas manifestações de seus clientes, em certas e determinadas circunstâncias nas quais os fatos alegados são de fácil comprovação e a natureza do pedido autoriza a presumir sua falsa invocação com o único objetivo de prorrogar o feito, não restam dúvidas de que o advogado deve investigá-lo antes de subscrever o petítório que o contém, ou ao menos, expressar claramente que tais supostos fáticos se enunciam sob responsabilidade única do cliente¹¹⁰.

Em outras palavras, não se pode levar a responsabilidade do advogado ao limite extremo de fazê-lo suportar todos os ônus decorrentes da falta de veracidade em que incorreu o patrocinado, pois não se pode exigir que se transforme em um investigador exaustivo dos fatos daquele que narra e que, geralmente, não são de seu conhecimento pessoal. Somente nas hipóteses em que exista certeza de que sabia do falseamento da verdade ou da existência de fatos decisivos e sempre que as circunstâncias demonstrem que a conduta é compartilhada com seu cliente, aí sim, será passível de responder conjuntamente com aquele.

1.4.2 Os predicados técnicos: o dever de conhecer o direito e se manter atualizado acerca da jurisprudência dominante.

Do dever de informar ao cliente e do próprio exercício da profissão de uma maneira geral decorre o maior dever do advogado: o de conhecer o direito. É uma afirmação que soa óbvia e até redundante, mas que merece algumas considerações em razão das peculiaridades que caracterizam a profissão. Isso porque, por um lado, ao ser a Ciência Jurídica um campo do saber sobre o qual muitas vezes concorrem opiniões diversas, em ocasiões opostas, esse requisito não faz supor a coincidência entre a postura científica defendida e aquela consagrada por uma decisão judicial.

¹¹⁰ Nesse sentido, a jurisprudência argentina: CNCiv, sala L, 22/02/94, “Romero, Rodolfo c. Moretta, Norma Elda s/desalojo”, Lexis, nº 10/6593. El abogado no debe limitarse a consignar en los escritos judiciales los hechos que Le indican sus clientes, sino que es su obligación examinar su verosimilitud, como asimismo apreciar La viabilidad de un incidente antes de articularlo, pues su obligación es impulsar el procedimiento con un doble caracter, etico e profesional, el primero incide sobre La dignidad del letrado y el segundo, sobre su responsabilidad.(CNCiv, sala H, 07/03/96, “Conforti, Santiago c.Ramirez, Raul H. y outro, JÁ 2000-II, síntesis, Lexis, nº 1/41381).

Por isso que, além das premissas éticas trabalhadas acima, também devem ser analisados os predicados técnicos que são exigíveis para o exercício da advocacia, atividade cujo preparo intelectual permanente mostra-se imprescindível¹¹¹. Tanto é verdade que no elenco dos “mandamentos do advogado”, o jurista uruguaio Eduardo Couture incluiu: “Estuda, pois o direito se transforma constantemente. Se não seguires seus passos, serás cada dia um pouco menos advogado”¹¹².

Em uma sociedade marcada pelo ritmo da celeridade, em que as informações chegam a toque de caixa, cumpre ao advogado manter-se sempre atento às atualizações legislativas e jurisprudenciais. Se de um lado há efervescência de leis, decretos e regulamentos, de outro, os tempos atuais favorecem o acesso ao conhecimento, especialmente os meios eletrônicos.

Possibilita-se o acesso contínuo e fácil aos *sites* dos tribunais, cujas ementas de julgamentos são facilmente encontradas através dos mecanismos de pesquisa ou enviadas de forma compilada aos emails previamente cadastrados em forma de informativos semanais. Sem a atualização permanente, o advogado pode ser surpreendido em embates forenses, sustentando teses ultrapassadas e colocando em risco a sorte de seus clientes. Atuando de forma defasada, o advogado revela imperícia, consubstanciada na falta de conhecimentos ou de aptidão técnica para o cumprimento de suas obrigações.

A imperícia que venha a ser causa de eventual derrota judicial, acompanhada de prejuízos aos clientes, pressupõe diretamente o dever de indenizar por parte do advogado, uma vez ultrapassadas quaisquer dúvidas acerca da existência do nexo causal, e na exata medida de o erro ser inescusável.

Também merece destaque o dever do causídico de manter-se atento, em permanente vigília, preparado para agir diante da iniciativa da parte contrária. Exige-se, a partir daí, uma atuação positiva e proativa do patrono, cuja inércia pode ensejar outra modalidade de culpa capaz de gerar o dever de indenizar, qual seja, a negligência, caracterizada pela omissão, desídia e pelo pouco caso diante de tarefas a serem cumpridas.

São exemplos de atuações negligentes: quando o advogado, tendo recebido a procuração tempestivamente, perde o prazo para a resposta, causando, com isto, sensível e às vezes definitivo prejuízo ao cliente; a não interposição de recurso, contrariando a autorização

¹¹¹ Acerca do dever do advogado de conhecer o direito e a legislação pátria, interessante julgado do Tribunal de Ética e Disciplina da seccional capixaba da OAB: Advogado que no exercício da profissão espanca em seus arrazoados, não só a gramática, cometendo erros grosseiros, como demonstra desconhecimento da legislação pátria, invocando em sua defesa lei revogada, demonstrando inaptidão para o exercício da advocacia. Por maioria, decidem a aplicação da pena de suspensão por 6 (seis) meses, perdurando essa até que preste provas da habilitação. (PROCESSO 65.761-03, 2º Turma, relatora. Dra. Juramar Teles, julgado em 07/02/2006).

¹¹² Eduardo Couture, *apud*, NADER, Paulo. Responsabilidade Civil dos Juízes, Promotores de Justiça e advogados. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano III, n05, Maio de 2008, p.64.

do constituinte, ainda que haja real possibilidade de êxito na instância superior – passível de caracterização de responsabilidade pela perda de uma chance¹¹³; a demora em promover a ação, a despeito de já ter poderes constituídos, de modo a ensejar a decadência ou a prescrição do direito; ou mesmo o não comparecimento em audiência, prejudicando com isso a produção de provas acerca do direito pleiteado ou objeto de defesa.

Além da imperícia e da negligência, outra modalidade de atuação culposa é verificada a partir de uma atuação imprudente por parte do advogado. Esta, por sua vez, se caracteriza pelo açodamento, pela atuação comissiva e impensada. São exemplos de imprudência: a propositura de uma ação sem consulta prévia ao cliente ou sem a reunião dos documentos necessários; quando o advogado não segue ou não pede as devidas instruções ao cliente¹¹⁴; quando rejeita a proposta de acordo feita pela contraparte¹¹⁵, sem antes ouvi-lo; ou quando em audiência de instrução e julgamento dispensa a oitiva de testemunhas potencialmente capazes de confirmar a versão de seu cliente. Trata-se, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, de uma obrigação de prudência (*obligation de prudence*)¹¹⁶.

Fábio Siebeneichler apresenta um bom exemplo¹¹⁷:

Um caso de pedido de falência pretendida pelo cliente ilustra bem este aspecto. Tratava-se de advogado que havia recebido mandato para celebrar com devedor do cliente uma concordata preventiva, em condições taxativamente estabelecidas. Caso não ocorresse o acordo nessas bases, deveria o profissional requerer a falência. No entanto, o advogado acietou a concordata em bases muito menos favoráveis, daí resultando ser chamado a juízo pelos clientes. O Tribunal considerou que, embora com poderes amplos, tinha o advogado instruções precisas para só aceitar a concordata em determinadas condições e não as observara. Deveria votar contra a concordata, mas aderiu ao voto de terceiros. Se não concordava com as instruções, deveria ter renunciado ao mandato, porque não possui o direito de dispor dos bens alheios.

¹¹³ A responsabilidade pela perda de uma chance será alvo de exposição no segundo capítulo deste trabalho.

¹¹⁴ Carvalho Santos entende que não se deve exigir que o advogado recorra sempre. Só admite sua responsabilidade quando haja probabilidade de reforma da sentença de que deveria ter recorrido, cabendo ao cliente a prova de que tal aconteceria. É fora de dúvida, no entanto, que o advogado incorre em responsabilidade se deixa de recorrer, contrariando os desejos manifestados pelo cliente. Código Civil comentado, v.21, p.321. Mas, em tempos passados, Aguiar Dias manifestou entendimento de acordo com o qual, se o advogado deixasse de recorrer, a despeito do desejo do cliente nesse sentido, incorreria em responsabilidade (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, vol.2, 6ªed.Rio de Janeiro: Forense, p.129). Posição intermédia é adotada por Caio Mário da Silva Pereira para quem “Na hipótese de ser o recurso meramente abstrato, sem qualquer interesse prático, não pode o advogado ser condenado a indenizar,se o recurso teria, em qualquer hipótese, um resultado frustrado” (SILVA PEREIRA, Caio Mário. Responsabilidade Civil.3ªed. Rio de Janeiro: Forense, p.163). Caio Mário ainda complementa: “Por tais motivos, eu coloco a questão em termos diversos, tendo em vista a natureza do recurso. O recurso ordinário é um direito da parte. Se o advogado aceitou a causa, tem de empenhar-se na solução que seja a melhor para o seu constituinte. Vindo a sentença desfavorável, cumpre-lhe recorrer, porque é seu dever esgotar os meios normais de defender o direito a ele confiado. Não colhe a justificativa de lhe parecer a sentença bem fundamentada. Mesmo porque as opiniões são às vezes muito divergentes – *tot caput tot sensus* – e na instância superior pode prevalecer entendimento diferente. O mesmo não ocorre com o recurso extraordinário ou especial, que tem caráter eminentemente técnico e de cabimento restrito, devendo o advogado, ao manifestá-lo justificar sua idoneidade. O patrono não pode ser obrigado a fazê-lo se está convicto de que a lei não o autoriza. A fidelidade ao cliente não pode obrigá-lo a interpô-lo fora dos casos de sua admissibilidade. O que lhe cumpre é fazer ciente o interessado em tempo de promover este a substituição por outro colega” (p. 164).

¹¹⁵ Aguiar Dias afirma que estando o advogado incumbido de uma causa difícil, de duvidoso êxito em face da jurisprudência dominante, e que contra a opinião do próprio cliente, recusa um acordo proposto pela parte contrária, fica responsável – se vem, como tudo indicava, a perder a demanda – pela quantia que o constituinte teria recebido se não fosse a obstinação de seu procurador. *Apud*, Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários do Estatuto da Advocacia. 2ªed., Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.50.

¹¹⁷ ANDRADE, Fábio S. Responsabilidade Civil do Advogado. Responsabilidade civil, edição temática, AJURIS, p.48.

Em síntese, responde o advogado pela deficiência de defesa, pela precariedade de sua atuação, pela ausência de postura séria e respeitosa, por seu desconhecimento da lei e do direito, pela incompetência, pela negligência¹¹⁸.

Por último, por merecer análise mais detida, faz-se oportuno retomar a obrigação do advogado de se manter atualizado acerca da jurisprudência. Não foi por outro motivo que Antão de Moraes nos advertiu com a célebre colocação: “O jurista que não lê jurisprudência é como o médico que cura pelos livros sem frequentar hospitais”¹¹⁹.

Sabe-se que o melhor uso das leis se faz pelo conhecimento articulado, ou seja, manipula-se a ordem jurídica a partir do método cognitivo. E o advogado obtém o conhecimento técnico necessário para manipular a jurisprudência e as leis de acordo com os interesses de seus clientes. Trata-se, portanto, de um mecanismo de apuro técnico e de domínio indispensável ao profissional responsável. Nesse sentido, pondera Ênio Santarelli¹²⁰:

Os cientistas do direito são responsáveis pela constante transformação da norma jurídica, fazendo-a acompanhar os anseios das exigências sociais, enquanto que os operadores do direito se encarregam de sua aplicação, observando a lógica dos julgados. Antigamente quando saía do prelo um repertório de jurisprudência, festejava-se o acontecimento como uma obra inédita. Hoje as revistas são mensais, semanais e existem boletins diários, abastecendo o profissional de todas as novidades possíveis e imagináveis declaradas pelos tribunais. Em determinados pontos da prática forense, a intensidade dos julgados cria modelos de atuação prática e, mesmo que os enunciados que deles decorrem não mereçam sùmula, a incidência reiterada lhes elevam o sentido a algo próximo de imperativo categórico.

Poder-se-ia argumentar que a jurisprudência não deve ser obrigatoriamente acatada, o que não deixa de ser verdade. No entanto, a própria regra jurídica, a despeito de seu caráter cogente, não ostenta esse título. Os julgados, mesmo não sendo normas de ordem pública em sentido estrito, não deixam de cumprir a missão de unificação da ordem jurídica. Para os advogados tornou-se, então, uma questão de prudência observar a jurisprudência na medida em que os juízes elaboram o direito vigente com base nela¹²¹.

O erro do advogado nesse setor metodológico de informação jurisprudencial poderá ser conceituado como erro de direito e grave, sugerindo o dever de indenizar¹²². Sem dúvida,

¹¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 349.

¹¹⁹ MORAIS, Antão. “A má redação de nossas leis – juristas e jurisprudência”, in RT 762/781.

¹²⁰ ZULLIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. In Revista Forense, vol374/Ano 100. Jul-Ago de 2004, p.82.

¹²¹ O mestre Alvino Lima a defesa da jurisprudência nos advertiu: Prescrutar, pois, a vida; sondar os ditames da consciência coletiva; conhecer das necessidades sociais e econômicas; sentir a influência destas normas fatais impostas pela própria organização social num dado momento, é dever do juiz para poder aplicar a norma jurídica, dando-lhe vigor, restringindo-a, ampliando-a, adaptando-a, modificando-a. (LIMA, Alvino, “A jurisprudência – fonte do direito”, Estudos de direito civil (trabalhos jurídicos ofertados como títulos no concurso de professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 1938, p. 63).

¹²² Trabalharemos no próximo capítulo os conceitos de erro de direito e erros graves.

no entanto, de que o trabalho do advogado do futuro, já estressante por si só, constitui um desafio diante da instabilidade dos julgados, de modo que a obrigação de se atualizar deixou de ser motivo de captação de clientela para dar ensejo, inclusive, a seguros de responsabilidade civil¹²³.

¹²³ ZULLIANI, Ênio Santarelli. Op.cit., nota 120, p.84.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO SOB A PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL

2.1 A atividade advocatícia no Código de Defesa do Consumidor

A aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor à relação estabelecida entre o advogado e o seu cliente é uma das contendas que tem permeado o tema da responsabilidade civil do advogado, principalmente em relação à possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do cliente.

Embora muitos autores se convençam facilmente em prol da aplicabilidade, uma vez que o §4º do art.14 do CDC dispõe de maneira expressa que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa¹²⁴, outros vislumbram peculiaridades nesta relação capazes de obstaculizar uma interpretação nesse sentido. Diante dessa miríade de opiniões, é imperioso avaliar os principais argumentos utilizados pelos autores, a fim de atestar, primeiramente, a viabilidade desta aplicação e, caso se entenda de maneira positiva, as suas características.

De acordo com o art. 2º, *caput* e §2º, do Código de Defesa do Consumidor¹²⁵, não há dúvidas de que a atividade advocatícia pode ser enquadrada como prestação de serviços e seu cliente classificado como consumidor, desde que o advogado não exerça sua profissão mediante relação de emprego, ocasião em que a responsabilidade por eventuais danos deve ser suportada pelo empregador.

Depreende-se, portanto, que embora a necessidade de aferição da culpa para a responsabilização seja incompatível com o sistema consumerista de maneira geral, no que concerne aos profissionais liberais, a própria Lei nº 8.078/90 estabeleceu uma exceção, confirmando a tese da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que o Código de Defesa do Consumidor não excluiu o profissional das regras sobre responsabilidade do fornecedor de

¹²⁴ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.(...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹²⁵ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

serviços. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, em seu art.3º. Para o autor, em suma, ao profissional liberal se aplicam todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado sem ficar caracterizada sua culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviço. Conclui, ainda, que em relação ao advogado, aplica-se a teoria da culpa presumida¹²⁶. Em suma: o afastamento de tal atividade do âmbito de abrangência da responsabilidade objetiva não implica a não incidência do CDC. Tratam-se, pois, de assuntos diversos.

Diferentemente, Justino Magno de Araújo entende que a responsabilidade do advogado não deve ser interpretada nos estritos limites do §4º do art.14, impondo-se levar em consideração também a teoria objetiva, de acordo com o espírito que rege as relações de consumo, sob pena de comprometimento do princípio de proteção ao consumidor, estabelecido no art. 170, V da Constituição Federal¹²⁷.

Por sua vez, de maneira mais enfática, Roberto Senise Lisboa defende que se houver dano patrimonial ou econômico ao cliente, a responsabilidade do profissional liberal será objetiva, por força do art.20 do CDC, que em nenhum momento cogita do elemento subjetivo da responsabilidade¹²⁸.

Já para Rui Stocco, o §4º do art. 14 do CDC constitui uma regra de exceção, excluindo do campo de abrangência desta legislação a prestação de serviço dos profissionais liberais ao dispor que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Para o autor, reiterou-se, assim, a responsabilidade por culpa desses

¹²⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade civil do advogado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 2002, p.212. Segundo o autor, a responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, sendo a culpa presumida a hipótese que melhor se encaixa ao caso, na medida em que constitui um avanço na tendência evolutiva que aponta para a necessidade de não deixar o dano sem reparação.

¹²⁷ ARAÚJO, Justino Magno. Aspectos da responsabilidade civil do advogado. *Revista Jurídica*: doutrina, legislação, jurisprudência, v.53, n.337, nov., 2005, p.47. No entanto, o autor é contraditório ao dizer que, pela impossibilidade de se separar completamente a obrigação de meio da de resultado, a melhor interpretação do §4º do art.14 do CDC depende do conteúdo da obrigação. Nessa direção, assevera que caso a obrigação seja de resultado, a prova será do advogado, a partir da adoção da ideia de culpa presumida. Sendo a obrigação de meio, ao cliente caberá demonstrar a culpa do causídico. Vislumbra-se, que apesar de criticar a dicotomia estabelecida entre as obrigações do meio e resultado, o autor a adota a fim de aferir a atribuição do ônus da prova.

¹²⁸ LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas relações de consumo 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.252. Vejamos o que dispõe o art.20 do CDC *in verbis*: Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

profissionais, reforçando a incidência do Código Civil e a delimitação de tal responsabilidade ao âmbito do Estatuto da Advocacia. De acordo com suas próprias palavras, portanto,¹²⁹

Se o princípio adotado pelo CDC é o da responsabilidade objetiva, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, afastou-os, como exceção, do seu âmbito de abrangência, reconhecendo que estes profissionais são regidos por estatuto próprio, como ocorre com os advogados, na consideração de que a lei que estabeleça disposições gerais (CDC) não revoga a lei especial, ou seja, a lei específica que regulamenta determinadas profissões liberais (LICC, ART2º, §2º). Consequentemente, não há que se falar em presunção de culpa do advogado, nem, portanto, em inversão do ônus da prova...

No mesmo sentido, não podemos deixar de mencionar paradigmático julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido no final do ano de 2003 de relatoria do ministro César Asfor Rocha, que excluiu a atividade dos advogados do âmbito de incidência do CDC, e que depois fora reafirmado em 2005 pelo Min. Aldir Passarinho Júnior¹³⁰. Em tal ocasião frisou-se que:

Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo. As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados - como, v. g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/ § 1º e 34/III e IV, da Lei nº 8.906/94) - evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo (Resp. 532.377, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ªT., j. 21/08/2003, DJ13/10/03).

Com a devida vênia, ousamos discordar deste último posicionamento, pois entendemos que, à luz do nosso Código de Defesa do Consumidor, o advogado é um fornecedor de serviços, e seu cliente, um consumidor, na medida em que a legislação não exclui a atividade da advocacia de seu contexto, dispondo claramente em seus artigos 2º e 3º quem são os personagens dessa relação de consumo. A despeito do interesse público que rege a realização da justiça, finalidade última do processo litigioso, existe uma prestação de serviços, de caráter privado, entre o advogado e o cliente. Portanto, além das normas de direito civil e de legislação específica que lhe são aplicáveis, hoje o advogado também responde nos termos do CDC.

Por isso, os argumentos utilizados pelo ministro relator do mencionado julgado não nos convencem. A existência de legislação específica no que concerne à atividade advocatícia não é causa de inibição da força normativa do CDC, o que inclusive já fora afirmado por essa mesma corte em relação aos contratos de incorporação¹³¹. Ademais, é consenso que a

¹²⁹ STOCCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. Responsabilidade Civil(Grandes Temas da atualidade, v.6). Coord. Eduardo de Oliveira Leite, Álvaro Augusto Cestari e outros. Rio de Janeiro: Forense,2006, p. 521.

¹³⁰ Resp.539.077, de 26/04/2005.

¹³¹ “O contrato de incorporação, no que ele tem de específico é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações, e o princípio da boa-fé objetiva” (STJ, Resp. 80. 036, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ªT.).

legislação consumerista estabeleceu um corte horizontal no sistema jurídico, de modo a abranger todas as relações de consumo.

Na verdade, a exceção concedida aos profissionais liberais pelo CDC, no tocante à atividade do advogado, a par da função social que possui, se explica pela independência que caracteriza seu exercício. Liberdade essa garantida em prol do próprio cliente. Deixar de levar em consideração essas particularidades na apuração das faltas desses profissionais, seria reduzi-los a subproduto das relações de consumo¹³². Assim, a opção legislativa pela responsabilidade subjetiva desses profissionais foi acertada e se dá diretamente em razão natureza *intuitu personae* dos serviços advocatícios, que se fundamentam, sobretudo, na confiança pessoal do cliente em seu advogado. Nessa direção, outra particularidade acentuada por Silvia Vassilieff e que não pode ser esquecida¹³³

É que o contrato entre o advogado e o seu cliente não é de natureza consumerista, não é contrato de adesão, mas contrato privado, negociado individualmente, no qual se vislumbra a igualdade das partes contratantes. Essa característica não é suficiente para afastar a aplicação do CDC, pois a determinação de sua aplicação aos profissionais liberais é explícita no texto desse mesmo código, mas fortalece a justificação da responsabilidade ser subjetiva....

Ou seja, ainda que não se trate de um contrato de adesão, mas de um contrato privado, negociado individualmente diante do caso concreto, não há motivos para defendermos o afastamento da legislação consumerista diante da ausência de incompatibilidade entre as normas do CDC e do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). Por conseguinte, não deve prevalecer o argumento de que lei posterior especial revoga lei anterior geral, e nesse sentido a presunção de que as normas do CDC no tocante à responsabilidade do profissional liberal teriam sido revogadas pelo Estatuto da OAB.

Tampouco prevalece, ainda, o argumento de não aplicabilidade do CDC por não ser a relação advogado-cliente relação de consumo, pois assim o é por determinação de norma de ordem pública. Deve-se ter em mente que a incidência do CDC sobre as relações entre os advogados e seus clientes advém de determinação própria. Inadmissível, porém, é a adoção irrefletida dessa imposição pelo intérprete, seja de maneira subsuntiva ou impensada, sem atinar-se para as peculiaridades do caso concreto.

Justamente em virtude do caráter excepcional da responsabilização subjetiva desses profissionais, é que os instrumentos de facilitação de defesa do consumidor dispostos pelo CDC – tais como a prescrição quinquenal, a inversão do ônus da prova e as punições

¹³² Nesse sentido, Dias, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: Ltr, 1999, p.25.

¹³³ VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 46.

administrativas – devem ser aplicados de maneira funcional¹³⁴ em uma atitude sistemática de consonância, sobretudo, com o tipo de relação que se desenha na hipótese concreta e com as disposições previstas pelo Estatuto da OAB, pelo Código de Ética e Disciplina dos advogados, pelo Código Civil e pela Constituição Federal.

Nessa direção, é óbvio que o entendimento quanto à aplicabilidade ou não de tais instrumentos de facilitação de defesa do consumidor dependerão da premissa estabelecida quanto à incidência da própria legislação de maneira geral. Mas, de fato, os argumentos utilizados para afastar a aplicabilidade do CDC já demonstraram não ter força suficiente para prosperar. Primeiramente em razão da ausência de incompatibilidade entre a legislação específica e a consumerista. E depois, pelo próprio CDC ter estabelecido a exceção da responsabilização subjetiva tendo em vista as peculiaridades deste tipo de relação.

No intuito de demonstrar os diferentes modos de pensar em relação aos referidos instrumentos, em direta sintonia com as premissas estabelecidas, vejamos as opiniões de alguns autores.

Paulo Luiz Netto Lôbo, por exemplo, ao estabelecer que a responsabilidade do advogado encaixa-se perfeitamente à hipótese de culpa presumida, entende que a inversão do ônus da prova seria consequência direta, independente, inclusive, do livre convencimento do magistrado, sob pena de comprometimento da própria efetividade do sistema consumerista¹³⁵.

Felipe Braga Neto, de maneira divergente, aduz que existem imensas vantagens em se aplicar o CDC às atividades exercidas pelos profissionais liberais e, nesse sentido, invoca,

¹³⁴ A análise funcional é uma das características marcantes e inovadoras do método civil-constitucional de interpretação, na medida em que leva em consideração não só a eficácia do ato ou negócio jurídico – também chamado de ponto de chegada – mas também analisa, preliminarmente, o ponto de partida, ou seja, o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato. Isso porque, condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis. A função do fato se realiza de modo diverso conforme a situação preexistente: se ela muda, muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado. Tudo isso se explica porque uma mesma função pode se realizar mediante uma pluralidade de estruturas. A variabilidade da estrutura negocial depende da função e das relações sobre as quais o ato incide. Cf in PERLINGIERI, Pietro. O direito civil e a legalidade constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2008, p.643-644. “Todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 2ª ed., p. 96).

¹³⁵ O autor complementa seu raciocínio diferenciando a responsabilidade pelo fato do serviço daquela oriunda dos vícios do serviço: *A responsabilidade com culpa presumida, referida no CDC, é relacionada exclusivamente ao fato do serviço, ou seja, quando o serviço causar dano à pessoa ou ao patrimônio do consumidor. A responsabilidade por vício do serviço (defeito de inadequação, oculto ou aparente) do advogado ou de qualquer profissional liberal é idêntica a dos demais fornecedores de serviços, sem qualquer restrição. A regra de exceção, prevista no §4º do art.14 do CDC, não alcança as hipóteses de vícios do serviço, previstas nos artigos 18 e seguintes, em prejuízo do consumidor. Compreende-se que, em se tratando de dano, impõe-se a verificação da culpa. Em casos tais, o dano é consequência da má execução ou da inexecução culposa do serviço devido. Contudo, o vício (salvo quando também provocar dano) não é consequência, mas característica da própria execução defeituosa. A responsabilidade por vício é objetiva, mas não envolve necessariamente indenização por dano nem verificação de culpa.* (LOBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 10, abr./jun. 2002, p.219.).

além da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do art.6º, VIII do CDC – ou seja, nas hipóteses em que alegações dos consumidores sejam verossímeis ou nos casos em que estes são identificados como hipossuficientes – , a viabilidade de o consumidor propor a ação em seu domicílio (art. 101, I do CDC) e a possibilidade de se aplicar a prescrição quinquenal disposta do artigo 27 do CDC¹³⁶ .

Contudo, constata-se que, em nome da prescrição, o próprio STJ já afastou a aplicabilidade do CDC em julgado relatado pela ministra Nancy Andrighi, tendo em vista as particularidades apresentadas pelo caso. Em espécie, um cidadão buscou os serviços de um advogado trabalhista, fornecendo-lhe todos os documentos necessários para ingressar com a ação, tendo comparecido várias vezes ao escritório do advogado que, no entanto, ficou-se inerte. Diante disso, ingressou com ação de danos morais e materiais contra o causídico, que contra-argumentou dizendo que a pretensão do cliente já estava prescrita nos termos do art. 27 do CDC. O STJ entendeu tratar-se, a rigor, de inadimplemento contratual, aplicando o prazo do prescricional de vinte anos, previsto no Código Civil de 1916¹³⁷ .

Trata-se de questão complicada e digna de parêntesis, pois enquanto o CDC estabelece que prescreve em cinco anos a pretensão à reparação dos danos causados por fato do produto ou do serviço, o artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, dispõe o prazo de três anos para tanto.

Como dissemos acima, de regra, aplica-se o CDC à relação advogado-cliente, de maneira que o prazo quinquenal previsto em seu artigo 27 goza de aplicabilidade. No entanto, a divergência jurisprudencial é enorme, não só quanto ao caso ora examinado, pois de uma maneira geral discute-se se a pretensão de indenização pelos danos decorrentes de inadimplemento contratual decorrentes de uma relação de consumo estaria sujeita ao prazo disposto no CDC ou seria regulada por aquele estabelecido pelo Código Civil.

A linha doutrinária mais moderna, capitaneada no Brasil por Cláudia Lima Marques, discípula do jurista alemão Erik Jayme¹³⁸ , defende o que se convencionou chamar de diálogo

¹³⁶ Vale dizer que o STJ já decidiu em prol da aplicabilidade do art. 27 em hipótese de responsabilidade civil de profissional liberal, argumentando que “o fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp. 731.078, Rel. Min. Castro Filho, j.13/12/05, DJ 13/12/06).

¹³⁷ Civil e consumidor. Recurso especial. Ação reparatória. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Inexecução contratual. Prazo prescricional. A ação para reparação de danos relativos à inexecução de contrato de prestação de serviços advocatícios se sujeita ao prazo prescricional previsto no art. 177 do CC16 (art. 205 do CC02), e não aquele previsto no art. 27 do CDC. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp. 633.174, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 02/12/04, DJ. 21/03/05).

¹³⁸ Erik Jayme, em seu curso geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Cf., in MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o

das fontes, numa tentativa de demonstrar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado coexistentes no sistema. Segundo o autor,

É a denominada coerência derivada ou restaurada, que em momento posterior a decodificação, a tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não coerência¹³⁹.

Assim, a despeito de a regra ser a aplicabilidade do prazo prescricional quinquenal previsto no CDC, que deve ser contabilizado a partir do conhecimento do dano – do efetivo dano e não do ato apto a produzi-lo – não podemos descartar seu afastamento, se diante do caso concreto restar descaracterizada ou a figura do fornecedor de serviços ou a do consumidor. Através, portanto, de um diálogo das fontes, pode-se conferir uma tutela mais adequada à relação jurídica concretamente estabelecida e mais condizente, inclusive, com os princípios constitucionais.

Voltando à questão da inversão do ônus da prova, Flávio Galdino de Souza ressalta sua aplicabilidade diante das hipóteses de hipossuficiência do consumidor, ante a relatividade do conceito, o que tem dado azo a divergências. Argumenta-se, tradicionalmente, que o critério a ser adotado para aferir a hipossuficiência está claramente descrito no art. 2º da Lei nº 1.060/50¹⁴⁰.

No entanto, tal concepção demonstra uma estreiteza de pensamento, uma redução do conceito ao fato de ser pobre ou de atravessar dificuldades financeiras, sendo o termo, na verdade, mais abrangente, conforme sua própria semântica: hipossuficiente é aquele que não possui autossuficiência de recursos, não necessariamente financeiros¹⁴¹. Engloba-se, portanto, o aspecto cultural, a carência de conhecimento ou de informação ou o acesso a documentos, por exemplo.

Há, contudo, quem considere a inversão do ônus da prova um assunto irrelevante, dada a especialidade natural do juiz que será encarregado de decidir o litígio. Nessa direção, se faz notar a opinião de Ênio Santarelli Zuliani¹⁴²:

A inversão do ônus da prova é assunto de direito processual; o juiz sentindo vulnerabilidade da parte e intuindo que essa terminará prejudicando suas expectativas processuais, altera as regras do embate probatório, transferindo para o réu a iniciativa, os encargos e a obrigação de demonstrar um fato jurídico de seu interesse e da própria causa. A inversão é um expediente

modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.54

¹³⁹ Ibid., p.54.

¹⁴⁰ Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento da própria família.

¹⁴¹ SOUSA, Flávio Galdino de. A responsabilidade civil do advogado. Revista Jurídica da Universidade de Franca, v.4, n.6, maio, 2001, p.71. O autor assevera que para a equipe do IDEC, coordenada por Josué de Oliveira Rios, não se aplica a inversão do ônus da prova aos profissionais liberais, a despeito da opinião contrária dos autores do projeto do CDC.

¹⁴² ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. Revista Forense, Ano 100, Julho-Agosto de 2004, Vol.374, p.86-87.

de inegável vantagem para favorecer o consumidor nas ações em que se discute, por exemplo, o valor das prestações em financiamentos bancários e hipotecários, dada a complexidade de se provar a exatidão dos cálculos de reajustamento das parcelas. Nessa situação e até em algumas hipóteses de erro médico, a inversão constitui a única alternativa para que o processo civil consiga atingir a sua função de revelar ao juiz a realidade fática – prova justa – que permitirá a expedição de sentença qualitativa. O juiz, no entanto, por ser um técnico em assunto jurídico, para julgar uma ação em que se discute a responsabilidade civil dos advogados, dispensa serviço de auxiliares (peritos), para que possa compreender, analisar e julgar os imbrólios forenses que caracterizam esses processos.

Ou seja, segundo o autor, nas causas de responsabilidade civil do advogado não haveria grande dificuldade para o juiz, como operador e especialista do direito, identificar o eventual erro cometido pelo advogado, bem como a existência ou não de prejuízo ao cliente. Nesse sentido, seria desnecessário invocar o instrumento processual de inversão do ônus da prova, na medida em que a comprovação do direito do consumidor não sofreria restrições de possibilidade, na medida em que a própria atuação do juiz já facilitaria a defesa da parte, na medida em que é um especialista do direito.

Também em prol da não aplicabilidade da inversão, argumenta Sérgio Novais Dias, porém por motivos diversos, aduzindo que essa norma corresponde à responsabilização objetiva dos demais fornecedores de serviços, não sendo aplicável aos profissionais liberais, excepcionalmente responsabilizados de maneira subjetiva. Segundo o autor, aplicar-se-ia a regra geral de divisão do ônus da prova prevista no art.333, sendo facultado ao juiz, somente nos casos de constatação da verossimilhança das alegações ou de hipossuficiência da outra parte, inverter o ônus da prova em desfavor do advogado¹⁴³.

Alerta o autor, entretanto, que a decisão que concede a inversão do ônus da prova deve ser fundamentada e proferida antes de iniciada a instrução, devendo as partes ser devidamente intimadas. Isso porque as regras de inversão do ônus da prova constituem não somente regras de julgamento, mas também, “regras de comportamento dirigidas aos litigantes”.

Assim, segundo ele, deixar para a sentença a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, sem qualquer notícia prévia às partes, é o mesmo que deixá-lo julgar como melhor lhe parecer, pois basta a inversão (quanto a determinado ponto que o consumidor deixou de produzir provas e que o fornecedor, pelas regras tradicionais, deixou de contra-atacar) para dar ganho de causa ao consumidor.

Com efeito, o fornecedor de serviços teria que ser uma superparte no processo, buscando produzir sempre todas as provas de todos os fatos alegados por ambas as partes, para evitar que, por ocasião da sentença, a partir de conceitos vagos como “verossimilhança

¹⁴³ Dias, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: Ltr, 1999, p.26.

da alegação” e “hipossuficiência da outra parte”, o juiz não o surpreenda com uma decisão contrária acerca da questão que ante as regras tradicionais que regem a divisão do ônus da prova não poderia ser vencido. Por isso, destaca Barbosa Moreira que “a finalidade da norma que prevê a inversão é facilitar a defesa dos direitos do consumidor e não garantir-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor de serviço se deve proporcionar”¹⁴⁴.

Trata-se, a nosso ver, de uma faculdade do juiz, que não é obrigado a fazê-lo, pois muitas vezes o cliente tem iguais ou melhores condições de angariar prova do que o profissional. Além do mais, nos casos em que é cabível, deve se restringir tão somente à prova da culpa profissional, cabendo ao cliente provar a existência do dano, bem como a do nexo causal.

Ou seja, constatada uma das hipóteses autorizadoras previstas no art.6º, VIII do CDC, pode o juiz inverter o ônus da prova da culpa profissional. Vale dizer, no entanto, que a despeito de ultrapassada a visão estreita de equiparação da hipossuficiência com dificuldades financeiras, ainda assim a doutrina encontra dificuldades em identificar casos de autores de ações indenizatórias perante advogados hipossuficientes¹⁴⁵.

Isso porque, ao contrário de um medicamento ou produto de higiene, ou do funcionamento de um produto eletrônico, além de tantos outros exemplos, o outro profissional, que atenderá a vítima da má prestação de serviços advocatícios no intuito de propor a demanda indenizatória via responsabilidade civil, ou seja, o outro advogado terá perfeitas condições técnicas de conhecer e avaliar a conduta profissional de seu colega, assistindo o cliente de modo a demonstrar a culpa. Espera-se, portanto, que um advogado consiga apontar a atuação culposa de outro.

Além disso, ainda que o conceito de hipossuficiência permaneça restrito à questão econômica, a situação de não-inversão não se alteraria, pois caso o cliente não tenha

¹⁴⁴ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, in Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora RT, nº22, abril/junho 1997, p.146. O autor ainda pondera que não procede o argumento de que a inversão do ônus da prova da culpa converteria a responsabilidade subjetiva em objetiva, até porque a se o fizesse, a prova contrária seria de absoluta irrelevância

¹⁴⁵ Insta demarcar que o conceito de hipossuficiência não deve ser confundido com o conceito de vulnerabilidade. Todo consumidor é vulnerável, seja sob aspecto técnico, econômico ou jurídico. A hipossuficiência, no entanto, diz respeito ao desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor no acesso às provas relevantes para o julgamento da lide. Trata-se, portanto, de um conceito de caráter processual, cuja constatação se verifica nas hipóteses em que o consumidor não consegue se desincumbir do ônus da prova, cuja demonstração é visivelmente mais fácil ao fornecedor. Sobre o tema a doutrina é vasta. Cf. BESSA, Leonardo Roscoe: “A doutrina especializada distingue a vulnerabilidade da hipossuficiência, baseando-se, sobretudo, na terminologia utilizada pelo CDC. O conceito de vulnerabilidade é de caráter material. Todo consumidor é vulnerável. De outra parte, a hipossuficiência é ideia vinculada ao processo civil. Cuida-se de pressuposto para inversão do ônus da prova pelo juiz, conforme previsão do art. 6º, VIII, do CDC. Significa dificuldade específica para realizar a prova em relação a determinado fato” (Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo, Brasília, Brasília Jurídica, 2007, p. 39). No mesmo sentido, Marcelo Junqueira Calixto, Princípio da vulnerabilidade, in Maria Celina Bodin de Moraes (org.), Princípios do Direito Civil Contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

advogado, será beneficiado pela assistência judiciária, de maneira que a eventual hipossuficiência consubstanciada na falta de informação ver-se-ia suprida¹⁴⁶.

Outro aspecto já salientado em alguns parágrafos acima e que também afastaria a hipossuficiência do cliente na maioria dos processos por responsabilidade civil profissional do advogado é o fato de o juiz, perito dos peritos, também estar plenamente apto a avaliar a culpa deste profissional. Nessas circunstâncias, inclusive, a inversão poderia traduzir a violação do equilíbrio processual das partes.

Em suma, nos casos em que a despeito de todas as ponderações traçadas ainda se justifique a aplicação da inversão, haverá uma presunção de culpa, perfeitamente afastável diante da comprovação do advogado de que agiu com toda a diligência exigível naquele caso concreto.

Outro óbice que identificamos em relação à aplicação integral do Código de Defesa à relação advogado-cliente refere-se à inaplicabilidade das sanções administrativas previstas pela legislação consumerista nos artigos 56 a 60 e regulamentadas pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, que cedem espaço às regras específicas previstas pelo Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), consoante dispõe seu artigo 44, II.

Analisando-se as práticas infrativas contidas no CDC e no referido decreto regulamentador, constata-se que todas elas, de uma forma ou de outra, inserem-se nas atribuições que a OAB desempenha com exclusividade no disciplinamento da atividade do advogado na sua relação com o cliente/consumidor de serviços¹⁴⁷.

Diante de tudo o que fora dito, pode-se concluir que, de regra, o CDC é aplicável aos serviços prestados pelos advogados naquilo em que não conflitar com as regras do Estatuto da Ordem e do Código de Ética e Disciplina da profissão. Por isso e pelas peculiaridades que seu exercício apresenta e justamente por constituir-se numa exceção junto ao sistema consumerista – na medida em que a responsabilidade atribuída aos profissionais liberais é subjetiva –, os instrumentos previstos no intuito de facilitar a defesa do consumidor devem ser aplicados com cautela e em perfeita consonância às particularidades da profissão, identificáveis por intermédio da legislação específica ou através do caso concreto.

¹⁴⁶ VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.47.

¹⁴⁷ Na relação entre o cliente e o advogado o disciplinamento da atividade do fornecedor dos serviços/advogado e a imposição de sanções é de exclusiva competência da OAB. Isso porque essa relação tem peculiaridades que a distinguem da relação de consumo. Veja, por exemplo, que segundo o artigo 12,III, do decreto nº 2.181/1997, constitui prática infrativa “recusar, sem motivo justificado, atendimento à demanda dos consumidores de serviços”, conquanto o advogado pode, livremente e sem qualquer justificativa, recusar-se a prestar serviços a quem quer que seja, a não ser em situações de assistência judiciária gratuita. É a conclusão de DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade Civil do Advogado na perda de uma chance. São Paulo: Ltr, 1999, p. 25.

Com efeito, a inversão do ônus da prova pode ser aplicada, desde que o seja mediante decisão fundamentada do magistrado e desde que os requisitos legais sejam preenchidos casuisticamente, devendo a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações serem identificadas pelo intérprete consoante às particularidades do exercício da profissão e da relação jurídica estabelecida entre o advogado e seu constituinte.

2.2 Uma análise funcional das classificações tradicionais em matéria de Responsabilidade Civil do advogado.

O dever de reparar os danos decorrentes da má prestação de serviços prestados por advogados está previsto no artigo 32 da Lei nº 8.906/94, segundo o qual “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou com culpa”. Nesse sentido, o vigente Estatuto da OAB ampliou o âmbito de responsabilização profissional em relação à legislação por ele revogada, uma vez que o antigo Estatuto (Lei nº 4.215/1963) dispunha em seu artigo 87 que “são deveres do advogado e dos provisionados (...) XVIII – indenizar, prontamente, o prejuízo que causar por negligência, erro inescusável ou dolo”.

Portanto, não mais se exige que o advogado incorra em erro grosseiro ou em total inépcia profissional para que seja responsabilizado, revelando a transferência de eixo da própria disciplina da responsabilidade civil, na exata medida em que não mais se mira no autor do ato, mas na própria vítima. Hoje, a preocupação gira muito mais em torno da injustiça do dano do que da conduta geradora, evoluindo-se, desta feita, da ideia da dívida da responsabilidade para a ideia do crédito da indenização¹⁴⁸.

Trata-se, pois, de responsabilidade aferida de modo subjetivo, tal como preleciona o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo, ao determinar que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

¹⁴⁸ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. O dano pessoal na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.100. Por isso, o dano reparável não é mais aquele produzido ilicitamente por violar um direito subjetivo da vítima, mas sim a lesão sine iure de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção. A injustiça surge da percepção dos interesses lesionados e resgata como merecedores de tutela todos aqueles que a sociedade e os valores comumente aceitos mostram como dignos e respeitáveis, ainda que não tenham previsão expressa em normas. Cf. in SEGUÍ, Adela M. Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna. Separata da Revista de Direito do Consumidor, nº.52, ano 13, RT, São Paulo.

É consenso que todas as profissões são lucrativas na medida em que propiciam o sustento de quem a exerce. Em relação ao advogado, não obstante a ética que envolve e seu caráter de *munus privado*, não é diferente, pois em contrapartida aos benefícios pecuniários que recebe, o profissional assume o risco do dever de indenizar àqueles que eventualmente sejam prejudicados culposamente por ele no exercício da profissão. “É a aplicação do preceito de quem procura um proveito, cria um risco. Daí a responsabilidade civil do advogado”, que não foge à regra estabelecida pelo tradicional princípio do *neminem laedere*¹⁴⁹.

Com efeito, a má atuação do advogado pode gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais ao seu cliente, haja vista a multiplicidade de esferas sociais abarcáveis pelo direito e, por conseguinte, pela atuação contenciosa desse profissional. Nessa direção, diante do pleno reconhecimento do dano moral e do dever de reparação integral dos danos, claramente é possível que a vítima persiga não só a indenização material, como também a moral, cumulativamente ou de forma separada.

As premissas e os princípios informadores da reparação dos danos patrimoniais e morais são eminentemente distintos, motivo pelo qual o presente trabalho terá como enfoque os danos patrimoniais que a má prestação de serviços advocatícios pode dar ensejo. De toda sorte, em razão da posição de destaque e de prevalência que a Constituição Federal conferiu às situações existenciais e à dignidade da pessoa humana, é impossível não tê-los como norte quando se persegue uma análise funcionalizada e sistemática de modo a garantir a coerência e a unidade de nosso ordenamento jurídico¹⁵⁰.

Embora as grandes inovações da responsabilidade civil tenham se dado justamente na esteira de sua objetivação, a partir da assimilação da Teoria do Risco e do surgimento/reconhecimento de novos interesses mercedores de tutela, é sabido que os elementos tradicionais que formam a responsabilidade civil subjetiva também são carentes de uma análise funcionalizada e assente com os princípios informadores de nosso ordenamento. Assim, a responsabilidade civil do advogado, não obstante tradicionalmente qualificada como uma responsabilidade contratual, subjetiva e patrimonial, também é passível de revisões e

¹⁴⁹ DE ALMEIDA, L.P. Responsabilidade Civil dos Advogados. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 8.

¹⁵⁰ Acerca da necessidade de pensar-se em uma teoria geral para as situações existenciais, dada sua heterogeneidade, irreparável é o trabalho de Rose Melo Vencelau Meireles para quem “a unidade conceitual que submete todas as situações jurídicas subjetivas ao respeito e à promoção da pessoa humana, valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro não impede que a autonomia privada tenha funções diferentes conforme cuide de situações jurídicas subjetivas patrimoniais. Isto porque nas situações existenciais o desenvolvimento da personalidade é o fim imediato, enquanto que nas situações patrimoniais é o fim mediato. Com efeito, se já é difícil pensar-se em uma teoria geral do negócio jurídico apta a disciplinar todas as situações patrimoniais; mais difícil ainda é pensar-se em uma teoria geral para as situações existenciais”. Nesse sentido, a autora traça um panorama geral e não específico, na esperança de ulteriores desenvolvimentos de uma disciplina específica das situações jurídicas existenciais. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 302-303).

críticas, principalmente quando se tem como norte as premissas do direito civil constitucional¹⁵¹.

De modo prevalente, tal como assinalado no primeiro capítulo, tem-se considerado a responsabilidade do advogado como hipótese de responsabilidade contratual, sem excluir, contudo, a possibilidade de configuração de responsabilidade extracontratual, a depender da vítima e das circunstâncias da má atuação profissional¹⁵². No entanto, tal dicotomia, a despeito de seu caráter histórico e de sua importância em relação à distribuição do ônus da prova, perde a sua razão de ser em matéria de responsabilização do advogado, na medida em que se tem reconhecido o caráter obrigacional de meios dessa atividade.

Entretanto, a doutrina moderna já preconiza a mitigação da importância da própria classificação entre as obrigações de meio e resultado, assim como da diferenciação entre a responsabilidade de cunho subjetivo e objetivo. Portanto, o propósito do presente capítulo é justamente aferir o quanto as alterações conceituais sofridas pela Teoria da Responsabilidade Civil contemporânea, sob a perspectiva civil constitucional, podem afetar o estudo da responsabilidade civil do advogado. Com efeito, a análise funcional e direcionada das classificações tradicionais e dos elementos da responsabilidade civil mostra-se imprescindível¹⁵³.

¹⁵¹ As principais características do método civil Constitucional são: a relatividade e a historicidade dos conceitos jurídicos; a unicidade do procedimento de interpretação-aplicação do direito, a funcionalização dos institutos; o caráter normativo da constituição; a prevalência das situações existenciais; a dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, diversas são as obras: Perlingieri, Pietro. *Perfis de Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional*, trad. M.C. de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999 e *Direito Civil da legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009; Tepedino, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, tomos I, II e III, Rio de Janeiro, Renovar. Moraes, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, nº65, 1993, p. 21-32.

¹⁵² Quando a vítima da má atuação do advogado for o próprio cliente, tem-se a responsabilidade contratual. De outra parte, em se tratando de advocacia contenciosa, a vítima pode ser a parte adversária do cliente na causa, dando ensejo, então, à responsabilidade aquiliana. Há quem defenda ainda, que pode haver responsabilidade aquiliana e contratual até mesmo em relação ao próprio cliente, ante a natureza *intuitu personae* dos serviços advocatícios, dos quais decorrem não só obrigações contratuais, mas também legais. Cf. in REPRESAS. Felix AlbertoTrigo. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p.125 e 126.

¹⁵³ O perfil funcional, por sua vez, mostra-se como o elemento mais importante no processo de qualificação da situação, uma vez que o ordenamento confere a cada situação subjetiva um sentido social. Além desses, as situações também merecem ser analisadas sob outros perfis, tais como: o normativo ou regulamentar, o dinâmico e o do exercício. Cf. in PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.89. Na esteira do que explicamos no primeiro capítulo, a análise funcional é uma das premissas do direito civil constitucional, marco teórico desse trabalho.

2.2.1 Da classificação da responsabilidade em contratual e extracontratual

A tendência em classificar a responsabilidade civil do advogado como contratual já havia sido assinalada há muito por Josserand, que em linguagem elegante profetizou: “espalha-se como a mancha de óleo e não se sabe onde se deterá”¹⁵⁴.

Sabe-se que os critérios utilizados para tal aferição possuem dupla origem. A primeira revela-se na prevalente teoria da dualidade, que reconheceu a diversidade de regimes das responsabilidades de cunho contratual e extracontratual, contrariando os alicerces do direito romano, que pugnavam pela unidade sistemática¹⁵⁵. A segunda é o artifício utilizado pela própria jurisprudência a fim de conferir uma situação mais confortável à vítima, ao tentar substituir a responsabilidade aquiliana pela contratual e daí eximi-la da pesarosa prova da culpa¹⁵⁶.

O Código Civil brasileiro adotou a duplicidade de regimes, regulando a responsabilidade contratual e a extracontratual em seções marcadamente diferentes de seu texto – a responsabilidade contratual veio disciplinada entre os artigos 389 e 420, e a responsabilidade extracontratual encontra-se regradada pelos artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil. Nisto, acompanhou a generalidade das codificações antigas, contra as quais se manifesta a tendência das legislações modernas, inclinadas à unificação, tendo em vista o fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio¹⁵⁷.

A topografia legal posta pelo código, embora de aparência rígida, alberga pontos de convergência entre os regimes legais das duas espécies de responsabilidade, não as apartando em definitivo. Assim, dentre os artigos que regem a responsabilidade contratual, além de encontramos alguns que são igualmente aplicáveis à responsabilidade

¹⁵⁴ Josserand, Apud, DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960, vol.I, p. 293.

¹⁵⁵ No direito Romano nunca se estabeleceu a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois a Lex Aquilia apenas se aplicava quando o prejuízo havia sido causado por um fato positivo, sendo que na responsabilidade contratual, na maior parte das vezes, o prejuízo é causado por uma omissão. Tradicionalmente defendiam a unidade do sistema de responsabilização, na esteira do direito romano: Planiol, Grand Moulin e Lefèvre. De outra parte, pugnavam pela dualidade sistemática: Josserand e Jaime Gouveia. Ver mais em ¹⁵⁵ DE ALMEIDA, L.P. Responsabilidade Civil dos Advogados. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 10 *et seq.*

¹⁵⁶ Os juristas franceses em busca de uma situação jurídica mais favorável para as vítimas engendraram a responsabilidade contratual, na qual, diferentemente da responsabilidade extracontratual, já existe entre as partes vínculo jurídico preestabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. Cf. in CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2009, p.273.

¹⁵⁷ O direito lusitano revela essa tendência em seu artigo 702 do Código Civil, segundo o qual “a responsabilidade proveniente da não execução dos contratos regular-se-á pelas disposições do artigo 2.393 e seguintes; a responsabilidade de que deriva de quaisquer outras obrigações reger-se-á pelos mesmos princípios, em tudo aquilo a que estes forem aplicáveis”.

extracontratual¹⁵⁸ nos deparamos com disposições que lhe são exclusivamente aplicáveis e vice-versa.

Diante desse contexto, cumpre à doutrina ponderar as semelhanças e diferenças entre a disciplina contratual e extracontratual, na medida em que a regulamentação legal da matéria não é tão clara quanto parece.

A tradicional admissão da dualidade revelou-se em inúmeros aspectos, embora apenas alguns tenham sua autenticidade reconhecida até os dias de hoje. Assim, além de ser utilizada como critério para a distribuição do ônus probatório da culpa, também é considerada em razão da diversidade de natureza jurídica do dever violado, pois enquanto a responsabilidade contratual é ensejada a partir do descumprimento ao acordo de vontades, fundamentado na autonomia privada, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana surge da violação ao direito positivo, repousando em imposição de ordem social¹⁵⁹.

Com efeito, quanto à prova da culpa, em matéria de responsabilidade extracontratual cabe à vítima demonstrar sua existência – seja por imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano – ¹⁶⁰, enquanto que na responsabilidade contratual, de forma geral, presume-se a existência da culpa a partir do descumprimento do contrato¹⁶¹.

¹⁵⁸ Os artigos 390 e 403, situados no capítulo destinado à responsabilidade contratual são igualmente aplicáveis à responsabilidade contratual, enquanto que os artigos 944 e 946, embora topograficamente inseridos no capítulo dedicado à responsabilidade extracontratual, também abrangem os efeitos da responsabilidade contratual.

¹⁵⁹ Mário Guimarães e Souza, na mesma direção, elucida que “quando o direito violado deriva de um contrato, diz-se que há culpa contratual; quando ofende a um princípio geral de direito, há culpa extracontratual ou aquiliana”. (in SOUZA, Mário Guimarães de. O advogado, p. 355).

¹⁶⁰ Nesse sentido, dispõe o artigo 159 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹⁶¹ Vide artigo 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Vale dizer que não descartamos a existência da responsabilidade contratual de cunho objetivo, uma vez que a dualidade de regimes ensejada a partir da necessidade ou não de comprovação da culpa – ou seja, a clássica divisão entre responsabilidade objetiva e subjetiva – abarca não só a esfera aquiliana como também a seara contratual. ¹⁶¹ Vide artigos 392 e 393 do Código Civil, cuja interpretação conjunta nos permite aferir ser possível que as partes contratantes convençionem o regime objetivo de responsabilidade. Pablo Rentería simplifica a questão assinalando as diferenças entre a responsabilidade contratual objetiva e subjetiva, sem negar a existência da primeira. Senão vejamos: “Dito diversamente, a diferença fundamental entre a responsabilidade contratual subjetiva e a objetiva reside na admissão, naquela, da prova da não culpa como excludente da imputação do descumprimento da obrigação. Tratando-se, no entanto, de responsabilidade objetiva, o devedor não se exime de indenizar os danos decorrentes do descumprimento, ainda que traga a prova de que, de sua parte, tenha agido com diligência ao procurar cumprir a obrigação. Como ressalta o jurista italiano Alberto Asquini, no âmbito da responsabilidade contratual, é “somente neste sentido que se pode falar em responsabilidade objetiva”. Repita-se ainda uma vez: na responsabilidade contratual subjetiva, o devedor pode demonstrar que o descumprimento não lhe é imputável mediante (i) prova do fato específico (caso fortuito ou força maior) que tornou impossível o cumprimento da obrigação; ou (ii) prova da ausência de culpa (isto é, que agiu no caso concreto de acordo com o padrão de diligência adequado), sem que precise, neste caso, identificar o fato que causou o descumprimento. Na responsabilidade contratual objetiva, a seu turno, admite-se apenas a primeira espécie de excludente, qual seja, a prova do fato específico de força maior ou do caso fortuito que causou a impossibilidade da prestação. (RENTÉRIA, Pablo. A distinção entre obrigações de resultado e de meios no direito brasileiro, São Paulo: Editora Método, no prelo).

De outra parte, também são critérios distintivos: o termo inicial da contagem de correção monetária e de juros de mora¹⁶², as regras de competência territorial¹⁶³, a existência de cláusula penal e de cláusula de não indenizar¹⁶⁴, dentre outras.

Diante do reconhecimento da duplicidade de regimes enseja-se um novo questionamento: poderia o cliente cumular, em uma mesma demanda, pedidos atinentes à responsabilidade contratual e à extracontratual? Em outras palavras: qual gênero de responsabilidade deve regular cada caso concreto? Nesse ínterim, mais uma vez a doutrina tradicional, sobretudo a francesa, se subdividiu, criando duas correntes: a teoria da incompatibilidade e a teoria do cúmulo ou da opção.

Segundo a doutrina da incompatibilidade, por abarcarem zonas diversas, a responsabilidade extracontratual e a contratual não poderiam convergir em uma mesma situação jurídica, não podendo o lesado escolher a que melhor lhe conviria. Tampouco poderia ainda adotar em parte um regime e em parte outro, devendo o regime escolhido ser fixado de antemão pelo próprio judiciário¹⁶⁵. De outra parte, consoante a doutrina da opção, poderia o lesado se beneficiar tanto dos direitos resultantes da responsabilidade contratual como da responsabilidade extracontratual, invocando as regras que lhe fossem mais convenientes, desde que não o fizesse na mesma ação e que optasse previamente por determinado regime¹⁶⁶.

Sobre o estado atual dessa discussão, Felix Represas pondera que não é possível precisar com rigorismo técnico as divergências entre a responsabilidade contratual e a

¹⁶² Na responsabilidade contratual os juros de mora são computados desde o termo da obrigação, se esta for positiva e líquida, ou desde a data da prática do ato que o devedor se obrigou a não praticar, caso se trate de obrigação negativa, vide art.390 do Código Civil. Nos demais casos, os juros de mora são computados desde a data da interpelação do devedor, no sentido do art.397, §único do CC. Na responsabilidade extracontratual subjetiva, os juros da mora são contados a partir da data em que fora praticada a conduta lesiva (art.398 do CC). Em relação à responsabilidade extracontratual objetiva, à míngua de disposição legal específica, o mais coerente é que se computem os juros de mora a partir da data em que o devedor executou o ato de que se devia abster.

¹⁶³ Na responsabilidade contratual é competente o foro do domicílio do réu, o foro do local em que a obrigação teria de ser cumprida ou o foro de eleição. Enquanto isso, na responsabilidade extracontratual, é competente o foro do domicílio do autor ou o foro do local do fato danoso, consoante os artigos 94, caput, e 100, IV, “d”, todos do Código de Processo Civil.

¹⁶⁴ Nessa toada, válidas são as ponderações de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: “A existência da cláusula penal e da cláusula de não indenizar não deve ser erigida em elemento catalisador da distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, pela sua baixa densidade dogmática. Afinal, se é certo que dificilmente se pode conceber estas cláusulas de contenção ou de afastamento do dever de reparar na responsabilidade extracontratual, não é menos certo que se pode vislumbrar a responsabilidade contratual independente destas cláusulas sendo, esta hipótese, inclusive, comum no meio social”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual. 2005. 220 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 70-71).

¹⁶⁵ Defendem a teoria da incompatibilidade: Demogue, Raymond Salleiles, Josserand, Henri e Leon Mazeaud, Lalou e Gaba. A teoria da opção, por sua vez, era capitaneada por Marcel Planiol, Ripert, Vaz Serra e J. C . Moitinho de Almeida. Cf. in (DE ALMEIDA, L.P. Responsabilidade Civil dos Advogados. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 14-15.)

¹⁶⁶ Reforçando essa última linha de pensamento, Aguiar Dias assevera que a parte não deve ser prejudicada pelo fato de não caracterizar rigorosamente a espécie de culpa pela qual demanda o réu. Segundo o autor, é aconselhável que o juiz não prejudique o seu direito, repelindo a ação, levado exclusivamente pelo defeituoso estabelecimento da relação jurídica, pois os erros de situação do problema não podem prejudicar as partes. DIAS. José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960, vol.I, p. 165.

extracontratual, uma vez que a natureza de ambas é muito semelhante. Conclui que não há cientificamente duas responsabilidades, senão dois regimes de responsabilidade, assegurando a tendência moderna de propiciar a unificação dos mesmos¹⁶⁷.

Isso porque as diferenças não são fundamentais a ponto de atingir os princípios essenciais da responsabilidade, tanto que as condições para a sua configuração são as mesmas em ambos os regimes, quais sejam: a existência do dano, do ato antijurídico e do nexo de causalidade entre eles.

Além do mais, pode-se dizer que a culpa perseguida é da mesma espécie, de maneira que a responsabilidade contratual também é fonte de obrigações, assim como a extracontratual¹⁶⁸. Isso porque, sem a manifestação de vontade no sentido de estabelecer o vínculo obrigacional, as consequências legais do inadimplemento jamais seriam deflagradas.

Também a chamada presunção de culpa do devedor no inadimplemento, com a consequente inversão do ônus da prova a favor do credor prejudicado é, no mínimo, posta em xeque em tempos de responsabilidade objetiva, cuja aplicação dá-se indistintamente em searas contratuais e extracontratuais¹⁶⁹.

Vê-se, portanto, que as semelhanças entre os dois regimes são maiores que as diferenças, as quais, na verdade, são assessórias e relativas à normativa de regência, aos critérios de apreciação, extensão e ressarcimento, traduzidos a partir da modalidade de prova e de apuração do dano¹⁷⁰. Em suma: apresentando vantagens práticas indiscutíveis, a divisão do estudo da culpa não afeta, de nenhum modo, a unidade do conceito genérico, posto que até mesmo as diferenças clássicas perderam parte de sua autenticidade perante a Responsabilidade Civil Contemporânea¹⁷¹.

¹⁶⁷ La tendencia doctrinal mayoritaria, puesta de resalto em los pronunciamientos de jornadas y congresos científicos, há sido siempre y reiteradamente la de propiciar la unificación de los regímenes sobre responsabilidad contractual y extracontractual (...). REPRESAS. Felix Alberto Trigo. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p.85. Na doutrina francesa MAZEAUD et MAZEAUD sustentam que a responsabilidade civil deve ser estudada em plano único.

¹⁶⁸ A afirmação é de Aguiar Dias no propósito de adequar as posições mais extremistas no sentido de delinear as diferenças entre os dois regimes. Por isso, vai de encontro à proposição que sustenta que a responsabilidade contratual é matéria atinente aos efeitos, ao passo que a responsabilidade extracontratual é assunto que toca às fontes das obrigações. Cf. in DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 4ªed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960, vol.I, p. 158-159.

¹⁶⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual. 2005. 220 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p.208.

¹⁷⁰ VASSILIEFF, Sílvia. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.74-75. A autora alerta que a divisão do estudo da culpa em contratual e extracontratual apresenta grandes vantagens práticas e não afeta a unidade do conceito genérico. Caracteriza, com efeito, duas espécies que merecem estudo distinto, mas que se submetem a unidade genérica, confirmando os elementos comuns às duas formas de responsabilidade.

¹⁷¹ Para Cavalieri, a oposição à responsabilidade bipartida avulta cada vez mais a teoria que sustenta a unificação das responsabilidades delitual e contratual, traduzindo uma tendência das legislações modernas. Proclama essa teoria que a responsabilidade é sempre e necessariamente delitual e que a expressão responsabilidade contratual não passa de uma forma viciosa e errônea de linguagem, posto que os mesmos princípios que regulam a responsabilidade extracontratual regulam também a responsabilidade contratual. Cf. in CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2009, p.275. No mesmo sentido, AMÉZAGA, Juan José. *La responsabilidad por culpa, unidad genérica y diferencias específicas*. *Revista de Derecho, Jurisprudencia Administración*, t.36, p.47 e segs. Desse último, é a autoria da clássica

No mesmo sentido, conclui Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

Hoje, o princípio da reparação integral impõe seja contemplado o dano moral sofrido, independentemente da natureza do fato que lhe originou. Na essência, pouco importa se proveniente de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, se a vítima é contratante ou terceiro, se a relação é de consumo ou paritária: em qualquer situação jurídica, sob qualquer circunstância, presentes os pressupostos da configuração do dano, impõe-se a imperativa reparação¹⁷².

A diferença assinalada por Savatier, por exemplo, é que a culpa, em matéria contratual, poderia ser presumida a partir do inadimplemento, caso a prestação do devedor fosse obter um resultado determinado, conquanto, na seara extracontratual, a culpa deveria ser sempre objeto de prova. Agora, se o contrato descumprido tivesse como objeto simplesmente o desenvolvimento de uma conduta apropriada caberia, então, ao credor provar a inexistência dessa conduta. Em suma: segundo Savatier, a inversão do ônus da prova da culpa, em favor da vítima, se justifica por conta da extensão da obrigação e não em razão do caráter contratual ou extracontratual da relação¹⁷³.

Aguiar Dias tampouco aceita a doutrina que propõe a diferença entre a culpa extracontratual e contratual baseando-a na circunstância de presunção da prova tão somente em relação à primeira espécie. Assinala que a asserção não é verdadeira, pois em muitos casos não se presume a responsabilidade extracontratual e também porque a chamada presunção de culpa contratual refere-se à aplicação dos princípios gerais da prova civil, estranhos, sobretudo à doutrina da culpa¹⁷⁴.

O cerne da questão passa a ser, então, a categorização das obrigações consoante a extensão de seu objeto, o que deu ensejo à classificação entre as obrigações de meio e resultado, pioneiramente definida pela doutrina francesa na primeira metade do século XX¹⁷⁵. Sobre o tema, pondera Sérgio Cavaliéri¹⁷⁶:

O Código não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de suas responsabilidades continuaria a ser feita de

afirmação: a unidade genérica não é perturbada pelas diferenças específicas. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960, vol.I, p. 164.

¹⁷² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op.cit. nota 170, p. 211.

¹⁷³ SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile em droit français, vol. I, n.113, p.143-144. Vale assinalar que embora de prestígio, era uma posição minoritária na doutrina francesa.

¹⁷⁴ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960, vol.I, p. 163. O autor, na mesma oportunidade, rechaça outras doutrinas que assinalam as diferenças entre as duas espécies de culpa sob os seguintes argumentos: que na culpa contratual ocorrem atos e omissões, enquanto que na culpa extracontratual exige sempre atos positivos, porque a noção elementar nos informa que a omissão pode induzir responsabilidade, independente de qualquer contrato, quando o dever legal ordene a execução do ato omitido; a existência de graus de culpa na responsabilidade extracontratual, diferentemente do que sucede na responsabilidade contratual, onde tal discriminação não se admite porque “não se trata de indagar em que medida o devedor faltou à obrigação, mas em que medida se acha vinculado e que soma de diligência se comprometera a prestar”- diferença na extensão das obrigações e não diferença no critério de medir a culpa.

¹⁷⁵ A origem francesa dessa classificação pode ser explicada em razão do isolamento metodológico francês que não acompanhou a revolução conceitualista hegemonicamente definida pelos alemães no final do século XIX.

¹⁷⁶ CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2009, p.495.

acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem obrigações de meio, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigações de resultado.

Ou seja, a partir da mencionada seleção entre obrigações de meio e resultado é possível aferir a extensão da obrigação e, por via de consequência, as hipóteses em que o inadimplemento resta plenamente caracterizado. No entanto, os doutrinadores brasileiros, em calorosa polêmica, discutem a utilidade dessa classificação. É o que veremos a seguir.

2.2.2 A utilidade da classificação das obrigações de meio e resultado no Brasil.

O direito civil brasileiro mostra-se cada vez mais próximo do direito italiano, alemão e português, sobretudo, em virtude de seu apego ao rigor conceitual e sistemático e nisso se distancia do direito francês, embora não seja isento de suas influências¹⁷⁷. O método civil constitucional justamente reforça esse viés ao propor uma reanálise dos conceitos tradicionais, consoante a nova axiologia constitucional.

O direito das obrigações, nesse sentido, a despeito de ser um dos campos mais avessos às mudanças, tem revisitado o conceito tradicional que reduz unilateralmente a obrigação à concepção de sujeição da vontade do devedor, descurando, desse modo, para a questão da cooperação entre credor e devedor, na esteira do princípio da solidariedade social¹⁷⁸. Desenvolve-se, nesse sentido, o conceito de relação obrigacional complexa, também denominado de processo obrigacional, uma vez que ambas as partes, por vezes, assumem variados poderes e deveres.

Nesse influxo, vale acrescentar a perspectiva funcional, tão festejada pelo método civil constitucional, em razão da constatada insuficiência da análise estrutural das situações jurídicas subjetivas – categorias que formam as relações jurídicas e que traduzem diversos centros de interesse. Funcionalmente, pois, busca-se uma normativa que se adapte

¹⁷⁷ Diante da inexistência de um estado que organizasse a produção nacional do direito, em nações como a Itália e a Alemanha, constituiu-se um pensamento que pretendeu multiplicar os canais por onde o direito poderia ser apreciado. Consolidou-se a concepção de que o material legislado não encerra a a ideia de direito, valorizando-se formas espontâneas de organização política, que também explicitavam sua identidade por fontes que eram jurídicas. É justamente nessa linha de consolidação de um conhecimento jurídico sistemático que surge a jurisprudência dos conceitos. Diferentemente, enquanto isso, o jurista francês, diante de um estado nacional forte, se voltava, sobretudo, à análise das regras jurídicas, procurando apresentar, nesse aspecto, uma descrição fiel do direito positivo, tal como aplicado pelos tribunais. Cf. in Dicionário de Filosofia do Direito. Verbetes “Jurisprudência dos conceitos” e “Jurisprudência dos interesses”. Org. Vicente de Paulo Barreto, p. 483-491.

¹⁷⁸ Nesse sentido, conferir acerca da revolução conceitual capitaneada por Clóvis Couto e Silva no Brasil ao redefinir a obrigação como um “processo”. (COUTO E SILVA, Clóvis V. A obrigação como processo. São Paulo : Bushatsky, 1976.)

concretamente aos interesses merecedores de tutela a partir da identificação da causa contratual, ao passo que uma visão estrutural pauta-se, sobretudo, no objeto dessas relações.

Diante dessas alterações de pensamento, questiona-se também a utilidade das classificações tradicionais das obrigações, na medida em que seus critérios também se mostrem estruturais.

Os estudiosos da responsabilidade civil do advogado não ficaram imunes a essas mudanças e a multiplicidade de opiniões acerca da classificação ora sob exame reflete bem esse contexto. Didaticamente, portanto, podemos identificar três correntes de pensamento.

A primeira seria formada por aqueles autores que na esteira de classificação tradicional defendem que as atividades dos advogados são obrigações de meios e que por isso não se lhes pode imputar qualquer responsabilidade pelo insucesso da demanda¹⁷⁹. Trata-se de posição amplamente adotada pela jurisprudência, que é praticamente unânime: irrelevante é o resultado obtido, desde que o profissional tenha demonstrado diligência. Esta seria suficiente para o afastamento ou exclusão da responsabilidade¹⁸⁰.

A segunda corrente, em total contraposição à primeira aqui mencionada, critica a classificação tradicional, salientando que a prestação de serviços advocatícios assume caráter de resultado sob diversos argumentos. Para Paulo Luiz Neto Lobo, “quem procura um advogado não quer a excelência dos meios empregados por ele, mas sim o resultado, no mais alto grau de probabilidade, não se podendo, nessa toada, confundir o resultado provável com o necessariamente favorável”. Ainda segundo o autor:¹⁸¹

Destarte, é irrelevante que a obrigação de profissional liberal se classifique como de meios ou resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resultados, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação

¹⁷⁹ Nessa direção, Carlos Roberto Gonçalves afirma que “a responsabilidade do advogado se assemelha à do médico, pois não assume ele a obrigação de sair vitorioso na causa. São obrigações de meio as decorrentes do exercício da advocacia e não de resultado. Suas obrigações contratuais, de modo geral, consistem em defender as partes em juízo e dar-lhes conceitos profissionais. O que lhes cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo da melhor forma possível os interesses que esse lhe confiou. Se as obrigações de meio são executadas proficientemente, não se lhes pode imputar nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa”. (in, GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.382). No mesmo sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, vol. IV, 5 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.261 e Rui Stoco (in Grandes Temas da Atualidade, v.6. Responsabilidade Civil/ org.: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p.519).

¹⁸⁰ “As obrigações de advogado consistem em defender a parte em juízo e dar-lhe conselhos profissionais. A responsabilidade do advogado, na área litigiosa, é de uma obrigação de meio. Nesse diapasão, assemelha-se à responsabilidade do médico em geral, conforme estudamos. O advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo” (VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. IV, São Paulo: Atlas, 2005, 5ª ed., p. 244). Veja-se ainda: “A aceitação da causa não gera obrigação de resultado, porém obrigação de meios. Não pode o advogado responder pela perda da causa, uma vez que toda lide tem seu próprio destino – *lites habent sua sidera*, salvo se houver negligência do mandatário” (Caió Mário da Silva Pereira, Responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 9ª ed., p. 164). E ainda Ênio Santarelli Zuliani, Responsabilidade civil do advogado, in Revista Forense, vol. 374, jul.-ago. 2004, p. 80; Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98.

¹⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade Civil do Advogado. In Revista de Informação Legislativa a.37, n.146, abr/jun 2000, p. 182.

profissional. Tal exigência, em hipóteses estreitas, constitui o que a doutrina denomina de prova diabólica. A sobrevivência da dicotomia, por outro lado, é flagrantemente incompatível com o princípio constitucional de defesa do consumidor, alçado a condicionante de qualquer atividade econômica, em que se insere a prestação de serviços dos profissionais liberais.

Para Elias Farah, de outra parte, a responsabilidade civil do advogado sempre ensejará a inversão do ônus da prova em favor do cliente, que deverá provar tão somente o fato, o dano e o nexo causal. Na prática, segundo o autor, os efeitos são os mesmos, independentemente da teoria adotada, pois o “cliente constitui o advogado, outorgando-lhe poderes para obter resultados; não se discute quais meios serão utilizados. A finalidade ou resultado é da natureza das obrigações negociais¹⁸²”.

Na mesma direção, porém, sob argumentos diversos, pondera Flávio Galdino de Souza, para quem o advogado é o intermediário que possibilita ao cidadão o acesso à justiça, através do direito constitucional de demandar e que muitas vezes é confundido pelos processualistas com o direito de ação, sendo o primeiro de caráter perpétuo, enquanto o segundo é passível de decadência. Para o autor, sendo essa intermediação advocatícia imposta por lei, deixando o advogado de propor a ação, está, na verdade, impedindo o acesso à jurisdição, e o cliente não conseguirá que se aprecie se possui ou não razão. Isso, para o autor, seria resultado e não meio, pois

Como o advogado não é obrigado a patrocinar uma causa, é perfeitamente possível que um determinado cidadão não encontre patrono entre os profissionais de uma cidade ou comarca. Temos resultado impeditivo ao acesso à justiça. Não importa se a hipótese seja considerada remota ou absurda, o que importa é que ela é possível. É essa possibilidade que caracteriza a dependência dos cidadãos. (...) o médico não pode recusar assistência, sob pena. O advogado pode. O médico não pode recusar-se à prestação de meios para determinado resultado. Já o advogado, sob seu exclusivo critério, recusando-se à prestação de meios, não atingirá qualquer resultado. E isso é um resultado....¹⁸³

Para o mesmo autor ainda, os adeptos da teoria que defende que as obrigações dos advogados são de meios são contraditórios: se o advogado não é responsável pelo resultado adverso, contrário ao almejado, igualmente não deveria ser responsável pelo ganho da causa, pois em ambos os casos a decisão é do juiz. “Assim, se pode responsabilizá-lo pela perda, não se pode laureá-lo vitória. É o caso em que muitos vencedores diriam que a vitória não foi graças ao advogado, mas apesar do advogado¹⁸⁴”.

¹⁸² FARAH, Elias. Advocacia e responsabilidade civil do advogado. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v.7, n.13, p.181-208, jan./jun., 2004, p. 192.

¹⁸³ SOUSA, Flávio Galdino de. A responsabilidade civil do advogado. Revista Jurídica da Universidade de Franca, v.4, n.6, p.69-76, maio, 2001, p.73-74.

¹⁸⁴ Ibid., p.73-74.

De outra parte, fazendo um paralelo com as atividades empresariais, o mesmo Flávio Galdino de Souza pondera que fazer as coisas bem feitas não passa da obrigação de qualquer profissional, que deve fazer o que precisa ser feito. Em suma: o resultado da lide pode ser desfavorável ao cliente, desde que seja justo¹⁸⁵.

A terceira corrente é basicamente uma síntese das outras já mencionadas, pois admite como regra que as atividades do advogado são obrigações de meio, mas que, em certos casos, podem assumir caracteres de obrigações de resultado, na esteira do que a jurisprudência tem reconhecido em relação à atividade do médico, por excelência considerada atividade de meios, uma vez que esse profissional não pode garantir a cura do paciente, mas que em certas ocasiões é identificada como obrigação de resultado, como é o caso das cirurgias estéticas¹⁸⁶.

Arnaldo Rizzardo bem resume esse entendimento ao dizer que

Não se trata de obrigação de resultado, exceto em situações singelas, ou em intervenções e postulações que não demandam controvérsias, discussões, divergências, recursos, preponderâncias de correntes doutrinárias ou teses, dissídios na jurisprudência. Assim, quando se busca um pedido de jurisdição voluntária, nas previsões do art.1.112 do Código de Processo Civil, como emancipações, sub-rogações, alienações, etc; nas aberturas de testamento; no encaminhamento de arrolamentos; no pedido de levantamento de valores depositados em um banco, sendo os herdeiros todos maiores. Não há, em tais procedimentos, maiores dificuldades, e muito menos grandes discussões, bastando a correta formalização da petição¹⁸⁷.

Vislumbra-se, pois, a partir das múltiplas opiniões traçadas acima, que a classificação das obrigações dos advogados entre meios e resultados ainda é incipiente e nem se compara ao grau de desenvolvimento atingido pela questão em matéria de responsabilidade médica. No entanto, mais do que simplesmente classificar as atividades, é imperioso avaliar a utilidade desse procedimento científico de maneira funcional.

No tocante à utilidade dessa classificação, a doutrina tradicional brasileira basicamente reproduz a doutrina francesa sustentando sua pertinência em relação à

¹⁸⁵ No original: “Porque nos contentarmos em exercer atividade de meio se a Constituição Federal em seu art.133 nos delega uma responsabilidade de resultado? O advogado é indispensável à administração da justiça. Indispensável quer dizer absolutamente necessário para o resultado de que a justiça seja feita. Logo, sua responsabilidade para com a justiça é igualmente absoluta. Em última análise, o resultado da lide poderá ser desfavorável ao cliente desde que seja justo: não haverá nem humilhação nem responsabilidade para o advogado. Ao contrário, o resultado favorável, mas injusto ou com lesão à justiça, não será nenhum motivo de orgulho. Temos uma obrigação de resultado: a do equilíbrio social, tal bem simbolizado pela balança. Ibid., p.76.

¹⁸⁶ Como indicado acima, a decorrência lógica dessa identificação é a presunção da culpa a partir do inadimplemento da obrigação.

¹⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: lei 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense: 2005, p.347. No mesmo sentido, Paulo Nader (Cf. in NADER, Paulo. Responsabilidade Civil de juízes, promotores de justiça e advogados. In Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano III, nº5, maio de 2008, p.63-63); Justino Magno Araújo (Cf. in ARAÚJO, Justino Magno. Aspectos da responsabilidade civil do advogado. Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, v.53, n.337, p.37-52, nov., 2005, p.41-43.); Nelson Nery Junior (Cf. in Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em Revista de Direito do Consumidor 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set-dez de 1992, p.75); Simone Hegele Bolson (Cf. in BOLSON, Simone Hegele. A responsabilidade civil do advogado à luz do Código de defesa do consumidor e do Estatuto da advocacia. Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, v.32, n.1/2, p.83-106, dez., 2003, p. 101-103.)

distribuição do ônus da prova nos casos de responsabilidade por descumprimento contratual. Pablo Rentería bem resume a questão¹⁸⁸:

Em síntese, a distinção entre obrigações de meios e de resultado suscita, no direito brasileiro, interpretações semelhantes àquelas registradas no direito francês, identificando-se, tanto aqui como ali, três posições fundamentais acerca da sua relevância prática:

(i) a distinção fundamenta a distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade contratual, justificando por que, nas obrigações de meios, a não obtenção do resultado esperado pelo credor não acarreta a presunção de culpa do devedor;

(ii) a distinção governa o regime de responsabilidade civil a que se submete o devedor inadimplente, servindo para demarcar as hipóteses de responsabilidade contratual objetiva e subjetiva;

(iii) a distinção serve, tão só, para definir o conteúdo da prestação obrigacional e, conseqüentemente, para apurar, no caso concreto, se o devedor adimpliu ou não a obrigação devida.

No entanto, a posição mais moderna é de questionamento dessa utilidade, não só em relação ao caráter estrutural que ela pode assumir, na medida em que se fundamenta na análise do objeto e não da finalidade da obrigação, como também pela confusão frequentemente cometida pelos estudiosos do direito no que diz respeito aos efeitos da culpa presumida e da responsabilidade objetiva. Não é a toa que se chega a cogitar o abandono da classificação.

Incitando a atenção dos estudiosos do direito para a necessidade de se analisar funcionalmente essa classificação, pondera Gustavo Tepedino a respeito da

tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedor nos deveres de cumprir (e de facilitar o cumprimento) das obrigações. Se assim é, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor.

Conforme mencionamos acima, a doutrina tradicional defende que de maneira geral o advogado assume obrigações de meios, posto que não pode se comprometer a ganhar a demanda. Isso soa óbvio para os estudiosos do direito, na medida em que é uma noção estritamente relacionada à concepção abstrata do direito de ação. No entanto, para aqueles que contratam serviços advocatícios, talvez essa percepção não seja tão simples, talvez até por

¹⁸⁸ RENTÉRIA, Pablo. A distinção entre obrigações de resultado e de meios no direito brasileiro, São Paulo: Editora Método, no prelo, Capítulo 1.

falta de informação, a despeito do que preleciona o art.8º do Código de Ética e Disciplina dos advogados acerca do dever de informar¹⁸⁹.

Aliás, consoante já afirmado, o dever do advogado de informar devidamente ao seu cliente quanto aos riscos, caminhos e custos da demanda, é *standard* comportamental indispensável, cuja violação dá ensejo ao dever de indenizar, caso o cliente sofra algum prejuízo em razão da falta de informação. Ou seja, faz parte de uma conduta diligente e do adimplemento dos serviços advocatícios o préstimo de informações bastantes o suficiente para subsidiar o consentimento informado do cliente, sob pena de configuração do inadimplemento contratual.

Com efeito, considerando a atividade do advogado na seara contenciosa como uma obrigação de meios, a distribuição probatória tende a seguir os mesmos trâmites da responsabilidade aquiliana, cabendo, portanto, à vítima demonstrar a atuação culposa do profissional. Nesse sentido, só seria possível a inversão diante das hipóteses dispostas pelo artigo 6º, VIII do CDC, alvo de explanação do primeiro capítulo deste trabalho.

Nesse sentido, questiona-se a funcionalidade dessa dicotomia, ao se identificar a finalidade como um dos elementos ínsitos à obrigação. Isso porque quem contrata um advogado não busca a excelência dos meios empregados, mas o resultado, no grau mais alto de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado, no senso comum do cliente. Repita-se: mais provável e não necessariamente favorável.

Por conseguinte, o aspecto relacional com que devem ser encaradas as situações subjetivas merecedoras de tutela não pode ficar à mercê da parcialidade do intérprete. O caráter complexo das situações jurídicas subjetivas deve ser levado em consideração, até mesmo para justificar ou não o merecimento de tutela, bem como a atribuição de responsabilidade. Portanto, o que não pode ocorrer é que o advogado se faça valer dessa classificação – a que considera seus serviços como obrigações de meio e não de resultado – como forma de se eximir de qualquer responsabilidade, uma vez que o ônus da culpa, nessa direção, caberia ao cliente. Trata-se de um argumento que pode assumir caráter estrutural e paliativo caso encarado como regra geral, na medida em que, no caso concreto, a causa do contrato estabelecido entre o advogado e o cliente pode assumir viés de resultado.

O próprio teor normativo da culpa, difundido na esteira da responsabilidade civil contemporânea e a conseqüente aproximação entre as responsabilidades de cunho subjetivo e objetivo são fatores precursores da superação dessa dicotomia, na medida em que os deveres

¹⁸⁹ Art. 8º O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda.

do advogado podem ser identificados casuisticamente de maneira mais objetiva, tendo-se como norte *standards* comportamentais dispostos pelo próprio Código de Ética e Disciplina dos Advogados. Nesse sentido, as finalidades dos serviços advocatícios ficam mais claras e ampliam-se, por via de consequência, os próprios conceitos de resultado e adimplemento¹⁹⁰.

Ou seja, embora se reconheça também a responsabilidade contratual objetiva, na medida em que a esteira da objetivação da responsabilidade também se estendeu à seara contratual, a classificação entre as obrigações de meios e resultado não se mostra útil no propósito de aferição do regime de responsabilidade – se é subjetivo ou objetivo – na medida em que o devedor nem sempre deve responder de forma objetiva nas obrigações de resultado¹⁹¹. É preciso antes mensurar o alcance do inadimplemento diante do caso concreto, pois o devedor não deve ser responsabilizado só porque não produziu o resultado, mas, sobretudo, se tornou impossível sua obtenção.

Sobre o tema, Gisela Sampaio da Cruz preleciona¹⁹²:

Indaga-se, em sede doutrinária, como se justifica a obrigação de resultado, atribuída ao cirurgião plástico estético, em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais. Essa questão, entretanto, só cria embaraços para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva, o que, a nosso ver, se trata de um equívoco. A obrigação de resultado apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa, mas a responsabilidade não deixa, por isso, de ser subjetiva. Trata-se, isto sim, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida.

Mais uma vez, nessa direção, os valiosos esclarecimentos de Pablo Rentería¹⁹³:

Diante do exposto, pode concluir-se que a tese segundo a qual a classificação entre obrigações de meios e de resultado seria relevante para determinar o regime – subjetivo ou objetivo – de responsabilidade do devedor perdeu, na prática, a sua relevância. Nas obrigações de resultado, o devedor pode ser instado, conforme o caso, a responder subjetiva ou objetivamente pelos danos decorrentes do descumprimento, admitindo-se, na primeira hipótese, que se exima do dever de indenizar mediante prova da ausência de culpa de sua parte. (...) Tudo isto evidencia que a qualificação da obrigação como sendo de resultado não é decisiva para a determinação do regime de responsabilidade aplicável à espécie. Os exemplos do médico e do cirurgião plástico em particular demonstram que não é suficiente, para esse propósito, qualificar a

¹⁹⁰ Essa linha de pensamento, conforme mencionamos anteriormente, encontra-se em maior sintonia com a tendência mais atual do direito das obrigações, de acordo com a qual prima-se pela relação de cooperação entre credor e devedor, a fim de que ambos persigam o adimplemento da obrigação. Nesse cenário, o papel do princípio da boa-fé objetiva, além de servir como um critério de valoração do comportamento das partes, é orientar o desempenho do devedor na execução da obrigação, de modo que o simples descumprimento não poderia acarretar a sua responsabilidade sem que se procedesse ao exame *in concreto* da sua conduta, especialmente na presença de fatores supervenientes que tenham tornado a execução da prestação excessivamente onerosa.

¹⁹¹ “Dito diversamente, a diferença fundamental entre a responsabilidade contratual subjetiva e a objetiva reside na admissão, naquela, da prova da não culpa como excludente da imputação do descumprimento da obrigação. Tratando-se, no entanto, de responsabilidade objetiva, o devedor não se exime de indenizar os danos decorrentes do descumprimento, ainda que traga a prova de que, de sua parte, tenha agido com diligência ao procurar cumprir a obrigação. Como ressalta o jurista italiano Alberto Asquini, no âmbito da responsabilidade contratual, é “somente neste sentido que se pode falar em responsabilidade objetiva”. Cf. RENTÉRIA, Pablo. A distinção entre obrigações de resultado e de meios no direito brasileiro, São Paulo: Editora Método, no prelo Capítulo 3, nota de rodapé 23.

¹⁹² DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional./ Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177.

¹⁹³ RENTÉRIA, Pablo. A distinção entre obrigações de resultado e de meios no direito brasileiro, São Paulo: Editora Método, no prelo, Capítulo 3, nota de rodapé 40.

obrigação como sendo de resultado ou de meios, revelando-se prioritário atender, caso exista, à específica regulamentação da atividade desenvolvida pelo devedor.

Por outro lado, a utilidade da classificação no propósito de distribuição do ônus da prova também se mostra comprometida, uma vez que com o advento do Código de Defesa do Consumidor o argumento de que, nas obrigações de meio, o ônus da prova do inadimplemento deve ser sempre atribuído ao credor restou superado com o reconhecimento da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme já debatido no primeiro capítulo.

Em suma: a utilidade da classificação, embora menor do que antes parecia ser, permanece, portanto, somente no intuito de promover a caracterização do inadimplemento, variável conforme a natureza obrigacional¹⁹⁴. Essa aferição, no entanto, deve estar em sintonia com a causa do contrato, ou seja, com a finalidade a partir da qual a obrigação foi estabelecida, devendo ser ultrapassada a análise sumária desse vínculo, somente a partir de seu objeto-conteúdo.

Isso porque deve-se ter em mente que toda relação obrigacional alberga um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social. É óbvio, no entanto, que nem sempre esse resultado seja compreendido no vínculo como elemento da prestação, assumindo o caráter de “causa no sentido teleológico”¹⁹⁵.

Assim, embora reduzida a sua importância, a classificação entre as obrigações de meio e resultado, combinada como o exame da causa do contrato e da natureza obrigacional, permite que se chegue a uma conclusão mais adequada acerca do alcance do inadimplemento, ajudando, nesse sentido, na aferição ou não da responsabilidade civil do profissional.

Nessa toada, vale também avaliar a tradicional classificação entre os regimes de responsabilidade objetiva e subjetiva de acordo com as alterações sofridas pela teoria geral da responsabilidade civil contemporânea.

¹⁹⁴ Esta é, aliás, a utilidade que se lhe reconhece atualmente no direito francês (como visto no primeiro capítulo) e no direito italiano, conforme assinala o professor de Roma Guido Alpa: “Nella nostra dot-trina e giurisprudenza la distinzione esprime piuttosto un criterio di classificazione delle prestazioni. Tale distinzione non rileva ai fini dell’applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale ma ai fini dell’identificazione della prestazione dovuta” (Tratato de diritto civile, cit., p. 72). V. também Alberto Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, cit., p. 480.

¹⁹⁵ A expressão é de Fábio Konder Comparato. Obrigações de meio, resultado e de garantia. Revista dos Tribunais, vol.386, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 56, Dez./1967. p.31.

2.2.3 A aproximação entre os regimes de responsabilidade objetiva e subjetiva: a revisão dos elementos tradicionais.

Conforme já afirmado no presente trabalho, a responsabilidade civil dos advogados, por disposição legal, possui caráter subjetivo, a despeito das dúvidas existentes quanto à atuação das sociedades de advogados, consoante veremos em tópico apartado. Portanto, para a sua configuração, faz-se mister a identificação de três elementos tradicionais: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Trata-se, portanto, de uma exceção estabelecida no bojo do próprio sistema de defesa do consumidor, onde o caráter objetivo da responsabilidade civil resta estabelecido como regra geral, de forma que a prova da culpa resta desnecessária.

Nesse ínterim, a responsabilidade civil do advogado, ao contemplar a responsabilidade subjetiva, caminhou em sentido diverso da evolução da teoria geral da responsabilidade civil, que procurou facilitar o acesso concreto das vítimas à reparação, numa tentativa de superação das dificuldades de comprovação da culpa - de conotação eminentemente moral, por influência, sobretudo, do direito canônico - adotando, para tanto, expedientes diversos: admissão facilitada da existência de culpa a partir da aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de hipóteses de culpa presumida; a adoção da teoria do risco¹⁹⁶; a inversão do ônus da prova.

Dessa maneira, consagrou-se também na seara da responsabilidade civil a nova axiologia constitucional, que atenta aos ditames da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, revelou uma mudança de eixo substancial: a preocupação maior com a injustiça do dano do que com a conduta geradora, evoluindo-se, desta feita, da idéia da dívida da responsabilidade para a idéia do crédito da indenização¹⁹⁷.

É certo que todos os mecanismos supramencionados contribuíram para o processo de objetivação da responsabilidade civil na medida em que evitavam à vítima passar pelo tormentoso procedimento de prova da culpa do agente. No entanto, de todos eles, o que influenciou sobremaneira esse caminho foi a teoria do risco.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva foi adotada de forma expressa através da Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº2.681/12), do

¹⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. 22 edição. Rio de Janeiro: RTDC, 2005, p.17.

¹⁹⁷ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. O dano pessoal na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.100.

Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº7.565/86) e da Lei de Atividades Nucleares (Lei nº 6.453/77), embora o Código Civil, de 1916, revelasse em seu artigo 1.529 uma hipótese de responsabilidade sem culpa¹⁹⁸.

Já no Código Civil de 2002, a cláusula geral da responsabilidade objetiva foi disposta a partir do parágrafo único do art.927¹⁹⁹, ponto de partida de inúmeras discussões doutrinárias, referentes, sobretudo, à especificação das atividades por ele abarcadas, uma vez que, atualmente, qualquer atividade humana importa, em alguma medida, em risco aos direitos alheios²⁰⁰. Sobre a teoria do risco e sua evolução em nosso ordenamento jurídico, valiosas são as ponderações de Anderson Schreiber²⁰¹:

A unanimidade inicial em torno da teoria do risco veio, progressivamente, dar lugar a discussões mais sofisticadas, com diversos desdobramentos que incluem a teoria do risco-proveito, a teoria do risco-criado, a teoria do risco de empresa, a teoria do risco integral, a teoria do risco mitigado e assim por diante. Todas estas teorias têm como ponto comum a proposição de uma responsabilidade independente de culpa, de tal modo que, mais recentemente, chegou-se mesmo a advertir que a teoria do risco “talvez se resume, no fundo, a uma proposição puramente negativa: ser responsável por risco é o mesmo que não se tenha incorrido em culpa”.

Portanto, atualmente, o significado da responsabilidade objetiva fundamenta-se mais na inexistência de culpa do que propriamente na existência do risco. Paralelamente ao processo de objetivação da responsabilidade, a doutrina procurou também revisar o conceito de culpa em razão da insuficiente concepção moral ou psicológica, ante seu subjetivismo.

Passou-se a falar, por conseguinte, em culpa normativa, conceito baseado em parâmetros abstratos de comportamento e não em aspectos subjetivos como capacidades ou intenções da vítima ou do agente. Em momento posterior, o caráter abstrato do conceito alcançou sentido mais específico tendo em vista as previsões de *standards* comportamentais – verdadeiros modelos de conduta –, evitando que o preenchimento do conteúdo das “diligências necessárias do homem médio” ficasse à mercê das convicções pessoais de cada magistrado²⁰².

¹⁹⁸ Art. 1.529 - Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

¹⁹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁰⁰ Cf. in SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.21 et seq. Concordamos com o autor, para quem, nesse ínterim, a conclusão mais razoável “parecer ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirigiu-se, simplesmente, às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos, seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo. Irrelevante, pois, para a incidência do dispositivo, que a atividade de risco se organize ou não sob a forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável”.

²⁰¹ Ibid., p.27.

²⁰² Sob tal apreciação a culpa passou a ser entendida como “o erro de conduta”, apreciado não em concreto, com base nas condições e capacidades do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com o modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos

O agente, assim, passa a ser punido não porque agiu imoralmente ou com culpa, mas por não ter empregado a diligência social média, ou o parâmetro comportamental exigível diante daquela experiência concreta. Nessa direção, não podemos deixar de mencionar que o método de aferição em abstrato da culpa exige a utilização do parâmetro do *bonus pater familias*, também conhecido como *reasonable man*, que não permaneceu imune às críticas severas, sobretudo em relação à transposição impensada de um modelo estrangeiro a uma realidade marcada pela desigualdade social e concentração de renda.

A questão, por sua vez, resta atenuada a partir da adoção, pelos Tribunais, de modelos fragmentados de conduta que se fundamentam não em características individuais do sujeito, mas em circunstâncias e em especificidades das situações concretamente vividas, bem como na formação socioeconômica do agente. Sobre o assunto, mais uma vez a lição de Anderson Schreiber²⁰³:

Na construção de tais modelos, as cortes não se têm baseado tão somente na consciência judicial, mas se socorrido, saudavelmente, de parâmetros externos. Mesmo fora do âmbito daqueles casos que tradicionalmente exigem perícia (como os relacionados a erro médico), os magistrados têm buscado recursos na sociedade para a formação dos *standards* de conduta, valendo-se, por exemplo, de diretrizes emitidas por associações de profissionais, de códigos de conduta especializados mesmo desprovidos de valor normativo, de oitiva de assistentes judiciais especializados. (...) Assim, os tribunais passam a recorrer a assistência de órgãos, entidades e técnicos periciais que tenham conhecimento específico sobre o tipo de comportamento que se avalia. (...) A prova da culpa, passando a contar com parâmetros mais específicos de aferição, afasta-se, por certo, do método abstrato singular que resultava em um juízo individual do magistrado. O método da verificação da culpa perde, então, em abstração e generalidade, mas ganha em objetividade, estimulando o efeito dissuasivo, sem as deficiências de um *standard* unívoco, que, correspondendo simplesmente à moralidade judiciária, acaba por projetar um homem médio desconhecido para a média dos homens.

Vê-se, portanto, que dois processos de objetivação ocorreram em paralelo: a objetivação da responsabilidade civil de maneira global e a objetivação do próprio conceito de culpa. Cada um desses acontecimentos, a sua maneira, contribuiu para a expansão do número de demandas acolhidas pelos tribunais, num silogismo proporcional ao aumento paulatino do número de interesses tuteláveis.

A crescente proposição de demandas de cunho indenizatório, no entanto, não foi acompanhada da elevação do custo global do sistema de responsabilidade civil, na medida em que o *quantum debeat* fixado não é necessariamente alto em todas as demandas. Aliás, a responsabilidade e a culpa, em sua própria objetivação, são variáveis inversamente

aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão culpa objetiva, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar a tal concepção a denominação de culpa normativa, por fundar-se em juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento. Seja qual for a terminologia empregada, a ideia da culpa como desnível de conduta, aferido em abstrato, afigura-se, hoje, como a mais amplamente aceita na maior parte dos ordenamentos jurídicos. (SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.33-34).

²⁰³ Ibid p.40-41.

proporcionais à fixação de um alto patamar indenizatório, porque desvinculados de intuítos punitivos ou moralizantes, que tradicionalmente vinculavam-se à ideia de culpa. “Em outras palavras, se, por um lado, a responsabilidade objetiva dá ensejo a um maior número de reparações, em geral, as mantém em valor indenizatório mais reduzido”²⁰⁴.

Observa-se, portanto, que a utilização da culpa em sentido normativo implica a restrição do conceito de ilicitude ao seu elemento objetivo – antijuridicidade – de modo que seu elemento subjetivo fica um pouco esquecido. Aliás, bem mais do que a absorção da responsabilidade subjetiva, a doutrina já fala na perda da nitidez entre as responsabilidades de cunho objetivo e subjetivo em virtude da reunificação entre a antijuridicidade e o dano. Com efeito, o resgate da análise da antijuridicidade junto ao próprio dano faz com que a avaliação da conduta do ofensor passe de elemento fundamental a componente dispensável da responsabilização²⁰⁵.

Essa perda de nitidez entre as duas responsabilidades faz com que toda a discussão doutrinária em torno da divergência perca um pouco o sentido. No que concerne à atividade do advogado, ultrapassadas as questões relativas à atuação das sociedades (trabalhadas no tópico seguinte), vê-se que a responsabilidade subjetiva pode ser perfeitamente aferida a partir do conceito normativo de culpa, na medida em que não é difícil erigir *standards* comportamentais de caráter objetivo. Aliás, o próprio Estatuto da OAB, bem como o Código de Ética e Disciplina, juntamente com os tribunais de ética dispostos por cada seccional da instituição, se encarregam dessa tarefa.

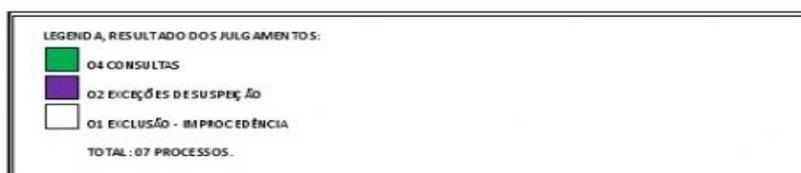
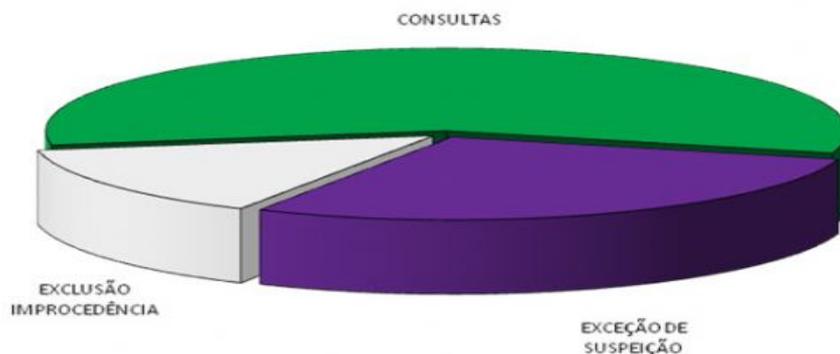
Nesse sentido, o próprio magistrado que eventualmente venha a julgar a demanda indenizatória proposta em face do causídico possui subsídios/conhecimentos suficientes para aferir se o advogado agiu ou não dentro dos padrões comportamentais exigíveis diante daquele tipo de demanda/serviço. No caso de dúvida, pode o juiz consultar diretamente a seccional local da OAB. A prática é comum e inclusive o que se depreende do gráfico a seguir, de acordo com o qual o Pleno do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/ES realiza consultas, na maior parte das vezes em que é acionado²⁰⁶.

²⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 200., p210.

²⁰⁵ De fato, a doutrina comparatista tem constatado extraordinária semelhança entre as soluções alcançadas em diferentes ordenamentos, com a aplicação ora de responsabilidade subjetiva, ora de responsabilidade objetiva. Acidentes de trânsito, por exemplo, embora submetidos a regime de responsabilidade objetiva na Alemanha e na França, recebem, jurisprudencialmente, a mesma espécie de solução que lhes é reservada na Inglaterra, sob as antigas *rules of negligence*. E, mesmo no Brasil, onde a matéria era tradicionalmente regida pela responsabilidade subjetiva, as cortes já recorriam a expedientes bastante objetivistas, como a presunção, tomada em sentido quase absoluto, de responsabilidade do motorista que atinge a parte traseira do automóvel alheio. (Ibid, p210.)

²⁰⁶ Gráfico retirado do site da OAB/ES (http://www.oabes.org.br/detalhe_grafico.asp?id=6) em 05.01.2011, referente, portanto, ao ano de 2010.

GRÁFICO DOS PROCESSOS JULGADOS PELO TRIBUNAL PLENO



Vê-se, pois, que a despeito de ainda predominar a noção subjetiva de responsabilidade no âmbito de atuação de profissionais liberais, ainda assim, as alterações ocorridas no bojo da teoria geral da responsabilidade civil a alcançam. Dessa forma, a responsabilidade civil do advogado, além de ser influenciada pela objetivação do conceito de culpa, também sofre as conseqüências de facilitação da prova da mesma, uma vez que por ser alvo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, também é passível da aplicabilidade do instituto de inversão do ônus da prova.

Com efeito, a culpa perde parte de seu poder de filtragem na reparação dos danos, o que, além de despertar o temor de uma expansão descontrolada do dano ressarcível, faz lançar sobre o nexos causal, outro filtro tradicional da reparação, todas as atenções²⁰⁷.

No entanto, a própria noção de nexos causal também tem se apresentado de maneira um tanto quanto flexível. Isso porque as próprias cortes nacionais não demonstram possuir uniformidade técnica e científica na medida em que, diante da miríade de opiniões, ora acolhem uma, ora outra teoria acerca da causalidade. Chega-se, portanto, à conclusão de que mais vale o resultado a ser alcançado do que o caminho traçado para tanto, de modo que a identificação do nexos causal passa a estar à mercê da discricionariedade do intérprete, que se

²⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p238.

orienta, na verdade, não pela dogmática, mas pelo resultado concreto que lhe parece mais justo²⁰⁸.

Na verdade, mais uma vez defendemos que a responsabilidade civil do causídico deve ser aferida diante do caso concreto, oportunidade em que os interesses merecedores de tutela – tanto da vítima quanto do ofensor – poderão ser ponderados. “Sob essa ótica, o dano deixa de ser visto como lesão a um interesse tutelado em abstrato, passando a consistir em um componente relacional, que emerge da análise comparativa com o interesse lesivo”²⁰⁹.

Diante do exposto, vislumbra-se que os elementos tradicionais da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta culposa, o nexa causal e o dano, sob o viés contemporâneo, devem ser identificados respeitando as vicissitudes sofridas pela teoria geral. A culpa do advogado, portanto, adquire caráter normativo e deve ser configurada de acordo com os padrões comportamentais dispostos pela legislação específica que regulamenta a atividade desse profissional, bem como pela jurisprudência.

Por via de consequência, em razão da flexibilização dos filtros tradicionais – culpa e nexa causal – devem recair sobre o dano e sobre a seleção dos interesses merecedores de tutela diante do caso concreto as atenções direcionadas pelo Poder Judiciário²¹⁰.

Vale mencionar, no entanto, que no caso da responsabilidade civil do advogado, a simples análise sobre o eventual prejuízo suportado pelo cliente e sobre a conduta levada a cabo pelo causídico, que, conforme já afirmado, deve ser comparada com os padrões comportamentais atinentes ao exercício da profissão, mostram-se suficientes.

De outra parte, caso a atuação do advogado seja considerada merecedora de tutela é porque sua conduta não foi ao encontro dos padrões estabelecidos, de maneira que a necessidade de ponderação entre os interesses do causídico e do cliente, em demanda indenizatória de responsabilidade civil subjetiva, é de ocorrência difícil, embora não impossível. Os padrões objetivos de conduta dificultam, portanto, que as condutas perpetradas pelos causídicos permaneçam no limbo entre as situações adequadas ou não.

Não estamos dizendo que é dispensável a ponderação entre os interesses merecedores de tutela, até porque se trata de premissa indispensável na seara civil-constitucional. O que pretendemos deixar claro é que a ponderação, em tais casos, deve ocorrer de maneira mais

²⁰⁸ Sobre a aplicabilidade do nexa de causalidade em nosso ordenamento, brilhante o trabalho de MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: 2010, Editora GZ.

²⁰⁹ *Op.cit.*, nota 209, p241.

²¹⁰ Mais uma vez o método subsuntivo mostra-se inadequado no tocante à verificação do dano, na medida em que a expansão dos interesses tuteláveis pelo ordenamento, no novo cenário constitucional, tornam a qualificação estática do interesse prevalente no caso concreto mais difícil.

assente no tocante à distribuição do ônus da prova da culpa, conforme já explicitado no primeiro capítulo.

Nada disso, no entanto, esconde a importância de verificação das situações de conflito mais frequentes, tanto para a identificação dos interesses mercedores de tutela quanto para a criação de critérios de solução. De outra parte, faz-se mister a identificação de mecanismos de desestímulos às demandas meramente mercenárias que tanto assolam a justiça nacional.

Nesse cenário, estabelecidas as premissas teóricas desse tema tão controverso, dois caminhos ainda restam a ser percorridos: primeiramente, trabalharemos em cima de três hipóteses mais frequentes de responsabilização civil de advogados, de modo a traçar uma análise funcional e a fornecer critérios de solução; em segundo momento, de acordo com as novas tendências da responsabilidade civil contemporânea, trataremos da importância do desenvolvimento dos meios não pecuniários de reparação, momento oportuno para falarmos da prevenção e da precaução de danos e dos seguros de responsabilidade civil no âmbito da atividade profissional.

Antes disso, contudo, faz-se mister desenvolver o estudo da responsabilidade civil no âmbito das sociedades de advogados, sob pena de o presente estudo ficar restrito à seara de atuação dos advogados autônomos, cada vez mais raros no mercado atual, marcadamente preenchido pela atuação das sociedades.

2.3 Responsabilidade civil das sociedades de advogados

Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu respectivo regulamento e pelo Código de Ética e Disciplina, no que couber²¹¹. Para seu regular funcionamento faz-se mister o registro da sociedade junto ao Conselho Seccional em cuja base territorial tiver sede, momento a partir do qual adquire personalidade jurídica.

Nesse ínterim, vale mencionar que não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar²¹². Com efeito,

²¹¹ Vide artigo 15 da lei 8.906/94.

²¹² Vide art.16 do Estatuto da OAB.

é proibido o registro nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.

Mesmo fazendo parte de uma sociedade, a atuação dos advogados é individual, devendo as procurações ser outorgadas de forma particular ao profissional que patrocina a causa, devendo fazer menção à sociedade da qual faz parte. Isso porque se trata de uma sociedade *sui generis* e nos dizeres de Paulo Luiz Neto Lôbo ²¹³:

É entidade coletiva de organização, meios e racionalização para permitir a atividade associativa de profissionais, que distribuem, compartilham tarefas, receitas e despesas, quando atingem um nível de complexidade que ultrapassa a atuação individual. (...) Característica marcante dessas sociedades é sua finalidade exclusiva. Seus fins únicos são as atividades de advocacia, não podendo incluir qualquer outra atividade, lucrativa ou não...

A responsabilidade civil dos profissionais que fazem parte dessas sociedades recebe tratamento legal diferenciado, assim como acontece em relação aos advogados empregados. Nesse sentido, dispõe o art. 17 do Estatuto da OAB, *in verbis*: *Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.*

A despeito de existir disposição legal específica, o tema da responsabilidade civil das sociedades de advogados adquire caráter complexo tendo em vista as diversas modificações que marcaram a sociedade e o mercado de trabalho, sendo as associações de profissionais uma alternativa rentável no novo cenário social e trabalhista, embora muitas vezes ilusória e criticada²¹⁴.

Na esteira da evolução e do volume cada vez maior de demandas, surgem as pedras no caminho: reclamações de clientes que a despeito da confiança que a relação com o advogado requer, ora são atendidos por um, ora por outro profissional, quando na verdade foram atraídos pelo nome daqueles que identificam a sociedade; a dificuldade de gerir uma gama diversa de profissionais com interesses nem sempre comuns; a utilização demasiada de estagiários que muitas vezes são vistos como mão de obra barata e que por vezes são responsabilizados por atividades para as quais nem sempre estão preparados; e, por via de consequência, o aumento de erros e danos causados aos clientes²¹⁵.

Em razão disso e da necessidade de proteção do consumidor de serviços é que surgem as inúmeras divergências doutrinárias quanto ao tipo de responsabilidade atribuído às

²¹³ Paulo Luiz Neto Lôbo. Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB. Brasília, Editora Brasília jurídica, 1994, p.107.

²¹⁴ Nesse sentido, CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Responsabilidade civil do advogado. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1953, 5 nov. 2008, P.71. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11927>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

²¹⁵ Nesse sentido, Ibid., p.72. .

sociedades de advogados. Discute-se, portanto, se a responsabilidade dos sócios é subsidiária ou solidária em relação à responsabilidade da sociedade, bem como se a responsabilidade da sociedade é objetiva ou subjetiva.

Parte da doutrina acredita que os advogados participantes de tais sociedades não conservam a responsabilidade individual, passando a sociedade a responder solidária e objetivamente pelos erros perpetrados por seus advogados, podendo, posteriormente, exercer o direito de regresso face ao profissional culpado, na forma do art.17 do EAOAB²¹⁶.

Rui Stocco, nesse mesmo sentido, defende que a responsabilidade será sempre da sociedade de advogados, pois foi esta quem celebrou o contrato de prestação de serviços, salvo se o advogado tiver subscrito pessoalmente o contrato e no instrumento procuratório conste apenas o seu nome. Subsidiariamente responderá o advogado encarregado da causa. No entanto, para o referido autor, não se trata de responsabilidade solidária entre a sociedade e o advogado²¹⁷:

Não se trata, portanto, de responsabilidade solidária entre a sociedade e o advogado. Nesta todos os devedores são considerados principais e respondem integralmente pela dívida, de sorte que o credor pode exigir o pagamento integral de qualquer um deles. O que pagar terá direito de reclamar dos demais o que ultrapassou sua parte. Na responsabilidade subsidiária, há um responsável principal e outro secundário. Somente após frustrada a possibilidade de obter o ressarcimento do responsável principal é que se poderá reclamar a satisfação da dívida do responsável subsidiário.

Outra corrente, no entanto, acredita que o mencionado dispositivo legal não deixou claro se a responsabilidade da sociedade é subsidiária ou solidária e partindo da máxima de que a solidariedade não se presume²¹⁸, defende outra solução²¹⁹:

²¹⁶ Nesse sentido, Paulo Luiz Neto Lôbo considera que é solidária e ilimitada a responsabilidade de cada um dos sócios de uma sociedade de advogados, pelos danos que cada sócio ou advogado empregado causarem, individualmente, aos clientes, bem como pelos danos que a sociedade, coletivamente falando, causar aos clientes, independentemente do capital individual integralizado por cada sócio. Os bens individuais de cada um dos sócios respondem pela totalidade dessas obrigações. (LÔBO, Paulo Luiz Neto. Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB. Brasília, Editora Brasília jurídica, 1994, p.80). Da mesma forma posiciona-se: SEBASTIÃO, Jurandir. A responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova. Revista jurídica, São Paulo, v.55, n.351, p.21-42, jan., 2007 às páginas 47-48.

²¹⁷ STOCCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. Responsabilidade Civil(Grandes Temas da atualidade, v.6). Coord. Eduardo de Oliveira Leite ,Álvaro Augusto Cestari e outros. Rio de Janeiro: Forense,2006, p. 536.

²¹⁸ Vide artigo 265 do Código Civil, segundo o qual: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Na mesma direção: ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. Revista Forense, Ano 100, Julho-Agosto de 2004, Vol.374, p.100-101; FARAH, Elias. Advocacia e responsabilidade civil do advogado. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v.7, n.13, p.181-208, jan./jun., 2004, p. 189-190; ARAÚJO, Justino Magno. Aspectos da responsabilidade civil do advogado. Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, v.53, n.337, p.47-48, nov., 2005;

²¹⁹ Dias, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: Ltr, 1999, p.40. Para o autor há situações, como a não interposição do recurso cabível pela perda do prazo após a publicação no diário do Poder Judiciário, em que a responsabilidade perante o cliente pode ser atribuída não só a um,mas a todos os advogados integrantes da sociedade, a quem foi outorgada a procuração e em nome de quem foi realizada a publicação, pois competia a cada um deles, individualmente, zelar pela prática do ato, ou seja, pela interposição do recurso, não podendo o cliente saber identificar se, dentro da divisão do trabalho no âmbito da sociedade, foi esse ou aquele advogado que ficou com a atribuição de praticar o ato e omitiu-se. Existem, porém, outras situações em que o ato causador do dano foi praticado por apenas um dos advogados, perfeitamente identificável pelo cliente, circunstância em que não está claro, pelo disposto no artigo 17 do Estatuto, se os demais sócios integrantes da sociedade respondem solidariamente com seu patrimônio pessoal. Pensamos que,

Há sociedades de advogados em que todos trabalham juntos em todos os casos, mesmo que somente um dos profissionais tenha feito o ajuste. Existem outras sociedades que se constituem apenas para divisão de despesas, pois os advogados trabalham separadamente, cada um cuidando dos casos de seus próprios clientes. Nas primeiras, consideramos que a relação contratual com o cliente envolve todos os advogados que figuram no instrumento de mandato. Nas últimas, em não havendo contrato escrito, a presunção – que admite prova em contrário – é de que todos aqueles que integram o instrumento de mandato também fazem parte da relação contratual.

Discute-se, ainda, se a responsabilidade da sociedade é de tipo subjetivo ou objetivo, ou seja, se estaria ou não abarcada pela exceção disposta pelo §4º do art.14 do CDC, por não ser ela, propriamente, um profissional liberal. Ênio Santarelli Zulliani, por exemplo, entende que a responsabilidade das sociedades, diferentemente do profissional autônomo, é objetiva²²⁰:

Quando o serviço é prestado por sociedades de advogados, a responsabilidade deixa de ser subjetiva (dependente de culpa) e regula-se pela objetiva, ou seja, independente da prova de culpa. Evidente que não se outorga a procuração a uma sociedade de advogados; contudo, mesmo se emitindo mandato para determinados sócios, a sociedade de advogados responderá de forma objetiva e, depois, passará a exercer o direito de regresso em face do profissional culpado. No caso de o dano ser provocado por advogado empregado de uma empresa, a sociedade empregadora responderá e, da mesma forma, poderá exercer o direito de regresso ao culpado.

Com a devida vênia, não comungamos desse entendimento, pois a nosso ver a responsabilidade continua sendo subjetiva em quaisquer dos casos. Caso não se evidencie a culpa na atuação do advogado-sócio, empregado ou coligado, a demanda ressarcitória via responsabilidade civil deve ser julgada improcedente. Isso porque se trata de uma sociedade de pessoas e de finalidades profissionais, de modo que a atividade da sociedade se confunde com a atividade do profissional. Tanto é verdade, que tal entidade não assume responsabilidade obrigacional distinta da pessoa de seus membros, condição essa *sine qua non* da pessoa jurídica regular. Não há, por via de consequência, separação patrimonial na sociedade de advogados para efeito de proteção dos sócios contra execuções por dívidas das sociedades.

Nessa direção, nos reservam os ensinamentos de Antonio Lindenberg C. Montenegro²²¹:

A prestação de serviço pelo profissional liberal acha-se tão intimamente ligada à sua responsabilidade pessoal (= pela culpa), que absurdo seria firmar princípios diversos para ele e para a pessoa jurídica que o tenha empregado. Na ocasião em que for declarada a responsabilidade da empresa, forçosamente aparecerá o nome do profissional que atuou no caso concreto, como inábil para atividade exercida. Daí a necessidade de demonstrar-se sua

neste casos, a responsabilidade é apenas do advogado causador do prejuízo, a não ser que a solidariedade esteja prevista em contrato, exatamente porque ela não decorre de lei.

²²⁰ ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. Revista Forense, Ano 100, Julho-Agosto de 2004, Vol.374, p.100.

²²¹ MONTENEGRO, Antonio Linderbergh C.. Ressarcimento de danos. São Paulo:Editora Lumen Iuris, 5ªed., 1998, p. 397/398.

culpa, seja quando ele exerce o serviço individualmente, seja quando o faz como empregado ou preposto de uma determinada empresa.

Diante do exposto, pode-se dizer que a posição que nos parece mais adequada é aquela que se fundamenta na responsabilidade subjetiva da sociedade, na medida em que defender a responsabilidade objetiva dessas pessoas jurídicas implicaria a derrogação tácita do disposto no art.32 do EAOAB e no art.14, §4º do CDC, que atribuem ao advogado responsabilidade subjetiva.

De outra parte, a despeito das opiniões supracitadas, com a devida vênia, entendemos que o art.17 do EAOAB estabeleceu como regra a responsabilidade subsidiária dos sócios, de maneira que estes podem ser chamados a responder a partir de ação regressiva proposta pela sociedade, ou diretamente pela vítima do prejuízo, quando a demanda em face da sociedade não tiver sido exitosa. Isso porque a *ratio* da regra é justamente a proteção do consumidor, uma vez que o caráter *intuito personae* da relação advogado-cliente muitas vezes se perde no tocante às grandes sociedades de advogados. Assim, ainda que se estabeleça uma relação de confiança e pessoalidade entre o sócio responsável pela demanda concreta e o cliente a responsabilidade primária é da sociedade, de maneira a conferir, simultaneamente, estabilidade e confiança ao profissional e ao cliente.

Nesse sentido, preleciona Gladson Mamede²²²:

Por expressa disposição legal, as sociedades de advogados não se beneficiam da figura jurídica de limitação da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual) dos sócios ao valor das cotas sociais não integralizadas. Pelo contrário, caracterizando uma importante distinção no direito de constituição societária, aos advogados apenas se permite a adoção de forma social que respeite o art.17 do EAOAB, segundo o qual, para além da responsabilidade da própria sociedade em relação aos danos que venham a sofrer seus clientes, fruto de ação ou omissão no exercício da advocacia, são também seus sócios responsáveis, ainda que de forma subsidiária, mas sem limite de comprometimento de seu patrimônio pessoal e, em acréscimo, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer agente lesionador ou sócio responsável.

Vê-se que a determinação de não haver sociedade de advogados de responsabilidade limitada justifica-se pela própria natureza jurídica dos serviços por ela prestados. Isso porque a reunião de advogados pressupõe a existência de confiança e afinidade entre os profissionais, de maneira que se faz mister uma vigília comum sobre a qualidade dos trabalhos dos sócios, garantindo que os clientes, que são da sociedade, não sejam lesados.

Mas, o profissional que faz parte de sociedade de advogados pode, desde que seu estatuto permita, estabelecer contrato pessoal com determinado cliente que lhe outorga poderes exclusivos, respondendo, então, em tais casos, de forma pessoal e direta perante o

²²² MAMEDE, Gladson. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 2ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 157.

cliente. Em tais casos, a sociedade não pode ser demandada a responder nem de forma subsidiária. Porém, a aparência deve ser respeitada: se das circunstâncias concretas e do conjunto probatório afere-se que o cliente de boa-fé acreditava contratar com a sociedade, seja a partir da utilização de papéis timbrados da pessoa jurídica, de atendimento junto à sede social, ou dos telefones de contato informados, aplicar-se-á a regra geral, em nome da proteção do consumidor.

Em suma: a despeito de merecer tratamento legal diferenciado e das nuances que apresenta, a responsabilidade civil das sociedades de advogado em muito se aproxima da responsabilidade dos autônomos, na medida em que sua essência continua sendo subjetiva e que dá ensejo, na maior parte dos casos, às ações regressivas. No entanto, é um tema que merece ser enfrentado de forma mais assente tendo em vista que hodiernamente são cada vez mais raros os profissionais que atuam de forma autônoma.

Adiante, conforme já mencionado no último tópico, trabalharemos em cima de três hipóteses frequentes de responsabilização de advogados, bem como com a questão da utilização dos seguros de responsabilidade civil pelos profissionais liberais.

3 HIPÓTESES FREQUENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO E NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos dois primeiros capítulos deste trabalho estabelecemos as premissas teóricas necessárias, dentro do âmbito da responsabilidade civil contemporânea, acerca dos elementos indispensáveis para a aferição da responsabilidade civil do advogado. Ultrapassada essa etapa, chegamos ao ponto crucial da pesquisa, oportunidade em que dissertaremos sobre as hipóteses frequentes de responsabilização desse profissional, angariando-lhe um viés mais pragmático e concreto.

Nesse ínterim, trabalharemos sob três perspectivas. A primeira corresponde aos casos de responsabilidade civil por perda de uma chance, tipo inovador de atribuição de responsabilidade de origem jurisprudencial francesa, cuja aplicabilidade aos casos de má atuação dos advogados – através de inúmeras condutas, sobretudo a perda de prazos processuais – já foi reconhecida e comentada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacional.

A segunda hipótese diz respeito ao dever de indenizar decorrente do ajuizamento de lides temerárias, também conhecido como o cometimento de abuso do direito processual. Nesse sentido, salientar-se-á a possibilidade de atribuição de responsabilidade solidária ao advogado, em consonância com a tendência de evitar condutas desidiosas e, assim, prevenir a ocorrência de danos e, por via de consequência, a propositura de demandas indenizatórias.

A terceira perspectiva a ser delineada está relacionada à possibilidade de atribuição de responsabilidade civil em razão da reversão, ao final do processo, de tutelas liminares de urgência, tanto as de cunho cautelar como as de caráter satisfativo. Nesse sentido, perseguiremos as nuances da possibilidade de atribuir tal responsabilidade aos advogados.

Em seguida, após pincelarmos outros tipos de conduta que também dão ensejo ao dever de indenizar, trabalharemos em cima da importância da prevenção e precaução de danos em relação à responsabilidade civil do advogado.

3.1 A responsabilidade pela 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 subdividido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes.

A responsabilidade civil por perda de uma chance tem particularidades que a diferenciam das outras situações que envolvem o dever de indenizar, pois especificamente em relação à perda de uma chance por erro do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do patrono, deixou de apreciar definitivamente a pretensão de seu cliente.

Nesse cenário, a influência exercida pela teoria francesa da perda de uma chance²²³ (pert 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 buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Basta pensar na falha consubstanciada na perda do prazo de interposição do recurso cabível ou da contestação que, por sua intempestividade, deixam de ser analisados. Em casos como esses, nunca será possível aferir com plena certeza o resultado do julgamento simplesmente porque o advogado não recorreu/contestou dentro do prazo legal ou simplesmente porque deixou de recorrer/contestar por desídia.

A incerteza acerca do resultado já foi argumento para a conclusão acerca da irresponsabilidade do advogado que deixa de recorrer, ainda que agindo dessa maneira tenha contrariado as indicações de seu cliente²²⁴. Esse, contudo, não é o entendimento atual acerca do assunto, não obstante as divergências acarretadas sejam inúmeras.

²²³ Essa teoria surgiu na jurisprudência francesa por volta de 1965 tendo como objeto primordial a culpa médica e basicamente defendia que “em se admitir que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e integridade do paciente, não se exigindo que a atuação do profissional, tida por culposa, tenha causado diretamente o dano, mas que a ação tenha limitado ou restringido as possibilidades de êxito, caracterizando-se a culpa em não ter dado o profissional todas as oportunidades ao cliente. Cf. in LOPEZ, Tereza Ancona. Responsabilidade Civil dos Médicos. In: Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. Yussef Said Cahali (Coord.), p.317.

²²⁴ Segundo Carvalho Santos “não se pode afirmar como culpa o fato de o advogado não preparar o recurso e decorrer daí a prisão do réu porque isso será avançar que, conhecendo e julgando o recurso, o tribunal reformaria matematicamente a sentença, o que é apenas uma hipótese”. J.M. de Carvalho Santos. Código Civil Brasileiro interpretado. Livraria Freitas Bastos S/A, 1956, p. 44. De forma oposta a Carvalho Santos, Aguiar Dias nos atentou para o perigo de confundirmos o *quantum debeat* com o *an debeat*, por má informação acerca do conceito de dano. Isso porque o dano em espécie consiste na perda do direito de ver a causa julgada. Se a vitória não pode ser afirmada, o mesmo acontece em relação ao insucesso (DIAS, José de Aguiar. Tratado de Responsabilidade Civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I, p. 29.).

É consenso que existem situações em que o acolhimento da pretensão pelo órgão julgador é totalmente provável e outras em que o sucesso não é tão previsível assim e isso se afere de forma diretamente proporcional ao tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência nacional à questão, isto é, se já foi pacificada ou não²²⁵.

Existem exemplos que esgotam as dúvidas acerca do efetivo prejuízo sofrido pelo cliente. Basta pensar no advogado que deixa de recorrer a favor de seu cliente, que tinha sido sucumbente no primeiro grau de jurisdição (ou segundo grau, caso se trate de recurso extraordinário), em processo, cujo tema da demanda fora pacificado através de súmulas/enunciados no âmbito dos tribunais superiores (STF, STJ ou TST ou STF) exarados anteriormente ao surgimento do interesse em recorrer.

Outro exemplo: na execução de um cheque, o advogado do executado se esquece de arguir em sede de embargos à execução, a prescrição, tendo a ação sido interposta após o prazo legal da prescrição da ação executiva, sendo que o título não havia sido protestado. Além disso, o advogado deixa escoar o prazo de apelação da decisão que rejeitou os embargos no tocante às alegações de mérito. Sendo o caso realmente hipótese de incidência da prescrição, é possível afirmar que o dano do cliente foi efetivo, uma vez que a execução deixou de ser extinta²²⁶.

Da mesma forma, o advogado trabalhista que aceita a causa de ex-empregado que pretende postular as verbas rescisórias da sua relação de emprego extinta sem justa causa, ocorrida há um ano e nove meses, e mesmo tendo recebido todo o material para elaborar a petição inicial, por negligência, deixa escoar dois anos da data da rescisão, causa um prejuízo certo ao seu cliente que de fato lhe repassou todas as provas necessárias para a propositura da demanda.

Há, contudo, um sem número de situações que ficam entre os extremos de possível acolhimento ou não da pretensão, nas quais o exame da existência de efetivo prejuízo torna-se tão difícil e complexo quanto um exercício de futurologia²²⁷. Isso porque o julgamento sempre envolve o exercício subjetivo de valoração, bem como as pré-compreensões do

²²⁵ Nesse sentido, a própria súmula nº 400 do STF: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do Art. 101, III, da Constituição Federal”.

²²⁶ O exemplo é mencionado por Sérgio Novais Dias que faz, no entanto, uma ressalva. “Contudo, poderia o advogado dizer, neste caso, que o dano não houve porque se fosse extinta a execução o credor poderia ingressar posteriormente com ação monitória ou com ação de conhecimento, quando o então executado seria obrigado a pagar a quantia expressa no cheque, razão pela qual a não arguição da prescrição da execução só faria atrasar a cobrança, mas não evitaria que no futuro o cliente tivesse que pagar o valor do cheque. Enfim, o dano não seria o mesmo que se ver absolvido da cobrança em si”. DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: Ltr, 1999, p.45.

²²⁷ A ausência de apelação em questões que implicam valoração da prova são um exemplo de dificuldade de prognóstico, uma vez que envolvem o juízo de valor dos julgadores.

intérprete julgador, na medida em que as possibilidades de interpretações da lei são múltiplas²²⁸.

Vê-se, pois, que a responsabilidade pela perda de uma chance abarca inúmeras hipóteses nas quais, geralmente, o patrocinador da causa falha, por omissão ou por qualquer outra forma análoga, deixando o direito de seu constituinte sem resposta jurisdicional²²⁹. Assim, em tais casos, o cliente deixa de ver apreciado seu interesse em razão da inépcia ou da falta de técnica de seu advogado.

Em suma, a grande pergunta a ser feita para saber se o advogado deve ou não ser responsabilizado pela perda de uma chance é a seguinte: com base na doutrina, nos entendimentos jurisprudenciais e nas súmulas, se a questão tivesse sido apreciada pelo poder judiciário, o cliente teria obtido êxito em sua demanda?

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, portanto, caracteriza-se desde que exista uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do advogado e o dano. Assim, em uma análise posterior à conduta, deve-se aferir se o dano decorreu necessária, direta e imediatamente da falha cometida pelo causídico.

O nexo de causalidade e o dano são, portanto, elementos indispensáveis no tocante à configuração desse tipo de responsabilidade, sob pena de se promover o enriquecimento sem causa do cliente em detrimento do advogado.

Aliás, os danos decorrentes da perda de uma chance são frequentemente comparados àqueles originados a partir do conceito de lucros cessantes, uma vez que em ambas as hipóteses não se sabe ao certo se ocorreram²³⁰.

No entanto, deve-se tratar a natureza dessa indenização com cautela, posto que podemos distinguir dois tipos de danos decorrentes da perda de uma chance. No caso de a possibilidade de acolhimento do recurso ser alta, tendo em vista os parâmetros doutrinários e

²²⁸ Elias Farah pondera que a contingência do resultado impõe que a chance tenha um mínimo de persuasão. O grau de probabilidade muito depende da natureza, técnica ou especulativa, da discussão; a técnica, diferente do teórico, muito facilita a avaliação das probabilidades. Típico é o caso da dispensa de uma perícia médica, quando imprescindível em caso de danos físicos por acidente. Cf. in FARAH, Elias. *Advocacia e responsabilidade civil do advogado*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v.7, n.13, p.181-208, jan./jun., 2004, p. 202.

²²⁹ Várias atitudes dos advogados podem implicar a perda da chance do cliente de ver sua demanda apreciada, dentre as quais, vale mencionar: a falta de propositura da ação judicial, deixando escoar o prazo prescricional, a despeito de estar munido dos documentos necessários; a não formulação do pedido de maneira correta; a não interposição de recurso – ordinário ou extraordinário – por perda do prazo ou por desídia; a omissão na produção de prova necessária, como a prova testemunhal ou a oitiva de testemunhas, por exemplo; o extravio de autos sem que o advogado promova sua restauração a tempo do julgamento, ainda que não tenha sido ele o causador do ocorrido; a ausência de préstimo de contrarrazões ou de sustentação oral ao recurso; a não propositura de ação rescisória dentro do prazo ou por negligência.

²³⁰ Expõe, nessa direção, Sérgio Novais Dias: “Ao tratar do lucro cessante, estamos acostumados a conviver com a ausência de certeza absoluta desse dano, pois nunca se saberá se o credor teria ou não aquele lucro esperado, que se indeniza (...) Contudo, nessa situação de perda de uma chance, os danos materiais emergentes têm sua certeza equiparada à certeza dos lucros cessantes, ou seja, a certeza baseada na probabilidade, que leva em conta a evolução normal dos acontecimentos”. (Dias, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: Ltr, 1999, p.63).

jurisprudenciais, é possível calcular o dano material, caso a demanda do cliente envolva questões patrimoniais reveladas na probabilidade de obter lucro ou evitar prejuízo de ordem econômica.

No entanto, caso a demanda não envolva questões de cunho patrimonial ou se a possibilidade de acolhimento do recurso não for tão grande assim, a perda de uma chance dará ensejo a indenização por dano moral em decorrência do fato de o cliente não ver sua demanda ou recurso apreciados²³¹.

Vale observar, entretanto, nos casos em que a probabilidade de obtenção de lucro ou de evitar prejuízos econômicos for suficiente a ponto de dar ensejo à responsabilidade por perda de uma chance, que a extensão do dano a ser calculado corresponderá não exatamente ao lucro ou à perda objeto da demanda, mas à própria chance, que será apreciada in concreto pelo juiz. É o que pondera Sérgio Cavalieri²³²:

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.

Não é por outro motivo, que a doutrina tem enquadrado o dano decorrente da perda de uma chance como um dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético²³³. Nessa mesma direção 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"²³⁴.

Conclui-se, pois, que a chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, de modo que para Sérgio Savi²³⁵.

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.

²³¹ Pode-se interpretar desta forma desde que se parta do pressuposto de que o cliente não queria utilizar o recurso como forma de procrastinar o feito.

²³² CAVALIEIRI, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo:Malheiros, 2010, p. 78.

²³³ Cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

²³⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII (...). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

²³⁵ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101.

Essa incerteza quanto à obtenção da vantagem dificulta a própria configuração do nexo de causalidade entre a conduta desidiosa do causídico e o dano. Assim, mesmo que comprovada sua culpa grosseira, é difícil antever um vínculo claro entre esta negligência e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em um juízo de cognição. Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros favores não sujeitos ao seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano.

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 adequadas²³⁶.

Vê-se, portanto, que a natureza do dano decorrente da perda de uma chance por falha de advogados é motivo de controvérsias doutrinárias. Há quem entenda que seu caráter será sempre moral, de modo a possibilitar o arbitramento pelo juiz, e há quem entenda que é possível cumular aspectos patrimoniais e morais.

No nosso entendimento, o simples fato de a extensão do dano dever ser fruto de arbitramento pelo magistrado diante do caso concreto, não retira o caráter patrimonial da chance perdida, embora a frustração de não ver sua demanda julgada envolva sempre um aspecto moral. Em outras palavras: não é porque o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a possibilidade de arbitramento do dano material – diferente do sistema jurídico alemão, por exemplo – que a perda da chance de ver uma demanda julgada dará ensejo tão somente a prejuízo de caráter moral.

Nessa toada, posicionam-se, respectivamente, a doutrina especializada de Sérgio Savi²³⁷ e a Ministra Nancy Andrigui em julgado por ela relatado²³⁸:

(...) não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral.

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.

²³⁶ Essas são as ponderações da Ministra relatora no REsp 965.758/RS, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrigui, DJe 03/09/2008.

²³⁷ SAVI, Sergio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53

²³⁸ REsp 1079185, Terceira Turma, Min. Nancy Andrigui, DJe 04/08/2009.

- 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. (...)

Recurso Especial não conhecido. (*Grifo nosso*)

Assim, embora a frustração do cliente de não ter sua demanda apreciada por uma falha técnica de seu advogado cause sempre um dano de natureza moral, também é plenamente reconhecível o prejuízo material que eventualmente possa decorrer deste erro. O fato de o prejuízo não corresponder necessariamente ao valor do bem da vida que era objeto da demanda jurídica não apreciada não lhe retira seu aspecto patrimonial. Ou seja, a necessidade de avaliar a extensão do dano casuisticamente e o seu arbitramento não fazem com que o dano mude de natureza jurídica²³⁹.

Cabe, portanto, ao cliente que pretende ver-se indenizado pela falha de seu advogado, formular bem seu pedido e juntar provas contundentes acerca da real possibilidade de vantagem econômica que o julgamento de sua demanda lhe acarretaria – seja por obtenção de algo que pretendia, seja porque evitaria um prejuízo econômico. Assim, é possível o pleito do dano moral cumulado com o dano material, ainda que se tenha consciência de que esse dano material não corresponderá à vantagem que o julgamento favorável de sua demanda lhe traria, na medida em que não é possível aferir com certeza um julgamento que não ocorreu²⁴⁰.

Em recente julgado do STJ²⁴¹, relatado pelo Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, podemos vislumbrar a necessidade de se formular com cuidado esse pedido indenizatório:

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.

²³⁹ Uma solução apresentada por Pietro Calamandrei e até divulgada por alguns doutrinadores, embora de difícil aplicabilidade seria a adoção de fundamentos estatísticos baseados na jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a estabelecer as probabilidades de lograr êxito em uma determinada causa e obrigar o advogado a pagar, não o valor da causa, mas o valor da probabilidade da estatística de ganhar a causa. Tal solução, contudo, esbarra numa questão de ordem técnica e estatística de como estabelecer probabilidades em situação tão imprevisível como o resultado de uma demanda judicial. Cf. in VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade Civil do Advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 71. Na mesma toada, mas especificamente sobre a posição adotada por Pietro Calamandrei: DIAS, José de Aguiar. Tratado de Responsabilidade Civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I, p. 58-60.

²⁴⁰ Basta pensar, nesse sentido, em famoso julgado no cenário jurisprudencial nacional, consubstanciando a perda de uma chance de participante do jogo televisivo “o show do milhão” de faturar o prêmio máximo do programa em razão de a pergunta final estar formulada de forma errônea. Em tal caso, a natureza material do lucro ao qual o participante deixou de concorrer é indiscutível. Ou seja, além da frustração de não ter podido recorrer, de caráter eminentemente moral, certo é que a vantagem que poderia ser aferida possuía natureza material. Com efeito, o fato de não poder receber a vantagem por inteiro, ante a incerteza da real possibilidade de êxito do jogador, não retira dela o caráter de patrimonial. (STJ, Resp.788.459/BA, Ministro Relator Fernando Gonçalves, DJ 13/03/2006 p. 334).

²⁴¹ Resp. nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8), DJe: 22/11/2010.

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. (*Grifo nosso*)

No caso em destaque, portanto, o cliente fundamentou sua demanda nos danos materiais que sofreu em razão da falta de diligência de seu patrono em ação de cobrança em que figurava como parte requerida. O tribunal, entretanto, entendeu que se tratava de hipótese de responsabilidade civil pela perda de uma chance, conferindo-lhe ganho de causa com base nesse fundamento.

No entanto, o STJ, entendeu que as causas de pedir da indenização por danos materiais e por perda de uma chance são diversas, pois, no seu entendimento, 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.

De forma semelhante, a doutrina especializada lançou conjecturas sobre o tema. Sérgio Savi, com efeito, leciona²⁴²:

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.

²⁴² SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 71.

No mesmo sentido, ponderou o Ministro Eduardo Ribeiro ao proferir decisão em caso análogo:

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, as 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).

Diante do exposto, vê-se que a formulação dos pedidos pela parte que pretende ver-se indenizada deve ser realizada com acuidade. Por via de consequência, não deve o cliente prejudicado pleitear em sua inicial o equivalente ao que obteria caso sua demanda fosse julgada com êxito, ante a incerteza da vantagem, consoante já afirmado. De fato, deve pleitear uma indenização em razão da perda da chance de ver sua demanda apreciada. A natureza do prejuízo e a possibilidade de êxito, na verdade, influenciarão, sobremaneira, a análise da extensão do dano, pois se a vítima juntar provas contundentes acerca da possibilidade de êxito econômico ou material, o arbitramento de um valor indenizatório mais alto é mais provável.

Com efeito, o arbitramento será sempre necessário²⁴³. A natureza do prejuízo – se moral ou material – e a possibilidade de êxito existente em torno da demanda – se alta ou baixa²⁴⁴ –, por via de consequência, são fatores que influenciarão na fixação do *quantum debeat*. Em suma, a natureza da chance perdida é importante na individualização do caso e por isso não se mostra oportuna a generalização segundo a qual todos os danos decorrentes da perda de uma chance possuem caráter moral.

3.2 Ajuizamento de lides temerárias e o abuso de direito no processo civil

O art.32 do Estatuto da Advocacia após assentar a responsabilidade do advogado pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, estabelece em seu parágrafo

²⁴³ Para Ênio Zuliani, o único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização por perda de uma chance continua sendo a prudência do juiz. “Não se pode exigir rigor demasiado na aferição do prognóstico da ação perdida (dano zero), porque isso representaria a frustração do direito do cliente de ser reparado com equidade e, tampouco, se permitirá larga expectativa favorável, porque a graduação excessiva da possibilidade da chance poderá conduzir a criação de um dano não comprovado, hipotético ou inexistente. Cf. in ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil do advogado. ADV Advocacia dinâmica : seleções jurídicas, n.10, p.5-23, out./nov., 2002, p.89.

²⁴⁴ Nos dizeres de Pontes de Miranda não basta a “simples possibilidade” de lucro, é preciso a “grande possibilidade”. MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Tomo 22, Bookseller, 2000, p.214.

único: “Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”.

A prática de lide temerária, embora o conceito da expressão seja fluido e de pouca concretude, evidencia a figura do abuso do direito no processo²⁴⁵, traduzindo o que a doutrina processual convencionou chamar de litigância de má-fé²⁴⁶. Nesse sentido, nos termos dos artigos 17 e 18 do CPC²⁴⁷, a parte pode ser condenada nos próprios autos em que restou caracterizada a litigância de má-fé ao pagamento de multa e a indenizar os prejuízos à vítima, enquanto o advogado somente pode ser responsabilizado por meio de ação própria e apartada, isolada ou solidariamente com a parte, desde que estejam em conluio, neste último caso. Essa é a regra geral que pode ser aferida a partir da simples leitura do art.14, § único, do CPC²⁴⁸.

Com efeito, a lei brasileira seguiu a tendência de não incluir a figura do advogado nos casos de litigância de má-fé, preferindo remeter a questão ao órgão censório da categoria. No entanto, constata-se que, na atualidade, o simples controle extrajudicial pela OAB não é

²⁴⁵ A lide temerária é um dos vestígios do abuso do direito encontrado no direito romano ao lado da *exceptio dolis generalis* e *aemulatio*. A forma atual do instituto, marcada, sobretudo, pela objetividade, já que dispensa como requisito a caracterização de ato eivado de culpa e/ou intenção de lesionar é resultado de um amplo processo de evolução doutrinária. Não é a toa que em torno do art.187 do Código Civil, apontado como representante legal do instituto, a despeito de não carregar em si a expressão “abuso do direito”, que por sua vez foi utilizada primariamente pelo Código de Processo Civil de 1939, foi editado o enunciado nº 37 pelo CJF na I Jornada de Direito Civil promovida sob a direção do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, segundo o qual: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

²⁴⁶ Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery é litigante de má-fé “A parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, como dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no art. 14 do CPC”. Cf., in: “Código de Processo Civil e legislação Processual Civil extravagante em vigor”, RT – Legislação, São Paulo, 1994, p. 248.

²⁴⁷ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. É imperioso mencionar que discordamos daqueles que acreditam que a litigância de má-fé se exime ao disposto no mencionado dispositivo, uma vez que o próprio direito material apresenta normas mais abrangentes, como “a própria cláusula geral de boa-fé objetiva, que autoriza, senão a imposição de multa, ao menos a indenização dos prejuízos sofridos pela outra parte”. Cf. in SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.198.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

²⁴⁸ Art.14, § único do CPC: Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001).

Calha lembrar que o projeto incluía no parágrafo único também os advogados, mas foi alterado ao ser convertido em lei. Cf. in STOCCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. Responsabilidade Civil (Grandes Temas da atualidade, v.6). Coord. Eduardo de Oliveira Leite, Álvaro Augusto Cestari e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 534. Trata-se, a toda evidência, de mais uma norma processual que aparentemente confiou o controle dos atos dos advogados exclusivamente à Ordem dos Advogados do Brasil, tal como fazia o parágrafo 3º do art.63 do Decreto Lei 1.608, de 1939.

suficiente no propósito de prevenir e reprimir de forma eficaz a atuação temerária na advocacia, razão pela qual surge crescente tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de admitir a responsabilização solidária do advogado pelos atos abusivos praticados com dolo ou culpa na via jurisdicional²⁴⁹.

Para a configuração do abuso de direito processual, são exigidos como requisitos, além da má-fé, o erro grosseiro, a fraude e a temeridade. Assim, é razoável concluir que o advogado tecnicamente deficiente tende a incorrer em prática abusiva sem que a parte por ele representada tenha o domínio sobre a situação²⁵⁰. Aliás, o não fornecimento de informações à parte já é considerada uma falha técnica, embora seja prática comum e, por vezes, implica o dever de indenizar²⁵¹.

Por isso, a despeito da ausência de uma previsão legal no sentido de responsabilização do advogado por abuso do direito processual, já que o parágrafo único do art.14 atribui tão somente esse ônus à parte, justifica-se o surgimento de correntes doutrinárias defensoras da responsabilidade solidária do advogado por litigância de má-fé basicamente por duas razões: pela busca em prol do desenvolvimento regular e célere do devido processo legal e também em virtude da importância atualmente conferida à prevenção e precaução de danos, posto que, a partir da atribuição de responsabilidade aos advogados desidiosos são evitadas demandas indenizatórias propostas por clientes que se julguem prejudicados pela má atuação de seus patronos²⁵².

A atribuição de responsabilidade solidária por injúria processual, por exemplo, já é acatada pela jurisprudência de forma mais corriqueira há algum tempo. Vejamos, nesse sentido, julgado do TJRS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INJÚRIA PROCESSUAL. ABUSO AO DIREITO DE INVOLABILIDADE POR ATOS E MANIFESTAÇÕES CONFERIDAS AO ADVOGADO. 1. ILÍCITO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MANDANTE E DO MANDATÁRIO. DEVER DE INDENIZAR. Comprovado nos autos que os réus, em defesa nos autos de processo

²⁴⁹ Cf., IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Da responsabilidade do advogado pelo abuso do direito no processo civil. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº76, Julho de 2009, p. 19.

²⁵⁰ Para Leonardo Greco, a efetividade da representação processual é um problema grave a ser enfrentado pelo judiciário, na medida em que na maior parte dos casos, os grandes prejudicados são os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Aponta, nesse sentido, que as compensações que a lei processual destina aos defensores públicos são ínfimas ante a deficiência de suas condições e infra-estrutura de trabalho. E ainda se questiona quanto à autorização indistinta que todos os advogados inscritos na OAB possuem de modo a poderem litigar em todos os tipos de causa, perante todos tribunais. Para o autor, até que o nosso ordenamento seja alvo de uma reforma no sistema de formação, credenciamento e fiscalização dos advogados, resta à doutrina e à jurisprudência brasileiras a adoção de uma postura mais ativa através da criação de teses e técnicas no sentido de promover a melhoria da assistência judiciária gratuita. Cf. in GRECO, Leonardo. "O acesso ao direito e à justiça". Estudos de direito processual, col. José do Patrocínio, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, p.210/211.

²⁵¹ Vide passagem sobre o dever de indenizar no primeiro capítulo deste trabalho.

²⁵² "Destá maneira, a responsabilização do advogado pelo abuso do direito figura não só como medida necessária para a promoção das garantias constitucionais do processo, mas também como forma de proporcionar o fortalecimento da categoria dos advogados, uma vez reconhecido constitucionalmente seu status de função essencial à justiça". É a opinião de: IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Op.cit., nota 268, p. 23.

trabalhista, extrapolaram, e muito, os limites da técnica e da imunidade que pela lei é conferida aos advogados, e, com os excessos cometidos, acabaram ofendendo a honra e imagem do autor, resta caracterizado o ilícito civil e a obrigação de indenizar. Inviolabilidade por atos e manifestações que, de modo algum, podem dar lugar à injúria processual. Responsabilidade solidária do mandante, decorrente da culpa *in eligendo*, e do mandatário. Precedentes jurisprudenciais. (...) APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70020781688, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 10/04/2008). Grifo nosso²⁵³.

No entanto, em julgados mais recentes, vislumbra-se a condenação de advogados de forma solidária à parte ao pagamento de multa processual por litigância de má-fé, como no caso a seguir:

Ementa: APELAÇÃO. MEDIDAS DE PROTEÇÃO. DESCABIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DO APELANTE. SOLIDARIEDADE DO ADVOGADO QUE O REPRESENTA. Caso em que se mostra adequada a sentença que julgou improcedente o pedido de aplicação de medidas de proteção postuladas pelo apelante, porquanto restou muito bem demonstrado nos autos que a sua filha não tem nenhum problema mental, psicológico ou de saúde; e igualmente demonstrado que a menina está sendo muito bem tratada e atendida pela mãe-guardiã. O apelante voltou a repetir no presente processo a série de fatos totalmente inverídicos que vem alegando e repetindo há anos, em outras demandas (inclusive com outras condenações por litigância de má-fé), e continuou aqui perseguindo pretensões infundadas e improcedentes, através de conduta tumultuária e protelatória, que está a justificar nova condenação dele ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Ademais, todos têm o dever de agir em juízo com lealdade e boa-fé, inclusive os advogados. Além disso, o advogado, mais do que simplesmente defender os interesses do seu cliente a qualquer custo, desempenha função essencial à Justiça (artigo 133 da Constituição da República). E isso especialmente em casos como o presente, no qual o interesse prevalente não é do autor/apelante ou o da ré/apelada, mas sim o da criança. No caso, é tão grande a enxurrada de ações e recursos intentados pelo apelante, e todos baseados em alegações comprovadamente falsas e inverídicas, em pretensões totalmente infundadas e meramente procrastinatórias, que se mostra de rigor concluir pela responsabilidade solidária do advogado, na conduta processual de má-fé aqui neste processo. Hipótese de reiteração de conduta com má-fé processual, que justifica a fixação da multa em 10% sobre o valor atualizado da causa; e importa em condicionamento da interposição de qualquer outro recurso ao depósito do total devido a título de má-fé. Aplicação da parte final do parágrafo único do artigo 538, do CPC. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. CONDENARAM O APELANTE E O ADVOGADO QUE O REPRESENTA, DE FORMA SOLIDÁRIA, AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. (Apelação Cível Nº 70037053329, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/11/2010)²⁵⁴.

²⁵³ Nessa mesma direção, o seguinte julgado do STJ: RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A PARTE. OFENSAS IRROGADAS EM JUÍZO. RESPONSABILIDADE DO CAUSÍDICO: INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E ÉTICA. 1. O advogado, ainda que submetido à relação de emprego, deve agir de conformidade com a sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos que o regem. 2. Em decorrência, sua atuação em juízo, mesmo mantendo vínculo empregatício com a parte, será sempre relação de patrocínio, sem submissão ao poder diretivo do empregador, que não se responsabiliza por supostas ofensas irrogadas em juízo. 3. Recurso não conhecido. (REsp 983430 / ES RECURSO ESPECIAL, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 08/03/2010).

²⁵⁴ No mesmo sentido: Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ADVOGADOS. MULTA. REDUÇÃO. Afastamento da preliminar de nulidade da sentença, pela inocorrência de cerceamento de defesa, pois assegurado à parte o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, in. LV, da CF). Mantida a solidariedade da condenação à pena de litigância de má-fé dos advogados signatários e do autor, na medida em que procederam de modo temerário na lide, alterando a verdade dos fatos e ocultando do juízo, nas fotografias acostadas aos autos, a sinalização de PARE existente no local onde ocorreu o acidente de trânsito, quando, na verdade, essa sinalização obrigatória era visível ao condutor da motocicleta. Conduta maliciosa caracterizada na forma dos incisos II e V do art. 17 do CPC. Precedentes desta Corte e do STJ. Embora censurável o comportamento do autor e dos seus advogados, ainda assim cabe a redução da multa aplicada na sentença, por serem excessivos os percentuais fixados pelo juízo *a quo*, pois é de vultosa soma o valor atribuído à causa. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70019335389, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 11/07/2007). É possível, no entanto,

Portanto, como bem asseverado no julgado acima, mais do que defender os interesses de seus clientes a qualquer custo, o advogado deve ter como norte de sua atuação a atribuição que lhe foi conferida pela Constituição Federal de 1988, ou seja, o fato de ser peça essencial à administração da justiça. Assim, a realização de feitos procrastinatórios ou a reprodução de afirmações inverídicas, a partir do momento que ultrapassam os interesses particulares e passam a atingir direitos alheios e o regular desenvolvimento do processo, são considerados atos abusivos e precursores da litigância de má-fé, de maneira que podem dar ensejo à responsabilização solidária do advogado.

Nessa toada, é imperioso mencionar que a construção da teoria da responsabilização solidária do advogado no Brasil sofreu forte influência do direito estrangeiro. O direito austríaco foi o pioneiro nesse sentido, pois o Código de Processo Civil já previa a responsabilidade solidária do causídico por prática abusiva recorrente²⁵⁵. No direito italiano, colombiano e argentino também existem previsões nesse influxo²⁵⁶.

Na doutrina brasileira, um dos pioneiros a tratar a questão Foi José Olímpio da Castro Filho, asseverando seu aspecto dúbio na passagem a seguir²⁵⁷:

Trata-se de saber quem deve ser responsabilizado processualmente: o representado – autor, réu, terceiro; ou o representante? A esse propósito, J. Alberto dos Reis observou que “se por via de regra o dolo substancial é de responsabilidade da parte, porque induz em erro o seu mandatário, apresentado-lhe uma versão inexata e desfigurada do litígio, também, por via de regra, ou pelo menos numa grande parte dos casos, o dolo instrumental é da responsabilidade pessoal do advogado ou do solicitador. Então pergunta-se: é justo que a parte suporte as consequências de fatos e atitudes que não quis nem autorizou, de que, porventura, nem sequer teve conhecimento? É admissível que pela conduta pessoalmente maliciosa do mandatário responda o mandante? Todavia, enfrentando a questão sob o aspecto do mandato, Jorge Americano salientou que existe a responsabilidade do mandante porque se supõe que na escolha do mandatário aquele que tenha agido com razoável vigilância e atenção (culpa *in eligendo*) e que somente o conserve enquanto procede corretamente (culpa *in vigilando*).

vislumbrar a diferença de pensamento que vigora há dez anos, a partir do julgado a seguir: MANDADO DE SEGURANÇA. REPETIÇÃO DE AÇÃO. COISA JULGADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. O AJUIZAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA IDÊNTICO A OUTRO COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO E A OMISSÃO DESSE FATO CARACTERIZA INCIDENTE MANIFESTAMENTE INFUNDADO E PRETENSÃO CONTRA FATO INCONTROVERSO. CARACTERIZADA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ADVOGADO. PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA COM CLIENTE. IMPOSSIBILIDADE LEGAL SEM O USO DE AÇÃO PRÓPRIA. E NECESSÁRIA AÇÃO PRÓPRIA PARA A CONDENAÇÃO DA ADVOGADA AO PAGAMENTO DA PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, SOLIDARIAMENTE COM SEU CLIENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 32, PAR-ÚNICO, DA LF-8906/94. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. (Apelação Cível Nº 597206911, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ari Darci Wachholz, Julgado em 18/02/1998).

²⁵⁵ Nas lições de ALVIM, Arruda: o “Diploma pioneiro na imposição de uma conduta ética aos litigantes foi o Código de Processo Civil austríaco, que em seu § 178 obriga aos litigantes que digam a verdade, de forma completa e exaustiva e, bem assim, que se manifestem sobre as alegações do adversário, expondo os resultados da prova com igual clareza e completitude”. Cf. in: “Resistência injustificada ao andamento do processo”. Revista de Processo, RT, nº 17, jan a mar/80, p. 21.

²⁵⁶ Cf. in DIAS, Francisco Barros. “Litigância de má-fé e responsabilidade solidária do advogado”. Texto extraído da internet no site www.jfrn.gov.br em 20/01/2010, p.10-19.

²⁵⁷ FILHO, José Olímpio de Castro. Abuso do direito no processo civil. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp.116/117.

Observa-se, pois, que havia certa resistência em se admitir a responsabilidade do advogado sob o argumento de que a parte detinha domínio completo sobre as ações praticadas por seu advogado, até mesmo em razão do caráter pessoal que predominava em tal relação.

No entanto, o cenário atual mostra-se bem diverso, na medida em que os serviços de advocacia estão cada vez mais massificados, de maneira que os clientes, muitas vezes (ou melhor, na maior parte das vezes), não tomam conhecimento da atividade realizada por seu patrono. Com efeito, restam sobrepujados pela correria cotidiana tanto o dever de informar, quanto a necessidade do consentimento informado.

Diante dessa nova realidade, a doutrina processual se desapega da responsabilização exclusiva da parte, passando a admitir, também, a responsabilização solidária do causídico, em total consonância com a função social do advogado, peça indispensável à administração da justiça e à efetivação das garantias processuais de acesso a ela.

Logo, no que tange à responsabilidade civil do advogado, a condenação do advogado solidariamente por litigância de má-fé tende a evitar que condutas profissionais desidiosas se perpetuem²⁵⁸, incrementando a forte tendência de prevenção e precaução de danos, conforme veremos no último tópico do presente trabalho²⁵⁹.

3.3 Reversão de medidas liminares em âmbito definitivo

Vimos que, mesmo sendo a responsabilidade civil do advogado subjetiva, a prática processual abusiva, em desrespeito aos *standards* de comportamento que permeiam essa seara, também dá ensejo ao dever de indenizar sem que seja necessária a comprovação da intenção de lesar, até mesmo porque a culpa é encarada de modo normativo. Nesse ínterim,

²⁵⁸ Nesse sentido, interessante caso julgado pelo Tribunal de Ética e Disciplina da seccional da OAB/ES, cuja ementa colaciono a seguir: PROCESSO ÉTICO DISCIPLINAR – AJUIZAMENTO DE AÇÃO – INDEFERIMENTO DE LIMINAR – DESISTÊNCIA E RENOVAÇÃO DA MESMO MEDIDA NO DIA SEGUINTE PERANTE OUTRO JUÍZO – ABUSO DE DIREITO COM REPERCUSSÕES NO PLANO ÉTICO DISCIPLINAR – CENSURA. I – Fere dever ético e disciplinar, advogado que ajuíza medida judicial e não obtendo êxito quanto ao deferimento da liminar, renova a mesma medida, no dia seguinte e perante outra Vara, com o único objetivo de conseguir, por vias transversas, a liminar que lhe foi negada na primeira tentativa. II – Abuso de direito processual. III – O advogado deve proceder de forma a que se torne merecedor e de respeito e que contribua para o prestígio da classe e advocacia. IV – Configuradas as infrações aos arts. 31, “caput”; 33, “caput”; 34, VI e X da Lei 8.906/94 e arts. 1º e 2º, § único, I e II e 6º do Código de Ética. V – Pena de censura aplicada. DECISÃO UNANIME. Aplicação da pena de censura, nos termos do art. 36, incisos I e II da Lei 8.906/94. (PROCESSO 72.473-04, 2ª Turma, relator Dr. Marcelo Pagani Devens, julgado em 17/09/2007).

²⁵⁹ Para Anderson Schreiber, “a profunda alteração ideológica que sepultou o individualismo jurídico, abrindo as portas do direito contemporâneo ao pensamento solidarista, vem exigindo uma postura cada vez mais ativa do magistrado no controle de adequação entre o exercício das posições processuais e os valores normativos que a inspiram”. Nessa direção, o autor salienta que “eficientes no intuito de desestimular demandas bagatelares são os mecanismos processuais disponibilizados por cada sistema jurídico para repressão ao exercício frívolo do direito de ação”. E continua: “somada a outros instrumentos institucionais de controle, como aqueles analisados anteriormente, a repressão à litigância de má-fé revela imenso potencial no desincentivo à invocação descomprometida da dignidade humana e na repressão a projetos ressarcitórios desprovidos de efetiva lesão moral ou patrimonial”. Cf., in SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.198-199.

uma situação chama a atenção: a reversão de medidas deferidas a título de antecipação de tutela.

É consenso que existe forte tendência dos advogados em pleitear liminarmente medidas de cunho satisfativo ou cautelar de modo a atender de forma mais célere e eficaz os interesses de seus clientes. Tanto é verdade que o índice de pedidos de antecipação de tutela não para de crescer²⁶⁰.

Contextualizando socialmente esse crescimento de pleitos que englobam medidas de urgência no sistema judiciário, assevera Flávia Assunção²⁶¹:

A evolução sócio-econômica intensificou o número de lides, tornando a prestação jurisdicional demasiadamente lenta. Um processo tardio sempre coloca em xeque a credibilidade da Justiça e prejudica o resultado justo da demanda. Como já lembrou Cappelletti, “a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico, este último, pode, sem dano grave, esperar na justiça lenta”. Na tentativa de evitar a ‘falência’ do Judiciário várias medidas vêm sendo adotadas, como os procedimentos sumários e especiais, as medidas cautelares, as liminares em procedimentos específicos, a antecipação de tutela, entre outras, todas visando reduzir comportamentos protelatórios.

Na maior parte dos casos, tais medidas são confirmadas em âmbito definitivo, de modo que de seus efeitos imediatos não decorrem maiores prejuízos²⁶². No entanto, quando são revertidas ao final do processo, em sede de cognição exauriente, os efeitos jurídicos decorrentes de seu deferimento, muitas vezes, devem ser corrigidos pela parte que se beneficiou com a antecipação da tutela. Não é a toa que o artigo 811 do CPC dispõe o que segue:

Art. 811 - Sem prejuízo do disposto no Art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

- I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;
 - II - se, obtida liminarmente a medida no caso do Art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
 - III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no Art. 808, deste Código;
 - IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (Art. 810).
- Parágrafo único - A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

²⁶⁰ A figura jurídica da tutela antecipada veio justamente dar um tratamento distinto aos interesses jurídicos, rompendo com o ritual clássico do processo, para introduzir um procedimento incidental, no qual o litigante poderá conseguir, provisoriamente, o próprio bem da vida pretendido, em momento anterior ao preparado à tutela definitiva (isso é o interessante), desde que comprove os pressupostos previstos no art. 273, caput e inciso I, do CPC. Essa antecipação dos efeitos de um provimento final também acontece como meio de coibir comportamento abusivo e protelatório do réu (art. 273, inciso II, do CPC), pois nada melhor para apenar quem busca retardar a solução da demanda do que entregar ao autor, antes do tempo reservado para tanto, a tutela da pretensão deduzida em juízo.

²⁶¹ ASSUNÇÃO, Flávia R. Farias da Costa. O perigo da irreversibilidade: Uma visão do art. 273, § 2º, do CPC à luz de uma tutela jurisdicional efetiva. Publicado em <http://bdjur.stj.gov.br>. Consulta em 24/01/2011.

²⁶² Sob pena de nos aprofundar demais na seara processual, o que não é o propósito da pesquisa que ora se apresenta, passaremos ao largo das diferenças existentes entre as medidas cautelares e liminares satisfativas, tratando-as sob o manto geral das tutelas de urgência.

Sobre o artigo em questão, válidas são as ponderações dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁶³:

O art. 811, sem excluir a responsabilidade por má-fé - prevista no art. 16 - elenca as hipóteses em que o requerente é considerado responsável pelo dano causado pela execução da medida cautelar. Trata-se de responsabilidade independentemente de culpa, mas derivada única e exclusivamente dos eventos consignados nos quatro incisos do art. 811. O dever de indenizar depende apenas da ocorrência de hipótese prevista em um desses incisos, devendo a indenização ser liquidada, nos termos do parágrafo único do art. 811, nos autos do procedimento cautelar. É claro que o ressarcimento pelo dano provocado pela execução da tutela cautelar, apesar de não depender de culpa, exige a demonstração do dano, ou melhor, requer a sua delimitação e quantificação.

Portanto, o exequente de medida de cunho cautelar, caso a sentença nos autos principais lhe seja desfavorável, nos termos do art.811, I, do CPC, deve indenizar os prejuízos que causar ao executado, independente de ter agido com culpa ou não. Trata-se de responsabilidade objetiva, disposta em lei, bastando para caracterizá-la tão somente a ocorrência de algumas das situações elencadas pelos incisos do art.811 do CPC²⁶⁴.

De tal afirmação, surgem os seguintes e inúmeros questionamentos: é possível atribuir tal responsabilidade ao advogado que pleiteou a medida cautelar? Em quais situações? A eventual atribuição de responsabilidade ao advogado poderia ser aferida de modo objetivo, tal como dispõe a lei, ou sua aferição dependeria da existência de culpa? Seria possível atribuí-la de modo direto ou somente através da via regressiva?

Primeiramente, entendemos ser possível atribuir a responsabilidade ao advogado desde que este tenha agido, ao pleitear a medida cautelar/liminar, em desacordo às instruções do cliente ou se não tiver repassado claramente e de forma inequívoca as informações pertinentes ao risco de sua execução. Vê-se, no entanto, que seria uma responsabilidade subjetiva, pois dependente de uma violação de *standard* comportamental esperado desse profissional.

Logo, dificilmente é um ônus que pode ser aferido de modo direto, uma vez que a lei dispõe, em tais casos, que a responsabilidade da parte é objetiva. Portanto, o caminho mais fácil para a vítima de eventuais prejuízos decorrentes da execução da medida cautelar/liminar finalmente revertida seria a responsabilização direta da parte que, caso insatisfeita com seu advogado, poderia fazer uso da ação regressiva.

²⁶³MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, vol. 4, processo cautelar, São Paulo: Ed. RT, 2008, p.109.

²⁶⁴ Nesse sentido, o seguinte julgado: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ART. 811, CPC. REVERSÃO DE PROVIMENTO LIMINAR DE ARRESTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O artigo 811 do Código de Processo Civil impõe ao autor de medida cautelar responsabilidade objetiva pela reversão do provimento liminar. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (TJRS, Apelação Cível 70015796261, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 27.09.2006).

Agora, é imperioso destacar que nem sempre o demandante poderá ser responsabilizado diretamente. Vejamos uma exceção à regra, conforme nos chamou atenção Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁶⁵:

Quando a sentença, no processo principal, é desfavorável ao demandante da tutela cautelar, esse responde objetivamente pelo eventual dano ocasionado pela efetivação da tutela cautelar. Contudo, não há dever de indenizar como resultado direto da sentença de improcedência proferida em processo cautelar. Note-se que a tutela cautelar pode ser inicialmente necessária e, nessa hipótese, ter causa – e, mais tarde vir a perder sua justificativa, sendo revogada pela sentença cautelar. Nesse caso, o demandante não pode ser responsabilizado pelo dano que a efetivação da tutela cautelar tenha causado à parte. Em semelhante situação, porque é imprescindível que se pergunte sobre a causa ou a justificativa da tutela cautelar, a responsabilidade depende de culpa, exigindo ação (autônoma) para a obtenção da tutela ressarcitória. Enquanto isso, a responsabilidade objetiva, própria do art.811 do CPC, não permite a análise da causa ou da justificativa da tutela cautelar, requerendo apenas a individualização do dano na chamada “liquidação”, prevista no § único do art.811, CPC.

Poderia até se pensar na possibilidade de responsabilização direta se o cliente do advogado que agiu negligentemente (ou porque não alertou o cliente dos riscos da execução ou porque agiu em desacordo às suas instruções) for beneficiário da assistência judiciária gratuita, sem condições de arcar com o prejuízo. No entanto, se assim for, caberá ao cliente prejudicado comprovar sua situação de pobreza, nos termos da lei, requerendo a inclusão do advogado no polo passivo da demanda, numa espécie de denúncia à lide, com base no inciso III, do art.70 do CPC²⁶⁶.

Nessa toada, outras perguntas ainda vêm à tona: a baixa probabilidade de confirmação da medida liminar dá ensejo ao dever de indenizar? É possível dar azo ao dever de indenizar com base nesse fundamento?

Embora a jurisprudência nos dê sinais acerca da probabilidade de confirmação ou não de uma decisão judicial que fora prolatada em sede de cognição sumária, entendemos ser muito difícil aferir, somente com base em dados estatísticos, a responsabilidade do advogado.

É importante, nesse cenário, dizer que o art.273, §2º do CPC²⁶⁷ proíbe a concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento. No entanto, trata-se de um dispositivo que tem gerado muitas polêmicas. Uma delas diz respeito ao significado atribuído ao termo “irreversibilidade”, que a nosso ver não deve ser interpretada sob o aspecto temporal ou jurídico, mas sim sob a ótica factual. Isso porque juridicamente a decisão será plenamente revogável, enquanto que sob a ótica temporal é impossível apagar o que fora feito. De outra parte, factualmente é plenamente possível prever

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil comentado por artigo/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – 2.ed. ver. atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.770.

²⁶⁶ Art. 70, CPC. A denúncia da lide é obrigatória (...) III - aquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

²⁶⁷ O § 2º, do art. 273, do CPC, dispõe da seguinte redação: “não concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

se determinado ato é reversível ou não, ou seja, se realmente é possível restabelecer a situação fática anterior à medida²⁶⁸.

Questiona-se assim, por via de consequência, sendo a tutela antecipada um reflexo do direito constitucional de ação, em não havendo condições práticas de se retornar ao *status quo ante*, se o juiz está totalmente impedido de deferir a medida.

Em relação ao art.273, inciso II do CPC²⁶⁹, o deferimento de tutela antecipada, mesmo diante da previsão de irreversibilidade da situação fática, não é problema, se disso não decorrem prejuízos para o requerente, ficando a conduta abusiva sujeita às penas do art.18 do CPC. A polêmica, na verdade, gira em torno do deferimento com fulcro no art.273, I do CPC, conforme nos ensina Flávia Assunção²⁷⁰:

A problemática surge quando se trata da tutela antecipada requerida com base no perigo iminente de dano (art. 273, I, CPC), pois, nesse caso, o juiz pode se deparar com situação, onde verifica que a ordem antecipatória causará efeitos irreversíveis ao réu e a sua não concessão tornará o direito do autor impraticável, abrindo-se, deste modo, um conflito de interesses merecedores de proteção jurídica. A opção do legislador foi em privilegiar sempre o direito do demandado, mas tal afirmativa não quer dizer que seja a solução mais acertada.

Nesse sentido, a doutrina se divide entre: os conservadores, que seguem literalmente o texto da lei, pugnando pelo deferimento de tais medidas somente diante da possibilidade de reversão de fato; os liberais, segundo os quais deve-se fazer uma relativização da vedação legal disposta do art.273, §2º, sob pena de se inutilizar as regras da tutela antecipada, sobrepujando direitos que na verdade estão mais expostos à intempérie de um longo processo do que outros, motivo pelo qual os interesses em jogo devem ser sopesados através dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade²⁷¹; e correntes menos liberais que defendem a salvaguarda do direito à segurança do réu, mas que a despeito disso admitem existir casos excepcionais em que o deferimento da liminar, em virtude da própria natureza do direito subjetivo, já adianta o resultado final do processo²⁷².

²⁶⁸ Teori Albino Zavascki, nessa toada, coloca a questão: “não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade porque todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, por permitirem a fruição, ainda que em parte do bem jurídico reclamado, porém, a satisfatividade pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos”. Cf. in ZAVASCKI, Teori Albino, “Antecipação da Tutela”, São Paulo, Saraiva, 1997.

²⁶⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

²⁷⁰ ASSUNÇÃO, Flávia R. Farias da Costa. O perigo da irreversibilidade: Uma visão do art. 273, § 2º, do CPC à luz de uma tutela jurisdicional efetiva. Publicado em <http://bdjur.stj.gov.br>. Consulta em 24/01/2011.

²⁷¹ Nessa linha, já se decidiu que “o possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art.273, §2º do CPC, não pode ser interpretado ao extremo sob pena de se tornar inviável o direito do reivindicante”. (STJ, 2ª turma, AgRg no Ag.502.172/RJ, rel. min. João Otávio de Noronha, j. em 02.08.2005, p.247).

²⁷² Cf. in: ASSUNÇÃO, Flávia R. Farias da Costa. O perigo da irreversibilidade: Uma visão do art. 273, § 2º, do CPC à luz de uma tutela jurisdicional efetiva. Publicado em <http://bdjur.stj.gov.br>. Consulta em 24/01/2011. Em determinada passagem do texto a autora menciona especificamente cada corrente de pensamento, bem como os autores que fazem parte de cada uma delas. Vale conferir.

De toda sorte, dependendo da premissa escolhida pelo intérprete julgador, as tutelas serão deferidas ainda que a irreversibilidade fática esteja constatada, de modo que a reversão da medida ao final do processo dá ensejo ao dever de indenizar, não simplesmente por culpa do advogado que poderia prever a reversão, mas também por um critério de julgamento. Sobre a situação em questão, mais uma vez adequada é a lição de Luiz Guilherme Marinoni²⁷³:

Ao que tudo indica, o legislador disse mais do que deveria, já que há casos, conhecidos por todos, em que, se não for concedida a tutela antecipatória para não se correr o risco de lesar o direito do réu, certamente o direito do autor será lesado. Não admitir a tutela antecipatória apenas porque o direito do réu pode ser lesado é um grande equívoco de lógica (...) a superação da proibição contida no art.273, §2º, CPC, pressupõe a demonstração de que a regra, caso aplicada, desmente a finalidade para a qual foi pensada, qual seja, propiciar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos. Nessa caso, não é razoável aplicar a norma, devendo o intérprete ponderar as situações jurídicas em jogo e tutelar a que lhe parecer mais verossímil e, pois, digna de proteção.

Com efeito, a responsabilidade do advogado nas hipóteses em que as medidas liminares ou cautelares são revertidas ao final do processo cinge-se aos casos em que tenha agido com desídia em relação às instruções de seu cliente, ou nos casos em que não o tenha advertido acerca dos prejuízos e riscos provenientes de sua execução, em razão de seu caráter provisório²⁷⁴. Trata-se, portanto, de questão a ser pesquisada com mais profundidade pela doutrina na medida em que o uso das tutelas de urgência faz parte da ordem do dia.

3.4 Outras hipóteses de responsabilização.

O advogado também responde civilmente em razão das seguintes atitudes: deficiência de defesa; prescrição de ação; ausência de postura séria e respeitosa; desconhecimento da lei e do direito; aconselhamento errado; por não seguir as instruções do cliente; pelo ajuizamento de ações inviáveis; por erros na escolha do procedimento; por ignorância da matéria com a qual atua; pelas ofensas que proferir contra o juiz, a outra parte ou o advogado da outra parte, desde que fora dos limites da discussão da causa. Em suma: quaisquer das falhas mencionadas

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil comentado por artigo/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – 2.ed. ver. atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.272.

²⁷⁴ Segundo magistério de Daniel Amorim Assumpção Neves, trata-se de aplicação da teoria risco-proveito, considerando-se que, se de um lado a obtenção e a efetivação de uma tutela cautelar são altamente proveitosas para a parte, por outro lado, os riscos pela concessão dessa tutela provisória concedida mediante cognição sumária são exclusivamente daquele que dela se aproveitou. Cf. in: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, 2ª edição, 2010, Editora Método, p. 1149.

encaixam-se nos conceitos gerais de negligência, imprudência ou imperícia, já trabalhados nos capítulos anteriores.

Constata-se, portanto, que são inúmeras as situações fáticas capazes de dar ensejo à responsabilização civil do advogado, de modo que o presente trabalho não pretende esmiuçar cada uma delas, até porque as premissas gerais traçadas até então permitem que seja possível assimilar o tema de forma ampla e suficiente.

Passemos, agora, a analisar a responsabilização desse profissional sob a ótica da prevenção e precaução de danos, que tem assumido lugar de destaque junto à teoria contemporânea da responsabilidade civil.

3.5 Perspectivas contemporâneas da responsabilidade civil do advogado

3.5.1 Novas tendências gerais da disciplina

As alterações sofridas pela Teoria Geral da Responsabilidade Civil podem ser apreendidas como meios de conservação da sua própria disciplina, ou seja, como verdadeiras condições de sobrevivência, embora tenham origens muito diversas, o que explica que seus efeitos conjugados tenham marcado profundamente esse ramo do direito²⁷⁵. A moderna teoria da responsabilidade civil, portanto, concede-lhe nova roupagem, na exata medida em que não mais se mira no autor do ato, mas na própria vítima. Preocupa-se mais com a injustiça do dano do que com a conduta geradora, evoluindo-se, desta feita, da ideia da dívida da responsabilidade para a ideia do crédito da indenização²⁷⁶.

A orientação passou a ser, portanto, a busca pela tutela efetiva dos interesses das vítimas. Abandonou-se, inclusive, em muitos casos, a famosa prova diabólica da culpa, já que a ideia de responsabilidade se separa da noção de castigo, passando a referir-se à reparação. O objetivo, então, deixou de ser sancionar quem causou um dano injustamente, e passou a ser o de reparar quem injustamente o sofreu. Nessa etapa, o dano ocupa o lugar central e capital e

²⁷⁵ No Direito Romano, a Responsabilidade Civil era puramente casuística, sob o fundamento da busca da equidade nas relações jurídicas. Assim, não havia sido sistematizada a ideia da culpa, sequer como um preceito amplo, posto que a responsabilidade civil não existia como uma matéria jurídica autônoma. Na verdade, a palavra responsabilidade nasce no fim do século XVIII, sob uma perspectiva eminentemente política, qual seja, “o homem político aceita assumir responsabilidade pelos acontecimentos que se produzem durante seu mandato (SEGUÍ, Adela M. Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna. Separata da Revista de Direito do Consumidor, n°.52, ano 13, RT, São Paulo)”.

²⁷⁶ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. O dano pessoal na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.100.

ao seu redor fatores de atribuição subjetivos e objetivos, tais como a conduta, a antijuridicidade e a culpa, assumiram papel subalterno.

Ao converter-se em epicentro do sistema de responsabilidade civil, o dano, por intermédio de força centrífuga, provocou o crescimento de sua ressarcibilidade. Por isso, o dano reparável não é mais aquele produzido ilicitamente por violar um direito subjetivo da vítima, mas sim a lesão *sine iure* de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção²⁷⁷. A injustiça surge da percepção dos interesses lesionados e resgata como merecedores de tutela todos aqueles que a sociedade e os valores comumente aceitos mostram como dignos e respeitáveis, ainda que não tenham previsão expressa em normas.

Nesse sentido, tem-se que o amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por toda parte, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem dos atos legislativos. No âmbito da responsabilidade civil em particular, a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e éticos parecem, enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas²⁷⁸.

Por conseguinte, destacaram-se como exemplos de tendências da responsabilidade civil moderna a expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de seleção dos interesses merecedores de tutela. Isso porque, com a dispensa gradativa da necessidade de se comprovar a culpa e com a flexibilização da comprovação do próprio nexos causal, ambos considerados elementos essenciais para a configuração da indenização, aliados à coletivização das ações de responsabilidade civil, tivemos uma expansão quantitativa das pretensões indenizatórias.

A outro giro, também pode-se identificar uma expansão qualitativa, “na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível.”²⁷⁹

A Constituição Federal, ao erigir a dignidade da pessoa humana como valor central, assegurou a proteção de todos os interesses relacionados a tal noção. Desta feita, já são plenamente reconhecidos no Brasil, o dano à privacidade, o dano à imagem, o dano estético e o dano à integridade psicofísica.

²⁷⁷ SEGÚÍ, Adela M. Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna. Separata da Revista de Direito do Consumidor, n.º 52, ano 13, RT, São Paulo.

²⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. Separata da Revista Trimestral de Direito Civil, n.º 22, ano 13, Padua, Rio de Janeiro, p.46.

²⁷⁹ Ibid., p.59.

Esta avalanche de novas espécies de dano, se, por um lado, revela a maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um certo temor, antecipado por Stefano Rodotà, de que “a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”²⁸⁰. Por tais motivos, devemos ter em mente que o que nos parece premente, na verdade, não é refletir sobre o *quantum* indenizatório ou acerca das áreas não afetadas à responsabilidade civil, mas sobre critérios que permitam a seleção dos interesses tutelados sob a ótica dos valores constitucionais. Tarefa essa que hoje fica a cargo dos próprios magistrados, fato gerador de certa insegurança, posto que a seleção *in concreto* dos casos merecedores de tutela, sem referência a qualquer dado normativo, contraria o próprio caráter do sistema romano germânico.

Urge, em vista disso, a elaboração de critérios de seleção dos interesses merecedores de tutela reparatória, em consonância com os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo destas perspectivas, devemos nos valer dos ensinamentos de Gustavo Tepedino, que esclarece que com a Constituição Federal de 1988, os princípios fundamentais da República – solidariedade social e da justiça distributiva (art. 3º, I e III da Constituição Federal) – não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil²⁸¹. Tal atitude concretiza a superação dos esquemas de um garantismo processual de marca meramente individualista, para substituí-lo por um garantismo social ou coletivo, conforme profetizou Mauro Capeletti.²⁸²

Nesse diapasão, as relações privadas não devem ficar limitadas ao olhar exclusivo e estático sobre as partes envolvidas, mas inseridas em um contexto mais amplo de direitos e obrigações.

Isto posto, considerando que diante dos paradigmas constitucionais o indivíduo é cada vez mais considerado em conjunto com a coletividade, devemos ter em mente que a concepção de ressarcimento dos danos não deve se ater à mera satisfação do indivíduo, devendo alcançar o verdadeiro reequilíbrio social, a prevenção e a precaução de comportamentos antissociais, beneficiando a própria sociedade.

²⁸⁰SCHREIBER, Anderson. As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. 22 edição. Rio de Janeiro: RTDC, 2005, p.60.

²⁸¹MELO, Diogo L. Machado. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Vol. 5. São Paulo: Editora Método, 2006.

²⁸²CAPPELETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 26-29.

Nessa linha de raciocínio, ganha destaque a nova tendência da responsabilidade civil consubstanciada na prevenção e precaução de danos, pois a partir de uma revisão crítica de sua estrutura e função chega-se à conclusão de que nem sempre reparar os danos é a melhor forma de solução, motivo pelo qual Anderson Schreiber pondera²⁸³:

O que se pretende aqui ressaltar é, na verdade, o crescente reconhecimento pela ordem jurídica de outros instrumentos diversos da responsabilidade civil que podem ser opostos aos danos injustos. Nesse sentido, fala-se hoje, sobretudo, em prevenção e precaução de danos. Por prevenção entende a doutrina toda e qualquer medida destinada a evitar ou reduzir os prejuízos causados por uma atividade conhecidamente perigosa, produtora de risco atual, enquanto o conceito de precaução estaria ligado à incerteza sobre a periculosidade mesma da coisa ou atividade, ou seja, ao evitar ou controlar um risco meramente potencial. Na mesma direção, fala-se, ainda mais recentemente, em *risk management* como técnica que, somada à responsabilidade civil, buscaria identificar os pontos de risco em cada estrutura organizacional e eliminá-los antes da produção de danos.

Vê-se, portanto, que todas essas técnicas pretendem, na verdade, administrar os riscos e as potenciais lesões a interesses que são albergados pelo ordenamento jurídico. Os instrumentos utilizados para tanto são múltiplos, passando quase sempre pela imposição de normas legais que revelam a necessidade de instituição de comportamentos prévios, preventivos e regulamentados e pela fiscalização por parte do poder público – basta pensar em setores econômicos setorizados, como os serviços de telefonia e de energia elétrica, devidamente fiscalizados. Sobre essa tendência de socialização dos riscos, válidas são as assertivas de Edwige Belliard²⁸⁴:

A tendência geral está na extensão da cobertura dos riscos e no recurso, quando sua probabilidade ou sua extensão não foram identificadas no momento certo e que a satisfação do pedido de reparação se torna necessária, a mecanismos híbridos, misturando em graus diferentes segurança, responsabilidade e solidariedade. Esta tendência, com contornos mal definidos, é resumida pela expressão “socialização do risco”, que não é desprovida de imperfeições. Não é exatamente o risco que é socializado, são as suas consequências danosas e a sua indenização. O temor do risco não é também, necessariamente, o mais adequado para descrever, com todo o rigor, eventualidades, perigos e ameaças que não facilitam uma avaliação a priori.

O paulatino reconhecimento por parte da doutrina e da jurisprudência de que os danos injustamente sofridos podem ser resolvidos não só pela pretensão indenizatória traduz a importância do desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil no processo de mitigação desses danos, na medida em que reparte entre os diversos agentes potencialmente lesivos, por meio da cobrança dos prêmios, os custos globais advindos da indenização de todos os danos derivados daquela atividade²⁸⁵.

²⁸³ Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.215-216.

²⁸⁴ Tais considerações foram redigidas por Edwige Belliard, relator geral e um dos auditores da seção de relatórios e dos estudos do Conselho de Estado Francês (Conseil d'Etat) sobre o tema da responsabilidade do Poder Público, que foi publicado pelo Centro Universitário de Brasília em 2006, p. 9-10. Vale salientar que tais considerações foram adotadas pela Assembléia Geral do Conselho de Estado realizada em 03/02/2005.

²⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. Op.cit., nota 285, p.219.

Não é por outro motivo que os seguros de responsabilidade civil ganham importância também na seara do profissional liberal, ainda que isso ocorra de maneira incipiente no Brasil. No entanto, a experiência estrangeira dimensiona a relevância que devemos conferir a esse processo, razão pela qual esta pesquisa se propõe a pormenorizá-lo²⁸⁶.

3.5.2 O Contrato de Seguro de responsabilidade civil profissional para advogados

O contrato de seguro está regulado pelos artigos 757 a 802 do Código Civil, tendo como principais características a onerosidade, a bilateralidade, a aleatoriedade e o fato de ser um contrato de adesão através do qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”. Trata-se, pois, de uma das garantias da reparação civil, com a finalidade de aliviar o responsável pela indenização decorrente de ato lesivo²⁸⁷.

O contrato de seguro contemporâneo tem sua origem histórica no seguro marítimo que surgiu no século XV durante a expansão ultramarina européia, como meio de suavizar os prejuízos causados aos proprietários dos navios em virtude dos abalroamentos, saques e naufrágios²⁸⁸. Sua evolução, no entanto, ocorreu de forma paralela ao desenvolvimento da responsabilidade civil.

Com o assentamento do princípio de reparação integral dos danos, decorrente da mudança de concepção em torno do eixo da responsabilidade civil, que passou a ser a proteção da vítima e não a punição do ofensor, consoante esclarecido no último tópico, o profissional liberal sentiu a necessidade de resguardar-se através dos seguros profissionais, uma vez que passou a ser alto o risco de seu patrimônio ser arruinado diante da necessidade imperiosa de indenizar a vítima em virtude de eventuais prejuízos sofridos por falhas de seus serviços. Com efeito, além de garantir a indenização por dívida do segurado, o contrato de seguro possui uma função social, pois assegura a reparação da vítima.

²⁸⁶ O seguro, na verdade, revela também uma forma de solidariedade na medida em que se apoia na mutualização, ainda que não consubstancie uma verdadeira socialização do risco. Por isso, trabalharemos, no próximo tópico, o desenvolvimento dos contratos de seguros de responsabilidade civil profissional, na medida em que são cada vez mais utilizados pelos advogados e escritórios de advocacia.

²⁸⁷ Para Aguiar Dias, o contrato de seguro consiste no contrato em virtude do qual, mediante prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarreta sua obrigação de reparar o dano (DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 804).

²⁸⁸ Cf. ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 27-33. O autor define juridicamente o seguro como sendo “a transferência do risco de uma pessoa para outra” e tecnicamente, como sendo “a divisão entre muitas pessoas dos danos que deveriam ser suportados pelo segurado”(p.59).

Nesse contexto, sobretudo em razão da máxima de que “errar é humano”, os riscos e os custos das atividades profissionais elevaram-se de forma diretamente proporcional. Assim, no caso dos advogados, sob pena de redução do número de profissionais no mercado e, por via de consequência, de comprometimento do acesso à justiça, o seguro surge como solução que assegura ao profissional a capacidade de arcar com os prejuízos sofridos por seu cliente por eventuais falhas técnicas, e também de proteger seu patrimônio, na medida em que só arcará com o valor do prêmio e da franquia.

Isso porque atualmente é cada vez mais exigido dos profissionais um nível de excelência que implica exposição crescente para a possibilidade de questionamento quanto à entrega de serviços em alto nível de qualidade. Nesse cenário, os seguros de responsabilidade civil profissional visam cobrir as reclamações feitas por terceiros (principalmente clientes), decorrentes de danos causados pelo segurado pelas falhas na prestação dos serviços profissionais do escritório de advocacia²⁸⁹.

Este tipo de seguro é a melhor ferramenta para proteger o patrimônio do segurado, que pode ser utilizado para reparar prejuízos a terceiros, bem como garantir que essa reparação seja feita da forma mais eficiente possível. Ou seja, se, por um lado, quem foi prejudicado merece ter seu dano reparado da melhor forma possível, quem causou um dano de forma involuntária não pode ver seu patrimônio diminuído por um fato que não era de sua vontade acontecer.

Portanto, em um ambiente cada vez mais competitivo, o seguro de Responsabilidade Civil Profissional faz com que os segurados tenham uma vantagem em relação aos concorrentes, pois disponibilizam ferramentas de proteção aos seus clientes. Ainda, o seguro melhora a imagem do profissional, pois a preocupação com a qualidade de entrega do serviço pode ser um diferencial importante na conquista de nova clientela. Em relação ao profissional liberal, esse tipo de contrato se tornou muito comum entre médicos e advogados, pois a atividade que desempenham está diretamente relacionada com a vida e com a liberdade dos indivíduos, de forma que o risco de ocorrência de danos graves é alto. A premissa desse contrato é, pois, justamente a diminuição do risco individual do segurado a partir da ampliação da base de contribuintes e da criação de um fundo indenizatório.

²⁸⁹ A modalidade de seguro de responsabilidade civil profissional se divide em várias espécies, como a de corretores de seguro e firmas de auditoria, de estabelecimentos como hospitais e a dos profissionais liberais. Neste último, conforme ditames do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade será dependente de culpa, excetuando a cobertura das outras modalidades que dá materialidade à Teoria do Risco. Cf., in SANTOS, Suzanne Dobignies. O seguro da responsabilidade civil do profissional liberal. Artigo publicado em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1959/O-seguro-da-responsabilidade-civil-do-profissional-liberal>, consultado em 01/02/2011.

O objeto do contrato de seguro de responsabilidade civil do advogado, portanto, é o reembolso do segurado até o limite máximo da importância segurada, das quantias pelas quais vier a ser condenado a indenizar civilmente seus clientes, em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou em acordo autorizado de modo expresse pela seguradora, relativas às reparações por prejuízos involuntários causados a terceiros, decorrentes de erros ou omissões cometidos pelo segurado no exercício da profissão de advogado ou consultor jurídico²⁹⁰. Vê-se, portanto, que a responsabilidade da seguradora limita-se ao teto contratual, de modo que o excedente de responsabilização deverá ser suportado pelo segurado²⁹¹.

A cobertura desse tipo de seguro se estende, normalmente, por todo território nacional, durante o tempo de vigência do contrato, desde que a comunicação do dano seja feita à seguradora e ao reclamado pelo terceiro prejudicado. Estão excluídos de sua incidência os riscos decorrentes de guerras, comoções populares, greves e inadimplementos contratuais resultantes de dolo ou por atos praticados em estado de insanidade mental ou alcoolismo contumaz. Pode abranger tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual, podendo o contrato ser individual ou coletivo, desde que todas essas condições estejam previstas na apólice do seguro.

Grande parte das apólices não cobre a atuação dos terceiros colaboradores, ou, seja, a terceirização dos serviços. Assim, se determinado escritório segurado, contratado pelo cliente, que fora atraído pelo seu nome e reconhecimento no mercado, por algum motivo como a sobrecarga de processos, acaba contratando um terceiro profissional habilitado para, por exemplo, realizar a peça, os atos praticados por este terceiro, comumente, não são assegurados pela apólice do seguro de responsabilidade civil²⁹².

Em alguns países, a contratação de seguros de responsabilidade civil do advogado é obrigatória, e prevista, inclusive, em lei. É o caso da França, país em que, desde 1972, a

²⁹⁰ Nessa direção, POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil e Aspectos Internacionais*. São Paulo: Editora Manuais Técnicos de Seguros, 1997, p.384-386.

²⁹¹ Em relação à fixação de valores devem ser consideradas as necessidades de cada tipo de escritório ou profissional, conforme sua exposição ao risco. Em site especializado nesse tipo de seguro, sugere-se que o segurado compare três alternativas de custos e coberturas, que transcrevemos a seguir: Segurado Pessoa Jurídica habilitada pela OAB; Advogados sócios, não sócios, representantes, empregados, paralegais e correspondentes; Sucessores legais de qualquer pessoa segurada; Coberturas do seguro As coberturas básicas do seguro são: - Danos Materiais - Danos Corporais - Danos Morais; - Perdas Financeiras decorrentes de Sinistros Cobertos; - Custas Judiciais e Honorários Advocatícios (inclusive para processos disciplinares e criminais, quando decorrente de risco coberto); - Despesas para gerenciamento de crise (sublimite de 20%); - Despesas para recomposição de imagem e reputação (sub-limite de 20%); Coberturas opcionais: É admitida, mediante análise prévia, a contratação de cláusulas e coberturas especiais, de acordo com a necessidade pontual de cada segurado. Constam ainda, no mesmo site, informações suplementares sobre o a abrangência territorial, temporal e as excludentes de cobertura. Consulta realizada em 02.02.2011 junto ao site. <http://www.coralprev.com.br/faq1.html>.

²⁹² No mesmo sentido dispõe o artigo 441 do Código Comercial Português. Cf., in Almeida, L. P. Moitinho de. *Responsabilidade civil dos advogados*. Coimbra Editora Limitada, 1985, p.26.

Ordem dos Advogados é obrigada a subscrever com uma seguradora apólice abrangendo todos os advogados inscritos em seu quadro²⁹³.

No Brasil, embora a adesão a este tipo de seguro não seja obrigatória, sua procura tem se tornado muito frequente, na exata medida em que o número das ações indenizatórias propostas em face dos advogados vem crescendo. Recentemente, por exemplo, foi divulgada uma notícia na imprensa sobre um grande escritório de advocacia que ao defender os interesses de uma conhecida artista de TV interpôs um recurso em peça processual apócrifa que, por via de consequência, deixou de ser conhecido. Por sorte dos advogados envolvidos, o escritório era segurado, de modo que foi evitado um prejuízo no patamar de mais de dois milhões de reais, montante da indenização destinado à artista e pago pela seguradora²⁹⁴.

Em suma: a contratação de seguros de responsabilidade civil é uma forte tendência de um futuro não longínquo e sua adesão por profissionais liberais como os advogados – a despeito de o regime de responsabilidade ser subjetivo – vem demonstrar, concretamente, um processo de objetivação do dever de indenizar, que passa a ser suportado pelas seguradoras. Não é a toa que se chega a defender que “as habituais defesas inflamadas da responsabilidade subjetiva convertem-se, atualmente, em batalhas teóricas que a prática tende, gradativamente, a ignorar²⁹⁵”.

²⁹³ A contratação de tais seguros também é obrigatória na Holanda, Áustria, Alemanha e Reino Unido. Cf. in Almeida, L. P. Moitinho de. Responsabilidade civil dos advogados. Coimbra Editora Limitada, 1985, p.25.

²⁹⁴ VIEIRA JR, Antonio Laert. *Apud.* ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados nas auditorias jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 164-165.

²⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.221.

4 CONCLUSÃO

As pessoas que falam muito, mentem sempre, porque acabam esgotando seu estoque de verdades.
(Millôr Fernandes)

Começar algo sem saber como terminá-lo é algo inerente ao ser humano, e é com essa angústia que iniciamos esta conclusão²⁹⁶. No entanto, sob pena de contrariar a epígrafe, por mais que a contradição seja um forte atrativo, prometemos não nos alongar nessa árdua tarefa de rememorar o que foi exposto. Façamos, então, um breve apanhado.

1. Vimos que a relação estabelecida pelo advogado e seu cliente possui uma série de características que determinam a natureza multiforme do negócio jurídico apto a regulamentá-la, de forma que a normativa adequada deve ser identificada diante do caso concreto, desde que respeitados os requisitos legais inerentes à necessária representação via procuração judicial.
2. Outrossim, após analisarmos os aspectos éticos e técnicos dos deveres do advogado, principalmente no que concerne ao dever de informar, na esteira do que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, defendemos a aplicabilidade do consentimento informado à relação advogado-cliente, vez que são categorias estritamente conectadas. Na mesma direção, salientamos a importância da atualização permanente do profissional, principalmente em relação à jurisprudência dominante, sob pena de configuração do dever de indenizar.
3. No segundo capítulo, chegamos à conclusão de que, de regra, o CDC é aplicável aos serviços prestados pelos advogados naquilo em que não conflitar com as regras do Estatuto da Ordem e do Código de Ética e Disciplina da profissão. E que, por isso, e pelas peculiaridades que seu exercício apresenta e justamente por constituir-se uma exceção junto ao sistema consumerista – na medida em que a responsabilidade atribuída aos profissionais liberais é subjetiva –, os instrumentos previstos no intuito de facilitar a defesa do consumidor devem ser aplicados com cautela e em perfeita consonância às particularidades da profissão, identificáveis por intermédio da legislação específica ou através do caso concreto.
4. Com efeito, constatamos que a inversão do ônus da prova pode ser aplicada, desde que o seja mediante decisão fundamentada do magistrado e desde que os requisitos legais sejam preenchidos casuisticamente, devendo a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações

²⁹⁶ Nessa direção, o pai do existencialismo, Jean Paul Sartre, profetizou: “Um amor, uma carreira, uma revolução: outras tantas coisas que se começam sem saber como acabarão”.

ser identificadas pelo intérprete consoante às particularidades do exercício da profissão e da relação jurídica estabelecida entre o advogado e seu constituinte.

5. Em seguida, tentamos promover uma análise funcional e não meramente estrutural das classificações tradicionais no que concerne à responsabilidade civil do advogado. Em relação à clássica dicotomia existente entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, por exemplo, verificou-se que as semelhanças entre os dois regimes são maiores que as diferenças, as quais, na verdade, são assessórias e relativas à normativa de regência, aos critérios de apreciação, extensão e ressarcimento, traduzidos a partir da modalidade de prova e de apuração do dano.

6. No mesmo sentido, registrou-se, a partir do entendimento de Savatier, que a inversão do ônus da prova da culpa, em favor da vítima, se justifica por conta da extensão da obrigação e não em razão do caráter contratual ou extracontratual da relação, de modo que a questão central passou a ser a categorização entre as obrigações de meios e resultados, cuja pormenorização deu ensejo à identificação de três diferentes correntes de pensamento: os que entendem que os advogados exercem atividade de meios, os que defendem ser de resultado e os que admitem a dupla possibilidade.

7. Analisou-se, outrossim a utilidade dessa dicotomia, ante o seu questionamento por parte da doutrina mais moderna que vê a finalidade como um dos elementos ínsitos à obrigação e constatou-se que, embora reduzida a sua importância, a classificação entre as obrigações de meio e resultado, combinada com o exame da causa do contrato e da natureza obrigacional permite que se chegue a uma conclusão mais adequada acerca do alcance do inadimplemento, ajudando, nesse sentido, na aferição ou não da responsabilidade civil do profissional.

8. Verificamos que dois processos de objetivação ocorreram em paralelo: a objetivação da responsabilidade civil de maneira global e a objetivação do próprio conceito de culpa e que cada um desses acontecimentos, a sua maneira, contribuiu para a perda da nitidez entre as responsabilidades de cunho objetivo e subjetivo.

9. Com efeito, concluiu-se que a responsabilidade do advogado pode ser perfeitamente aferida a partir do conceito normativo de culpa, na medida em que não é difícil erigir *standards* comportamentais de caráter objetivo. Aliás, o próprio Estatuto da OAB, bem como o Código de Ética e Disciplina, juntamente com os tribunais de ética dispostos por cada seccional da instituição se encarregam dessa tarefa.

10. Em relação à responsabilidade das sociedades de advogados, a posição que nos parece mais adequada é aquela que se fundamenta na responsabilidade subjetiva da sociedade, na

medida em que defender a responsabilidade objetiva dessas pessoas jurídicas implicaria a derrogação tácita do disposto no art.32 do EAOAB e no art.14, §4º do CDC, que atribuem ao advogado responsabilidade subjetiva.

11. Por via de consequência, a despeito de merecer tratamento legal diferenciado e das nuances que apresenta, a responsabilidade civil das sociedades de advogado em muito se aproxima da responsabilidade dos autônomos, na medida em que sua essência continua sendo subjetiva e que dá ensejo, na maior parte dos casos, às ações regressivas. No entanto, é um tema que merece ser enfrentado de forma mais assente tendo em vista que hodiernamente são cada vez mais raros os profissionais que atuam de forma autônoma.

12. Ultrapassadas as premissas teóricas, no terceiro capítulo foram tratadas três hipóteses concretas de responsabilização do advogado. A responsabilidade pela perda de uma chance foi uma delas, oportunidade em que se chamou atenção para as particularidades que a diferenciam das outras situações que envolvem o dever de indenizar. Isso porque, especificamente em relação à perda de uma chance por erro do advogado, nunca se saberá, com plena certeza, qual será a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do patrono, deixou de apreciar definitivamente a pretensão de seu cliente.

13. Vimos que a responsabilidade pela perda de uma chance abarca inúmeras hipóteses nas quais, geralmente, o patrocinador da causa falha, por omissão ou por qualquer outra forma análoga, deixando o direito de seu constituinte sem resposta jurisdicional. Assim, em tais casos, o cliente deixa de ver apreciado seu interesse em razão da inépcia ou da falta de técnica de seu advogado. Em suma, constatou-se que a grande pergunta a ser feita para saber se o advogado deve ou não ser responsabilizado pela perda de uma chance é a seguinte: com base na doutrina, nos entendimentos jurisprudenciais e nas súmulas, se a questão tivesse sido apreciada pelo poder judiciário, o cliente teria obtido êxito em sua demanda?

14. Nessa toada, verificou-se que embora a frustração do cliente de não ter sua demanda apreciada por uma falha técnica de seu advogado cause sempre um dano de natureza moral, também é plenamente reconhecível o prejuízo material que eventualmente possa decorrer deste erro. Com efeito, o fato de o prejuízo não corresponder necessariamente ao valor do bem da vida que era objeto da demanda jurídica não lhe retira seu aspecto patrimonial. Ou seja, a necessidade de avaliar a extensão do dano casuisticamente e o seu arbitramento não fazem com que o dano mude de natureza jurídica.

15. Constatou-se, no entanto, que a natureza do prejuízo e a possibilidade de êxito, na verdade, influenciarão, sobremaneira, a análise da extensão do dano, pois se a vítima juntar provas contundentes acerca da possibilidade de êxito econômico ou material, o arbitramento

de um valor indenizatório mais alto é mais provável. Com efeito, o arbitramento será sempre necessário. A natureza do prejuízo – se moral ou material – e a possibilidade de êxito existente em torno da demanda – se alta ou baixa–, por via de consequência, são fatores que influenciarão na fixação do *quantum debeatur*. Em suma, a natureza da chance perdida é importante na individualização do caso e por isso não se mostra oportuna a generalização segundo a qual todos os danos decorrentes da perda de uma chance possuem caráter moral.

16. Logo após, apurou-se que a lei brasileira seguiu a tendência de não incluir a figura do advogado nos casos de litigância de má-fé, preferindo remeter a questão ao órgão censório da categoria. No entanto, constatou-se que, na atualidade, o simples controle extrajudicial pela OAB não é suficiente no propósito de prevenir e reprimir de forma eficaz a atuação temerária na advocacia, razão pela qual surge crescente tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de admitir a responsabilização solidária do advogado pelos atos abusivos praticados com dolo ou culpa na via jurisdicional.

17. Por isso, a despeito da ausência de uma previsão legal no sentido de responsabilização do advogado por abuso do direito processual, já que o parágrafo único do art.14 atribui tão somente esse ônus à parte, justifica-se o surgimento de correntes doutrinárias defensoras da responsabilidade solidária do advogado por litigância de má-fé basicamente por duas razões: pela busca em prol do desenvolvimento regular e célere do devido processo legal e também em virtude da importância atualmente conferida à prevenção e precaução de danos, posto que, a partir da atribuição de responsabilidade aos advogados desidiosos, são evitadas demandas indenizatórias propostas por clientes que se julgem prejudicados pela má atuação de seus patronos.

18. Concluímos, ainda, ser consenso que existe forte tendência dos advogados em pleitear liminarmente medidas de cunho satisfativo ou cautelar de modo a atender de forma mais célere e eficaz os interesses de seus clientes. Tanto é verdade que o índice de pedidos de antecipação de tutela não para de crescer. Na maior parte dos casos, tais medidas são confirmadas em âmbito definitivo, de modo que de seus efeitos imediatos não decorrem maiores prejuízos. No entanto, quando são revertidas ao final do processo, em sede de cognição exauriente, os efeitos jurídicos decorrentes de seu deferimento, muitas vezes, devem ser corrigidos pela parte que se beneficiou com a antecipação da tutela, conforme reza a responsabilidade objetiva tratada pelo art.811 do CPC.

19. Nessa direção, constatamos existirem inúmeros questionamentos, dentre os quais ressaltamos: é possível atribuir tal responsabilidade ao advogado que pleiteou a medida cautelar? Em quais situações?A eventual atribuição de responsabilidade ao advogado poderia

ser aferida de modo objetivo, tal como dispõe a lei, ou sua aferição dependeria da existência de culpa? Seria possível atribuí-la de modo direto ou somente através da via regressiva?

20. Primeiramente, entendemos ser possível atribuir a responsabilidade ao advogado desde que este tenha agido, ao pleitear a medida cautelar/liminar, em desacordo às instruções do cliente ou se não tiver repassado claramente e de forma inequívoca as informações pertinentes ao risco de sua execução. Vê-se, no entanto, que seria uma responsabilidade subjetiva, pois dependente de uma violação de *standard* comportamental esperado desse profissional. Logo, dificilmente é um ônus que pode ser aferido de modo direto, uma vez que a lei dispõe, em tais casos, que a responsabilidade da parte é objetiva. Portanto, o caminho mais fácil para a vítima de eventuais prejuízos decorrentes da execução da medida cautelar/liminar finalmente revertida seria a responsabilização direta da parte que, caso insatisfeita com seu advogado, poderia fazer uso da ação regressiva.

21. De toda sorte, vimos que, dependendo da premissa escolhida pelo intérprete julgador, as tutelas serão deferidas ainda que a irreversibilidade fática esteja constatada, a despeito do disposto no art.273, §2º do CPC, de modo que a reversão da medida ao final do processo pode dar ensejo ao dever de indenizar, não simplesmente por culpa do advogado que poderia prever a reversão, mas também por um critério de julgamento. Apurou-se, portanto, que a responsabilidade do advogado cinge-se aos casos em que tenha agido com desídia em relação às instruções de seu cliente, ou nos casos em que não o tenha advertido acerca dos prejuízos e riscos provenientes de sua execução, em razão de seu caráter provisório. Trata-se, na verdade, de questão a ser pesquisada com mais profundidade pela doutrina na medida em que o uso das tutelas de urgência faz parte da ordem do dia.

22. Encerrou-se o último capítulo abordando as questões atinentes às novas tendências da responsabilidade civil, sobretudo em relação à prevenção e precaução de danos a partir da adoção dos seguros de responsabilidade profissional. Isso porque, diante dos novos paradigmas constitucionais, verificou-se ser o indivíduo cada vez mais considerado em conjunto com a coletividade, motivo pelo qual concluiu-se que a concepção de ressarcimento dos danos não deve se ater à mera satisfação do indivíduo, devendo alcançar o verdadeiro reequilíbrio social, a prevenção e a precaução de comportamentos antissociais, beneficiando a própria sociedade.

23. Vimos que, com o assentamento do princípio de reparação integral dos danos, o profissional liberal sentiu a necessidade de resguardar-se através dos seguros profissionais, uma vez que passou a ser alto o risco de seu patrimônio ser arruinado diante da necessidade imperiosa de indenizar a vítima em virtude de eventuais prejuízos sofridos por falhas de seus

serviços. Assim, além de garantir a indenização por dívida do segurado, o contrato de seguro possui uma função social, pois assegura a reparação da vítima.

24. Verificou-se, assim, que este tipo de seguro é a melhor ferramenta para proteger o patrimônio do segurado, pois pode ser utilizado para reparar prejuízos a terceiros, bem como para garantir que essa reparação seja feita da forma mais eficiente possível. Ou seja, se por um lado, quem foi prejudicado merece ter seu dano reparado da melhor forma possível, quem causou um dano de forma involuntária não pode ver seu patrimônio diminuído por um fato que não era de sua vontade acontecer.

25. Diante do exposto, concluiu-se que a contratação de seguros de responsabilidade civil é uma forte tendência de um futuro não longínquo e sua adesão por profissionais liberais como os advogados – a despeito de o regime de responsabilidade ser subjetivo – vem demonstrar, concretamente, um processo de objetivação do dever de indenizar, que passa a ser suportado pelas seguradoras.

Depois de tantas constatações, digressões e avaliações, a única certeza restante é a necessidade imperiosa de que o debate deve continuar, não só porque inúmeras questões ainda suscitam dúvidas, mas também porque as novas tendências da responsabilidade civil e do processo contemporâneos reclamam por um novo olhar.

Assim, sob a égide metodológica e acadêmica, a pretensão é de que o trabalho tenha contribuído no sentido de delinear de modo sistemático, funcional e consentâneo com os ditames constitucionais as principais contendas que pulverizam o tema, de modo a mitigar classificações ultrapassadas e dicotomias já superadas ou ainda em fase de superação. Da mesma forma, pretende-se demarcar que as hipóteses concretas de responsabilização, então destacadas, merecem maior acuidade da doutrina, na medida em que fazem parte da ordem do dia nos tribunais, mas ainda são carentes de uma coordenação sistemática coerente e consistente.

De outra parte, sob o aspecto social, espera-se que o presente estudo desperte as atenções dos advogados acerca dos cuidados e diligências que devem permear suas atividades, não só a fim de evitar prejuízos decorrentes de eventuais demandas indenizatórias propostas por clientes insatisfeitos, bem como de prevenir a ocorrência de danos a esses clientes, mas também no intuito de resgatar o prestígio que um guardião de interesses privados merece ter e que ultimamente anda comprometido por pretensões mesquinhas e mercenárias.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 718, pp. 33-53, ago. 1995.

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. *Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados nas auditorias jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALMEIDA, L.P de. *Responsabilidade Civil dos Advogados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol.II. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ALVIM, Arruda. *Resistência injustificada ao andamento do processo*. *Revista de Processo*, RT, nº 17, jan a mar/80.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil-Introdução*. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2003.

AMÉZAGA, Juan José. *La responsabilidad por culpa, unidad genérica y diferencias específicas*. *Revista de Derecho, Jurisprudencia Administración*, t.36.

ANDRADE, Fabio Ziebeneichler. *Responsabilidade civil do advogado*. *Ajuris*. Porto Alegre, n. 59, nov. 1993, pp. 90-112.

ARAÚJO, Justino Magno. *Aspectos da responsabilidade civil do advogado*. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, v.53, n.337, p.37-52, nov., 2005.

ASSUNÇÃO, Flávia R. Farias da Costa. *O perigo da irreversibilidade: Uma visão do art. 273, § 2º, do CPC à luz de uma tutela jurisdicional efetiva*. Publicado em <http://bdjur.stj.gov.br>. Consulta em 24/01/2011.

BARREIROS NETO, Jaime. *Aspectos gerais da responsabilidade civil do advogado no Direito brasileiro*. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA*, n.11, p.165-186, jan./dez., 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1957.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*, Brasília, Brasília Jurídica, 2007.

BOLSON, Simone Hegele. *A responsabilidade civil do advogado à luz do Código de defesa do consumidor e do Estatuto da advocacia*. Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, v.32, n.1/2, p.83-106, dez., 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica, 1940, p.n98.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Princípio da vulnerabilidade*, in Maria Celina Bodin de Moraes (org.), *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO SANTOS, J.M.de, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 4ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1952, vol. 16.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª, 8ª e 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Médica*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 707, pp 07-13, set. 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 386, pp. 26-35, dez. 1967.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*. Direito empresarial contemporâneo – Adalberto Simão Filho, Newton de Lucca (coord.). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 265.

COMPARATO, Fábio Konder. *A função do advogado na administração da justiça*. In Revista dos Tribunais, nº694, Agosto de 1993.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo : Bushatsky, 1976.

CRISTIANO, Romano. *Obrigações de meio e obrigações de resultado*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 554, pp. 28-35, dez. 1981.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (pp. 147-180).

CRUZ, Adenor José da. *Responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance de um direito demandado, em juízo, investigada sob a luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência*. Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, n.3, p.100-93, 1. quinz. fev., 2010.

DIAS, Francisco Barros. “*Litigância de má-fé e responsabilidade solidária do advogado*”. Texto extraído da internet no site www.jfrn.gov.br em 20/01/2010.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade dos médicos*. Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas. São Paulo, n. 05, pp. 07-31, mai. 1994.

_____. *Da Responsabilidade Civil*, 11^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: Ltr, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 4^aed.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII (...)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DONI Júnior, Geraldo. *Responsabilidade civil do advogado & a ética no exercício da profissão*. Curitiba:Juruá, 2001.

FARAH, Elias. *Advocacia e responsabilidade civil do advogado*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v.7, n.13, p.181-208, jan./jun., 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil, teoria geral*. 2^aed. Rio de Janeiro, 2005.

- FERRAZ, Sergio e MACHADO, Alberto de Paula. *Ética na advocacia*. Brasília: OAB, 2004.
- FERRAZ, Sérgio. *Regras deontológicas e Ética na Advocacia: estudos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FILHO, José Olimpio de Castro. *Abuso do direito no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A responsabilidade civil dos médicos*. *Ajuris*. Porto Alegre, n. 55, pp. 116-139, jul. 1992.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad Profesional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- GIDDENS, Antony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. R. Filker. São Paulo: Unesp, 1995.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- IWAKURA, Cristiane Rodrigues. *Da responsabilidade do advogado pelo abuso do direito no processo civil*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, nº76, Julho de 2009.
- JUNGES, José Roque. *Exigências éticas do consentimento informado*. *Revista Bioética*, 2007, v.15, p. 77-82.
- JÚNIOR, Mairan Gonçalves Maia. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- JÚNIOR, Tércio Samapio Ferraz. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Verbete “Aristóteles”. Org.: Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. *A proteção pela aparência como princípio*. In *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. (Org. Maria Celina Bodin de Moares). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro 2009* (Tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação estritru-sensu da UERJ).

LIMA, Alvino, “*A jurisprudência – fonte do direito*”, Estudos de direito civil (trabalhos jurídicos ofertados como títulos no concurso de professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 1938.

LIRA, Ricardo César Pereira. *Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica*. Análise dogmática. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro , nº 06, set.-dez. 1996, pp. 75-82.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil. *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, v. 46, p.41-76, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La oferta como apariencia e la aceptación basada en la confianza*. In *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 35, jul-set.,2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova*. *Ajuris*. Porto Alegre, Ed. Esp. n. 2, pp. 541-550, mar. 1998.

_____. *Comentários do Estatuto da Advocacia*. 2ªed., Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. *Responsabilidade civil do advogado*. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 10, pp. 211-220, abr./jun. 2002.

LOPES, Edgard de Oliveira. *Aspectos da responsabilidade civil do advogado*. *Ciência Jurídica*, v.18, n.116, p.317-329, mar./abr., 2004

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. IV, 5 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPEZ, Tereza Ancona. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. In: *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Yussef Said Cahali (Coord.).

MAMEDE, Gladson. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia no setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. In, Revista dos Tribunais, ano 92, v.807, Janeiro de 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, vol. 4, processo cautelar, São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.*

MELO, Diogo L. Machado. *A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Vol. 5. São Paulo: Editora Método, 2006.*

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.*

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual. 2005. 220 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.*

MONTENEGRO, Antonio Linderbergh C.. *Ressarcimento de danos. São Paulo: Editora Lumen Iuris, 5ªed., 1998.*

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.*

_____. *A causa dos contratos. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.*

MORAIS, Antão. “A má redação de nossas leis – juristas e jurisprudência”, in RT 762/781.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora RT, nº22, abril/junho 1997.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: 2010, Editora GZ.

NADER, Paulo. *Responsabilidade Civil dos Juízes, Promotores de Justiça e advogados*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano III, n05, Maio de 2008.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: RT, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª edição, 2010, Editora Método.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Manuale di diritto civile*.5ed. Napoli: ESI, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ªed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil e Aspectos Internacionais*. São Paulo: Editora Manuais Técnicos de Seguros, 1997.

RENTÉRIA, Pablo. *A distinção entre obrigações de resultado e de meios no direito brasileiro*, São Paulo: Editora Método, no prelo.

REPRESAS. Felix AlbertoTrigo. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

RIBEIRO, Alex Sandro. *A responsabilidade civil do advogado brasileiro e o código consumerista*. Informativo Jurídico Consulex, v.17, n.32, p.7-14, 11 ago., 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 6ªed.

RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos em espécie, vol.III*. São Paulo: Atlas, 2006, 6ªed.

ROSSI, Júlio César. *Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados*. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Suzanne Dobignies. *O seguro da responsabilidade civil do profissional liberal*. Artigo publicado em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1959/O-seguro-da-responsabilidade-civil-do-profissional-liberal>, consultado em 01/02/2011.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*, vol. I, n.113.

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

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da Confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*. Separata da Revista Trimestral de Direito Civil, nº 22, ano 13, Padma, Rio de Janeiro.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *A representação no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. *A responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova*. Revista jurídica, São Paulo, v.55, n.351, p.21-42, jan., 2007.

SEGUÍ, Adela M. *Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna*. Separata da Revista de Direito do Consumidor, nº.52, ano 13, RT, São Paulo.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007.

SODRÉ, Ruy de A. *“Ética Profissional e Estatuto do Advogado”* – São Paulo: LTr, 1975.

SOUSA, Flávio Galdino de. *A responsabilidade civil do advogado*. Revista Jurídica da Universidade de Franca, v.4, n.6, p.69-76, maio, 2001.

SOUZA, Mário Guimarães e. *O advogado*. Recife: Editora Recife, 1935.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. Responsabilidade Civil* (Grandes Temas da atualidade, v.6). Coord. Eduardo de Oliveira Leite ,Álvaro Augusto Cestari e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar.

TEPEDINO, Gustavo (Organizador). “*Direito Civil Contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional*”. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. “*As relações de consumo e a nova teoria contratual*” in *Temas de Direito Civil*, Tomo I, 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Comentários ao novo código civil, v.X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte*/Gustavo Tepedino; coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. - Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Palma. Ano 01, v. 02, 2000.

_____. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the Best knowledge of the Sellers*. In, *Temas de Direito Civil*, t.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Notas sobre a função social dos contratos*. In, *Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUNC, André. *A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 778, pp. 755-764, ago. 2000.

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

VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. In “*Direito Civil Contemporâneo*”. TEPEDINO, Gustavo. Org. São Paulo: Atlas, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino, “*Antecipação da tutela*”, São Paulo, Saraiva, 1997.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade civil do advogado*. ADV Advocacia dinâmica : seleções jurídicas, n.10, p.5-23, out./nov., 2002.

_____. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Revista Forense, Ano 100, Julho-Agosto de 2004, Vol.374.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2004, 16ªed..

WIERZBA, Sandra M. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.