

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Curso de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor

Gisele Santos Cabral

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Porto Alegre

2014

Gisele Santos Cabral

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS.

Orientador: Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem.

PORTO ALEGRE

2014

Gisele Santos Cabral

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

**O trabalho foi aprovado pelos membros da banca examinadora, obtendo
conceito _____.**

**Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem
Orientador**

Professor examinador

Professor examinador

Porto Alegre

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que tornaram possível a realização deste trabalho.

Meu agradecimento ímpar ao meu orientador, Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem pela orientação prestada. Meu sincero apreço e profunda admiração ao professor que, através de sua sabedoria e dedicação, tornou-se responsável pela minha afeição ao Direito do Consumidor.

À Doutora Cláudia Lima Marques, pelo estímulo à qualificação profissional, o qual foi responsável pelo meu ingresso no curso de pós graduação

Ao estimado professor Alexandre Lipp João, pelo auxílio e artigos enviados, os quais foram de grande contribuição para a realização desta monografia.

Aos demais professores do Curso de Pós Graduação em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela excelência das aulas lecionadas.

À prezada Ades Sanches pela paciência e amizade que dedicou a nós, alunos do curso de especialização.

Sou grata também às bibliotecárias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo auxílio prestado.

Aos colegas e amigos, pelo agradável convívio durante o curso.

À minha família, em especial aos meus pais, Paulo e Sulamita e ao meu filho Leonardo, meu amor incondicional.

A Jesus, Mestre dos mestres, meu louvor e eterna adoração.

Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. [...] Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade. Amar a pátria, estremecer o próximo, guardar fé em Deus, na verdade e no bem.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo teve como objeto a investigação da responsabilidade civil do advogado e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Seus principais objetivos foram: apresentar a discussão a respeito da possibilidade da aplicação da Lei nº 8078/1990 na responsabilidade civil do advogado; verificar a natureza da responsabilidade civil dos profissionais da advocacia, bem como a extensão da responsabilidade; identificar questões referentes ao tema na doutrina; coletar julgados de responsabilização civil do advogado de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça; adotar posicionamento enfrentando a questão objeto da pesquisa. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo, partindo da teoria geral para a análise do tema específico. Como métodos procedimentais foram utilizados o método monográfico. O método monográfico permitiu o estudo mais aprofundado do tema proposto, através da análise doutrinária para avaliar seus elementos, particularidades e dimensões. Das técnicas de pesquisa foi utilizada a documentação indireta. Foram consultadas fontes primárias como jurisprudência dos tribunais estaduais e Superior Tribunal de Justiça. Das fontes secundárias foram utilizadas a imprensa escrita e publicações. Apontou-se como resultado do estudo que a relação advogado-cliente não se trata de relação de consumo, visto que a advocacia é incompatível com a mercantilização. Foi concluído que a responsabilidade civil do advogado deve ser apurada de acordo com o Estatuto da Advocacia e da OAB, mediante verificação de culpa. O profissional da advocacia tem o dever de zelar pela justiça, agindo com zelo e diligência em relação ao cliente, conforme princípios morais e éticos. Portanto, a conduta inadequada do profissional, que acarreta dano patrimonial ou moral ao cliente, é passível de reparação mediante o instituto da responsabilidade civil.

Palavras chave: advogado, responsabilidade civil, relação de consumo.

RÉSUMÉ

Cette étude a eu comme objet l'investigation de la responsabilité civile de l'avocat et l'application du Code de Défense du Consommateur. Ses objectifs principaux ont été: présenter une discussion à propos de la possibilité de l'application de la Loi n° 8078/1990 dans la responsabilité civile de l'avocat; vérifier la nature de la responsabilité civile des professionnels du droit ainsi que l'extension de leur responsabilité; identifier les questions concernant le thème dans la doctrine; recueillir des sentences de responsabilisation civile de l'avocat dans des tribunaux de l'État et du Tribunal Supérieur de Justice; adopter un positionnement tout en confrontant la question de l'objet de la recherche. L'abordage du thème a été fait à travers la méthode déductive, en partant de la théorie générale pour l'analyse du thème spécifique. Comme méthode procédurale la méthode monographique a été utilisée. Cette méthode a permis une étude plus approfondie du thème proposé par l'intermédiaire de l'analyse doctrinaire pour évaluer ses éléments, ses particularités et dimensions. Les techniques de recherche utilisées ont été celles de la documentation indirecte. Des sources primaires ont été consultées comme la jurisprudence des tribunaux d'État et du Tribunal Supérieur de Justice. La source secondaire qui a été utilisée est la presse écrite et des publications. Comme résultat de la recherche on observe que le rapport avocat-client n'est pas celui de relation de consommation puisque que le métier d'avocat se montre incompatible avec la mercantilisation. On a conclu que la responsabilité civile de l'avocat doit être examinée selon le Statut du Métier d'Avocat et de l'OAB [Ordre des Avocats du Brésil], après vérification de culpabilité. Le professionnel du Droit a le devoir d'assurer la justice et d'agir avec soin et diligence au regard de son client, conformément les principes moraux et éthiques. Ainsi, la mauvaise conduite du professionnel, celle qui entraîne perte de patrimoine ou morale au client est passible de réparation moyennant l'institut de la responsabilité civile.

Mots-clés : avocat, responsabilité civile, relation de consommation

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A ATIVIDADE DA ADVOCACIA.....	10
2.1 Ética e moral como princípios norteadores do advogado.....	13
2.2 Deontologia e o Código de Ética e Disciplina da OAB.....	15
2.3 A natureza jurídica do serviço da advocacia.....	18
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL	22
3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	24
3.2 A natureza da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva	28
3.3 A responsabilidade nas relações de consumo	35
4. INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL	43
4.1 O conceito de fornecedor e consumidor.....	44
4.2 A responsabilidade civil do advogado e o Código de Defesa do Consumidor	48
4.3 A extensão da responsabilidade: teoria da perda da chance.....	61
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação trata da discussão a respeito da responsabilidade civil do advogado e a possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

A advocacia é uma profissão dignificada, que busca a defesa dos direitos sociais, a luta pela concretização dos direitos humanos, a fim de assegurar o Estado Democrático de Direito. Entretanto, algumas vezes, a atuação do advogado ocorre de forma adversa aos ditames profissionais, acarretando prejuízo a toda a sociedade, sobretudo ao cliente. Dessa forma, torna-se justificável para a responsabilidade civil do advogado.

Nesse contexto, surge o questionamento: quais as justificativas para a responsabilização do advogado? É possível utilizar o Código de Defesa do Consumidor na sua aplicação?

A responsabilidade civil do advogado vem dividindo a opinião da doutrina e jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se que consagrados doutrinadores no âmbito do Direito do Consumidor, admitem a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a responsabilização do profissional da advocacia. Entretanto, analisou-se que os principais manuais que versam sobre a atividade da advocacia não comungam da mesma opinião dos primeiros. A jurisprudência, da mesma forma, encontra-se dividida, não havendo por ora, matéria sumulada sobre a questão abordada. Ao realizar pesquisa sobre os julgados dos tribunais, foi encontrada uma inclinação jurisprudencial ao afastamento do Código do Consumidor para responsabilizar o profissional da advocacia.

Para justificar o tema, o presente trabalho é dividido em três capítulos. A primeira parte, é analisada a atividade da advocacia, a constitucionalização da profissão e a denominação de advogado, bem como a função que exerce a serviço da justiça e sociedade. Logo em seguida, faz-se uma abordagem sobre a ética e moral como princípios norteadores da profissão, analisa-se a deontologia do advogado e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Por fim, verifica-se a natureza jurídica do serviço da advocacia e suas implicações.

No capítulo seguinte, analisa-se o instituto da responsabilidade civil como um todo. Primeiramente, discorre-se sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil. Após, é feita a diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, para então, adentrar-se na natureza da responsabilidade civil, ou seja, quando esta é

subjetiva ou objetiva. Posteriormente, coloca-se em análise a responsabilidade nas relações de consumo, sua abordagem doutrinária e sua natureza jurídica.

No capítulo derradeiro, analisou-se a responsabilização do profissional pelo inadimplemento da prestação do serviço, fazendo uma análise da fundamentação da responsabilidade civil do advogado e procurando enfrentar o tema trazido à baila. Para justificar o posicionamento adotado, procurou-se através de doutrina especializada o conceito de consumidor e fornecedor. Em um segundo momento, analisou-se a responsabilidade civil do advogado buscando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, enfrentando a questão analisada. Por conseguinte, fez-se uma abordagem sobre a extensão da responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda da chance.

Dessa forma, o que se pretende demonstrar é que ao agir em desacordo com os princípios norteadores da profissão, é justificável a responsabilização civil do profissional, afastando-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, haja vista não se tratar de relação de consumo. O presente trabalho tem como diretriz a busca pela maior compreensão da responsabilidade civil do advogado, as formas como esta deve ser implementada de modo a que se alcance uma convicção, a fim de garantir uma maior proteção na busca pela justiça.

2. A ATIVIDADE DA ADVOCACIA

A advocacia é uma profissão posta a serviço da justiça. Isso ocorre porque o advogado não tem apenas a função de defender a lei, mas sua âncora profissional deve, acima de tudo, ser baseada na busca pela justiça.

O advogado é considerado um dos elementos da administração democrática da justiça. O artigo 133 da Constituição Federal assegura ser o advogado “indispensável à administração da justiça”, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. No plano infraconstitucional, a advocacia é regulamentada pela lei nº 8.906/1994 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, o Código de Ética e Disciplina da OAB, o Regulamento Geral da Advocacia e as resoluções do Conselho Federal da OAB.

A Carta Maior, portanto, assegura que o objeto de trabalho do profissional da advocacia é a justiça, diferenciando-se das demais atividades profissionais igualmente regulamentadas. Isso porque a advocacia é uma profissão que tem como diretriz base uma função social, ou seja, fazer justiça àqueles que estão privados de seus direitos em todos os aspectos da vida civil. Portanto, a remuneração tem (ou deveria ter) papel secundário frente à função social do advogado.

Com esse entendimento, Cláudio Lamacchia (2014)¹, enfatiza que o art. 133 da Constituição Federal, é um dispositivo fundamental sob todos os aspectos do ordenamento jurídico brasileiro, que garante a defesa das liberdades. O vice-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ressalta:

A leitura deste artigo deve ser feita de forma ampliada, pois não somos apenas indispensáveis à justiça no campo processual, mas também no campo social, na busca da igualdade, da fraternidade e da correção das desigualdades. Este é o papel efetivo de cada advogado.

No mesmo entendimento, José Afonso da Silva assegura: “os advogados são as supersensíveis antenas da justiça”. Prega que o advogado está sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo. Acresce ainda que a advocacia seja a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos poderes do Estado: o Poder Judiciário (SILVA, 2008, p. 596).

¹ Palestra proferida pelo advogado no Congresso Nacional da OAB, no painel “A Constituição de 1988 e o Advogado: Prerrogativas e Aspirações dos Advogados no Brasil Contemporâneo”.

As palavras dos juristas encontram eco no art. 2º do Código de Ética e Disciplina, o qual afirma que o advogado, indispensável à administração da justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da ordem pública, da justiça, da paz social, subordinando a atividade de seu ministério privado à função pública que exerce. Nessa linha, pode-se afirmar que os interesses pessoais do advogado jamais devem prevalecer sobre as funções sociais exercidas pelo mesmo, haja vista sua função social de defensor da justiça e da democracia.

O termo advogado é de origem latina, *advocatus*, sendo a união entre *ad* e *vocare* (falar por), ou seja, o advogado tem a função de falar em nome de alguém, defender os interesses de outrem. Para Eduardo Bittar (2009, p. 461), “o advogado é mensageiro e representante jurídico da vontade dos cidadãos”.

Portanto, a função do advogado é a busca pela justiça. Em consonância, Paulo Lopo Saraiva (2002): “Advogar significa falar pelo outro, defender o direito alheio, buscar a realização do Direito, que é a Justiça, sua quarta dimensão”.

O estatuto da OAB em seu art. 1º considera: advogado é bacharel em direito, inscrito no quadro de advogados da OAB, que realiza atividade de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes, e atividades de consultoria e assessoria em matérias jurídicas.

Pelas palavras de Paulo Lobo (2007, p. 20):

Apenas inscritos na OAB podem utilizar a denominação advogado, única utilizada no Brasil. Os cursos jurídicos não formam advogados (como não formam magistrados, procuradores, promotores de justiça, delegados de carreira, defensores públicos), mas bacharéis em direito [...]. Advogado não é gênero, mas espécie de profissional em direito.

Quer-se dizer com isso, que para denominar-se advogado, bem como exercer as prerrogativas pertinentes da advocacia, não basta ser bacharel em direito, mas é necessário, estar regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao advogado incumbe o *munus* público de conferir à população acesso aos seus próprios direitos. No caso de defesa técnica, o advogado é imprescindível para a participação no processo. Em relação ao *ius postulandi*, toca muito próximo ao problema do acesso à justiça, como pressuposto processual subjetivo relativo à parte (BITTAR, 2008, p. 462).

Assim, é imprescindível para haver tutela jurisdicional, a presença de advogado. O advogado, o juiz e o promotor constituem a tríade da prestação jurisdicional, que é a concretização da justiça (SARAIVA, 2002, p. 207).

A postulação da tutela jurisdicional, preventiva ou reparatória, de um direito individual, coletivo ou difuso, depende sempre da presença de um advogado. O dever de agir do advogado deve estar sempre em conformidade com a lei, ética, moral e com o interesse da coletividade. Como bem afirma Elias Farah (2008, p. 99): “essa enorme missão do advogado, nem sempre assim compreendida, é que faz da advocacia um sacerdócio da qual sociedade nenhuma pode prescindir”.

O advogado ainda, é escolhido através de seus atributos personalíssimos. O cliente constitui o advogado e lhe deposita confiança. O advogado tem o dever de fidelidade com o cliente, haja vista que será detentor de seus segredos, terá acesso às informações íntimas e também a possibilidade da resolução dos conflitos (NALINI, 2009, p. 305).

Nesse compasso, torna-se necessária a defesa dos direitos e das prerrogativas profissionais, pois é, no profundo interesse da cidadania, antes de ser do interesse dos advogados. Conforme prega Elias Farah (2008, p. 86):

Os direitos e as prerrogativas são condições ou requisitos, convenientes e benéficos, assegurados pela ordem jurídica, aos bacharéis de direito, inscritos na OAB, como prestadores de serviços profissionais, de caráter público, de relevante interesse da sociedade, para reivindicar e assegurar, com independência e liberdade, o cumprimento da lei ou colaborar para que os atos ou fatos sejam cumpridos nas áreas administrativas ou judiciárias, dentro da ordem.

Igualmente, o advogado deverá agir com dignidade e decoro profissional. Tal exigência não é apenas imposta no exercício das práticas forenses, mas também na sua vida privada. Além de abster-se de práticas ilícitas, como envolvimento em crimes de falsidade, lavagem de dinheiro entre tantos outros, toda e qualquer conduta incompatível, deverá ser descartada, como o uso de linguagem inapropriada, trajes que desprestigiam a prática profissional e vulgaridade pessoal.

Portanto, pode-se afirmar que o exercício profissional da advocacia não exige apenas qualificação técnica do advogado, mas uma conduta compatível com os princípios éticos e morais.

A advocacia é profissão de relevância social, vez que visa o acesso à justiça e a garantia do direito. Nesse sentido, Paulo Lobo (2007, p. 35) chama a atenção para a função social da advocacia:

A advocacia, sobretudo quando ministrada em caráter privado, é exercida segundo uma função social intrínseca. A função social é a sua mais importante e dignificante característica. O interesse particular do cliente ou da remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos e o bem comum.

Assim, entende-se que o advogado realiza a função social quando busca a concretização da justiça. Nesse sentido, a atuação profissional do advogado não pode ater-se apenas na aplicação pura da lei, mas em assegurar o direito e promover a justiça.

Portanto, todo advogado tem o dever de lutar sem receio pela justiça. Seu procedimento para com os clientes deve ser baseado na lealdade, na boa-fé e, sobretudo na honra. É de fundamental importância a ética na conduta do advogado, haja vista que em sua área de atuação, há fortes conflitos de interesses, e por vezes torna-se vulnerável às condutas que vão de encontro aos princípios éticos da profissão.

2.1 Ética e Moral como princípios norteadores do advogado

A atuação do profissional da advocacia deve ser pautada na ética. Assim, entende-se que é fundamental ao advogado ter um comportamento de lealdade, boa-fé, profissionalismo, independência e altivez. Sua atuação deve em primeiro lugar, buscar a concretização da justiça, lutando para a realização dos direitos assegurados pela Constituição Federal e o cumprimento da lei.

A ética é uma ciência filosófica que tenta explicar quais ações moralmente aceitas que um indivíduo deve ter perante um determinado grupo de pessoas/sociedade. A conduta ética é essencial para a vida em sociedade. Especialmente os operadores do direito são comprometidos de agir de acordo com os princípios éticos e morais.

A ética vem através dos tempos indicando uma conduta a ser realizada, a fim de buscar a melhor forma de viver em sociedade. A advocacia está diretamente vinculada à ética, concebida como a parte da filosofia disciplinadora da moralidade dos atos humanos.

A ética do advogado consiste na persistente aspiração de amoldar sua conduta, sua vida, aos princípios básicos dos valores culturais de sua missão e seus fins, em todas as esferas de suas atividades.

Oscar d'Alva de Souza Filho considera ética “uma reflexão sobre o que fazer, antes de fazer, procurando fazer o bem” (SOUZA FILHO, 2003, p. 37).

Para Antonio Houaiss encontramos a seguinte definição:

Ética: [...] parte da filosofia responsável pela investigação dos princípios que motivam, distorcem ou orientam o comportamento humano, refletindo esp. a respeito da essência das normas, valores, prescrições e exortações presentes em qualquer realidade social. (HOUAISS, 2001, p. 1271)

Pela lição de Eduardo Bittar (2007, p.3) as mais fortes inquietações da existência humana são alentadas através da ética. Ressalta o autor que as diferenças de comportamentos devem ser pesadas na balança ética para assim medirmos sua finalidade e consequências.

Na mesma trilha, Paulo Marcelo Raposo (1992, p. 210):

[...] a relação ética do advogado está vinculada a uma relação com o cliente, com a instituição, com os colegas da classe e com o sistema legal. Essa relação quadrivalente que é posta ao advogado, no seu aspecto ético, é ampliada no projeto quando é dado ao advogado, também, defender a Justiça e o Direito, chegando o texto [Estatuto da OAB] a dizer que o advogado deve ser digno desta honra e desta responsabilidade.

A moral está diretamente relacionada à ética. É a prática de costumes universalmente aceitos, norteadores das relações sociais. A ética é a norteadora da moral. Não há de se falar em moral sem falar em ética.

Para José Renato Nalini, o objeto da ética é a moral. Ensina: “a moral é um dos aspectos do comportamento humano. A palavra moral deriva da palavra romana mores, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática”. (NALINI, 2009, p. 19).

Segundo Souza Filho (2003, p. 42) “a moral é sempre a consumação prática da ética”. Ensina o doutrinador:

Ao agir, ao fazer, o homem realiza objetivamente uma ação valorável. Nessa prática moral, nesse comportamento está embutida uma eticidade, uma fundamentação axiológica. Quando buscamos a realização de algum objetivo, alguma finalidade. Esse fundamento ou princípio orientador da moral realizada é necessariamente um valor ético que o sujeito moral preza e cultiva (SOUZA FILHO, 2003, p. 42).

A ética pode ser definida como o comportamento moral dos homens em sociedade. É uma ciência dos costumes, porquanto tem objeto próprio, leis próprias e

valores próprios. A moral, por sua vez, é um dos aspectos do comportamento humano. Não é uma ciência, mas o objeto da ciência (NALINI, 2009, p. 19).

A moral é universal, não sendo viável tomar uma atitude relativista. Exercemos atos morais quando elegemos prioridades na vida, pela solidariedade, auxílio a quem necessita e companheirismo profissional. Ensina Eduardo Bittar: “a dificuldade de definir e circunscrever o estudo da ação moral se encontra, sobretudo, no fato de que as diversas ações humanas, das mais rudimentares às mais tecnocráticas, se misturam à ação moral”. (BITTAR, 2007, pp. 7-8).

A advocacia é, sobretudo, uma profissão vista a assegurar os valores éticos da sociedade. Pela reflexão de Guido Pinheiro Cortez (2004, p. 91):

Para nós, advogados, a questão ética faz parte do dia a dia, é inerente à nossa lida, se apresenta a todo instante, no exame de um documento, na entrevista com o possível futuro cliente, na audiência, no interrogatório, na sustentação oral, no trato com os colegas, com os juízes e serventuários da Justiça, na redação de uma peça processual qualquer...

Nesse ponto, verifica-se que na advocacia, não basta apenas fazer o bem no sentido técnico, mas no sentido humano. Para tanto, torna-se necessário que a conduta do profissional esteja de acordo com os princípios e valores morais. Nesse contexto, agir com probidade, dignidade e respeito é de fundamental importância, tanto quanto uma defesa técnica bem elaborada. O advogado precisa ter não somente qualificação, mas acima de tudo, valores morais que se coadunam com a profissão que exerce.

2.2 Deontologia e o Código de Ética e Disciplina da OAB

A deontologia das carreiras forenses estabelece um regramento abrangente, dispondo sobre os deveres do profissional da advocacia. Em linhas gerais, o advogado deve manter uma conduta que o torne digno de ser reconhecido e respeitado.

A deontologia é considerada como “conjunto de deveres profissionais de qualquer categoria profissional minuciados em códigos específicos” (HOUAISS, 2001, pp. 941-942).

É definida como “ciência do dever ou a Teoria dos Deveres considerada no âmbito interno de cada profissão individualmente considerada” (SOUZA FILHO, 2003, p. 113).

Pela lição de José Renato Nalini:

Deontologia é a teoria dos deveres. Deontologia profissional se chama o complexo de princípios e regras que disciplinam particulares comportamentos do integrante de uma determinada profissão. Deontologia forense designa o conjunto das normas éticas e comportamentais a serem observadas pelo profissional jurídico. As normas deontológicas não se confundem com as regras de costume. Estas são de cumprimento espontâneo. (NALINI, 2009, p. 296)

Enfim, deontologia é o que deve ser feito. No caso da deontologia forense, encontramos as condutas compatíveis com o exercício profissional. Cabe desatacar que o não cumprimento de tais condutas cabe sanções disciplinares previstas nos mesmos estatutos e, como será exposto a seguir, poderá ensejar a responsabilidade civil.

José Renato Nalini (2009) faz a classificação dos princípios gerais da deontologia forense. Tem como princípio fundamental agir segundo ciência e consciência. A ciência, significa usar o conhecimento técnico adequado, sendo este o primeiro dever ético do advogado. Para tanto, deverá ser um profissional qualificado e atualizado. A consciência visa agir de acordo com os princípios morais. Além da ciência e consciência, outros princípios são reconhecidos pelo jurista, entre eles convém destacar:

- a) **Princípio da conduta ilibada:** é, via de regra, a conduta irrepreensível, de acordo com o Código de Ética da Advocacia. Também poderão ser mencionadas condutas da vida particular do advogado, porquanto a vida pessoal do advogado não poderá ser divorciada da vida profissional do mesmo. Este ponto, porém, mostra-se bastante impreciso, pois depende dos valores de determinada época, região e sociedade para caracterizar a “conduta ilibada”.
- b) **Princípio da dignidade e do decoro profissional:** as atividades exercidas pelo advogado merecem distinção e respeito. Portanto, o mesmo não poderá agir de forma a desqualificar a respeitabilidade da função que exerce.
- c) **Princípio da incompatibilidade:** a carreira do advogado é incompatível com outras carreiras jurídicas, salvo o magistério. É um ponto de fundamental importância para coibir práticas ilícitas como captação de clientela, comprometimento da isonomia, imparcialidade das decisões e confusão nas atuações dos atores da justiça.

- d) **Princípio da diligencia:** o profissional deve estar disponível para defender os interesses alheios com respeito, atenção, precisão e solicitude. A indolência, arrogância e insensibilidade não são admissíveis.
- e) **Princípio da confiança e princípio da fidelidade:** são princípios primordiais da advocacia. O cliente ao constituir um procurador, confia seus interesses ao mesmo. O advogado tem o dever de manter o sigilo do cliente, bem como trabalhar de forma a atender o melhor interesse deste.
- f) **Princípio da independência funcional:** se entende a vedação de qualquer interferência que condicione a atuação do advogado. Entretanto, a independência funcional deverá obrigatoriamente ser pautada pelos princípios éticos, sendo primordialmente, subordinado à ética.

O Código de Ética e Disciplina da OAB é responsável pela a regulação da ética e conduta do advogado. Trata-se da síntese de deveres profissionais dos advogados, considerados como essenciais a administração da justiça (art. 133, CF/1988).

O Código de Ética e Disciplina da OAB é um conjunto de normas, derivadas da ética, que direcionam a conduta profissional do advogado. Em muitos casos, os princípios éticos passam a ter força de lei em julgamentos nos quais se discutem fatos relativos à conduta profissional. Ademais, o seu não cumprimento pode resultar em sanções executadas pela sociedade profissional, como censura pública e suspensão temporária ou definitiva do direito de exercer a profissão.

O Código de Ética e Disciplina, portanto, trata do exercício regular da advocacia. De acordo Gladson Mamede (2002, p. 105), o advogado:

Não é um profissional sem parâmetros ou limites, posto à venda e disposto a qualquer iniciativa, mas fundamentalmente um cultor das artes jurídicas e amante da Justiça e do Direito, que não sacrifica o sacerdócio maior pela mesquinhez menor, ainda que bem remunerada. Afinal, por expressão legal, em seu ministério privado, o advogado exerce um serviço público e uma função social.

Nesse contexto, fica subentendido que o advogado, não deverá exercer seu ofício apenas visando a remuneração, embora seja de fundamental importância que seja devidamente remunerado para exercê-la. Torna-se necessário, portanto, que o profissional, tenha consciência da importância da sua atividade profissional, porquanto esta tem primordialmente a função de promover a justiça social.

O regramento constante no Código de Ética é deveras relevante, haja vista que só se atinge a justiça através de uma atuação profissional digna e independente, norteada pelos valores da moral e da ética.

No mesmo sentido, observa José Renato Nalini (2009, p. 360-361):

Além das regras deontológicas fundamentais, a normativa contempla capítulos das relações com o cliente, do sigilo profissional, da publicidade, dos honorários profissionais, do dever de urbanidade e do processo disciplinar. Dentre as linhas norteadoras do Código incluem-se o aprimoramento no culto dos princípios éticos no domínio da ciência jurídica.

Entre os princípios norteadores para formar a consciência profissional do advogado, segundo o Código de Ética e Disciplina da OAB em seus artigos, destacam-se: lutar sem receio pelo primado da justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os seus atos de ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio; jamais permitir que o anseio de ganho material sobrevenha à finalidade social de seu trabalho; aprimorar-se nos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo.

2.3 A natureza jurídica do serviço da advocacia

O advogado tem obrigação contratual com o cliente. Assim, deve o procurador agir com o máximo empenho a fim de representar os interesses do cliente. Portanto, tem o dever de exercer a advocacia com eficiência, zelo e profissionalismo, empenhando-se para que o cliente se sinta devidamente amparado.

Em função da obrigação contratual, o advogado se desejar renunciar ao mandato deverá, dar ciência ao cliente e justificar os motivos pelos quais está renunciando o patrocínio, conforme art. 12 do Código de Ética e Disciplina.

Vale destacar que o advogado tem independência funcional, não estando submetido ao cliente ou a qualquer outro poder. Assim leciona Gadson Mamed (2002, p. 107):

O advogado não se vende ao cliente, não está submetido a este; sua posição não é passiva, [...], é seu dever estimular a conciliação entre o cliente e seu contendente, prevenindo sempre que possível, a instauração de litígios, da

mesma maneira que deve aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial.

O serviço da advocacia é caracterizado por uma obrigação de meio, ou seja, este assume a responsabilidade de defender os interesses do cliente, não havendo portanto, uma obrigação na obtenção do resultado pretendido. Dessa forma, fica vedado ao advogado prometer ao cliente o ganho da causa.

Conforme a lição do jurista francês Yvres Avril (1981, p. 19), a obrigação do advogado caracteriza-se pela obrigação de meio, sendo-lhe impossível garantir o sucesso da demanda:

[...] on peut estimer qu' il faut distinguer la responsabilité de l'avocat, lorsqu'il intervient pour la rédaction d'une convention dont il doit assurer l'efficacité, de celle qu'il assume lorsqu'il intervient comme conseil, en fonction de situations difficiles conjoncturelles, et dans lesquelles on ne peut que recommander telle ou telle situation sans en garantir le succès.

Com efeito, garantir ao cliente que este ganhará a causa, é, sem dúvida, afronta aos princípios éticos norteadores da advocacia, estando o profissional sujeito às sanções éticas e disciplinares previstas no Estatuto. Ademais, tal procedimento, constitui ilícito civil, vez que confronta o princípio da boa-fé.

Da mesma forma, o advogado deve agir dentro dos limites legais. Assim afirma Flávio Olímpio de Azevedo (2006, p. 146):

[...] o advogado não deve postular ou recomendar soluções jurídicas mirabolantes, verdadeiras aventuras forenses flagrantemente ilegais, ou, com alteração dolosa dos fatos, por meios artificiosos e com espírito de emulação, também se servir do processo para praticar ato simulatório, objetivando o proveito indevido próprio ou de seu constituinte. Mas é bom lembrar que esse regramento serve para casos excepcionais e de suma gravidade, sem qualquer rigor que subtraia a liberdade absoluta do advogado.

Tal entendimento, configura a obrigação de agir com responsabilidade e prudência por parte do advogado, sendo-lhe desaconselhável ingressar com ações comprovadamente improváveis, simulando fatos ou tirando proveito do cliente. Entretanto, quando não lograr êxito mesmo tendo agido dentro dos ditames profissionais, o advogado não deverá ser responsabilizado. O advogado não deve nem pode iludir o cliente assegurando o ganho da causa.

Pela lição de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 174-175):

Diz-se que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem no entanto responsabilizar-se por ele. É o caso, por exemplo, dos advogados, que não se obrigam a vencer a causa, mas a bem defender os interesses dos clientes; bem como os médicos que não se obrigam a curar, mas a tratar bem os enfermos, fazendo uso de seus conhecimentos científicos.

Cabe destacar que, tendo em vista que o advogado não se obriga a obter o ganho da causa do seu cliente, ainda terá direito a honorários advocatícios, vez que estes representam a contraprestação do serviço profissional (GONÇALVES, 2008, p. 175).

Portanto, a obrigação do advogado, também segundo a doutrina de Yves Avril (1981, p. 15) é de atender o cliente com grande atenção, apreciando os fatos trazidos com prudência e diligência, não sendo-lhe imposta a obrigação de ganho da causa.²

Quando se verifica o descumprimento da obrigação, é de fundamental importância verificar se estamos diante de uma obrigação de meio ou de uma obrigação de resultado. Assim, leciona Silvio Venosa (2011, p. 59):

Nas obrigações de resultado (como no contrato de transporte, no contrato de reparação de defeitos de equipamentos, por exemplo), a inexecução implica falta contratual, dizendo-se que existe, em linhas gerais, presunção de culpa, ou melhor, a culpa é irrelevante na presença do descumprimento contratual. É o que em síntese, entre nós, está exposto no art. 389. Nas obrigações de meio, por outro lado, o descumprimento deve ser examinado na conduta do devedor, de modo que a culpa não pode ser presumida, incumbindo ao credor prova-la cabalmente.

Assim, entende-se que os serviços prestados pelo advogado de forma eficaz, em acordo com as leis vigentes e com Código de Ética e Disciplina da OAB, não ensejará a responsabilização civil do advogado.

Nessa linha, verifica-se que a responsabilidade civil do advogado e a obrigação de indenizar, encontra-se centrada no dolo ou na culpa. O dolo, ficaria caracterizado como a intenção de prejudicar o cliente, e a culpa, por sua vez, na negligência quanto aos interesses do representado.

Pela lição de João Roberto Parizatto (2012, p. 11), em hipóteses de obrigação de meio (prestação de serviços de advocacia), cumpre ao cliente, provar a culpa do advogado, não sendo a mesma presumida, como ocorre na obrigação de resultado, onde se verifica tão somente em razão do inadimplemento. A culpa pode ser *in omittendo* (pela omissão) ou *in commitendo* (pela ação).

² Tradução livre.

Dessa forma, tanto na ação feita de forma errônea pelo advogado, quanto na omissão de seu serviço, o profissional poderá ser responsabilizado, sendo dever do cliente fazer prova da conduta omissiva ou comissiva do profissional contratado.

No mesmo sentido, segundo o ilustre jurista português Moitinho de Almeida, o profissional incorre no risco do dever de indenização àqueles que, tendo recorrido aos serviços do profissional, foram prejudicados por culpa, fato ilícito ou ambos. Para o doutrinador, a reponsabilidade do profissional, pode tanto ser de natureza contratual como extracontratual. Pela lição do mestre (1985, p. 9-10):

Segundo a doutrina da dualidade, que adoptamos, a responsabilidade civil do advogado pode tanto ser contratual como extracontratual, delitual ou aquiliana, visto estar excluída, por natureza, da prática da advocacia a responsabilidade pelo risco. Em ambos os referidos tipos de responsabilidade a que pode dar lugar a prática da advocacia convergem os seguintes elementos cumulativos, não existindo responsabilidade civil se falta qualquer deles: a) a culpa de quem presta o serviço; b) dano de quem o serviço é prestado; c) nexó de causalidade entre dano e culpa.

Portanto, é possível concluir que a responsabilidade do advogado ocorre quando este faltar com seus deveres pertinentes da profissão.

A advocacia é uma profissão pautada pela ética e busca pela justiça. Assim, o advogado tem o dever de agir de forma ética para com os colegas, juízes, promotores e com o cliente. A falha ou inadequação da conduta do advogado enseja além de responder perante o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, a responsabilidade civil do profissional. Para melhor analisar os quesitos para a ocorrência da responsabilidade civil do advogado, faz-se necessário um estudo mais aprofundado do instituto da responsabilidade civil.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está fundamentada no dever de reparação. Esse instituto veio primariamente visando reestabelecer o equilíbrio entre as partes, onde há de um lado o autor de um dano, e de outro aquele que sofreu o dano.

A responsabilidade pode resultar da violação de normas morais quanto de normas jurídicas. Por conseguinte, o dano sofrido pode ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Para Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 20) “tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito”.

Entende-se, portanto, que toda a conduta humana que lesa um bem jurídico, o qual causa dano a outrem, é fonte de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, assim é considerada como a obrigação de ressarcir o dano causado a outrem em virtude do inadimplemento da obrigação. Se alguém não honra o contrato outrora celebrado, se age contra o princípio da boa-fé, se comete ato ilícito que prejudica outrem, deve, portanto, ressarcir-lo.

Não há, portanto, um conceito único para definir o instituto da responsabilidade civil. A tendência doutrinária classifica como obrigação de reparar. Tal obrigação se justifica, pois, a vítima, uma vez lesada, tem a ver-se compensada pelo mal sofrido.

Para Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 13), a obrigação de reparar é decorrente do dano. Afirma o autor:

O anseio de obrigar o agente causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre agente e vítima. Há uma necessidade fundamental de se reestabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*.

Nessa seara, entende-se que o reequilíbrio é reestabelecido, quando a parte lesada é então recompensada pelo prejuízo sofrido. Nesse contexto, faz-se justiça, porquanto aquele que outrora foi prejudicado, é ressarcido. Da mesma forma, aquele que anteriormente causou o dano, é obrigado a repará-lo.

A ideia de responsabilidade deve, portanto, estar de acordo com os princípios da boa-fé, lealdade e fidelidade, os quais proíbem dolo, fraude e torpeza. Assim, a reparação do dano vem no sentido de reestabelecer equilíbrio nas relações jurídicas.

Do mesmo modo, visa também a satisfação social, dado que cada membro da sociedade aspira por segurança (DIAS, 1994, p. 15).

Nesse sentido, a ideia de reparação está ligada ao favorecimento à vítima, pois tem seu prejuízo reparado pelo agente causador do dano. Não se pode divorciar, que a reponsabilidade civil também visa o caráter punitivo do agente causador do dano, associado a uma medida pedagógica para que este não reitere a conduta lesiva.

A medida pedagógica consiste em identificar o causador do fato danoso e aplicar-lhe sanção para que assim, não volte a praticar o ato lesivo. Portanto, o instituto da responsabilidade civil não visa apenas compensar a vítima pelo mal sofrido, mas também tem o caráter profilático, ou seja, de que a conduta ilícita não volte a ser praticada. Pelas palavras de Caio Mario da Silva Pereira (2012, p. 15):

O sociólogo pode contentar-se com a configuração filosófica da responsabilidade. O jurista tem o dever de ir mais longe. Sente a necessidade de identificar o autor do dano, e oferecer ao ofendido a satisfação que, além de afirmar a existência da lesão, impõe sanções ao causador dela. E concretiza essas sanções.

Em linhas gerais, a finalidade da reparação é garantir que o prejuízo causado não fique sem reparação, dessa forma, o causador do dano fica sujeito a ressarcir àquele que lesionou. Vale também mencionar o caráter punitivo-pedagógico do instituto, pois aquele que é obrigado a reparar o dano cometido, certamente não desejará repará-lo no futuro. Assim, ao punir o agente, espera-se que este não venha a cometer a mesma conduta em uma ocasião futura.

Para ser configurada a responsabilidade civil, é necessário haver lesão do direito alheio, em razão do não cumprimento do dever jurídico e a imputabilidade do agente, abrangidos o dolo ou a culpa.

Caio Mario da Silva Pereira assinala (2012, p. 15): “não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independentemente desta. Em qualquer circunstância, onde houver subordinação de um sujeito passivo de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade”. Nesse sentido, separa-se a questão da responsabilidade civil em dependente de culpa ou independente de culpa.

Da mesma forma, podemos verificar que, a responsabilidade civil poderá tanto decorrer do não cumprimento de um acordo firmado entre as partes, ou o não cumprimento de um dever legal. Assim, dividimos a reponsabilidade civil em contratual e extracontratual.

3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil, tem tradicionalmente ponto de partida entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. A responsabilidade extracontratual refere-se a violação de um dever estabelecido em lei, como por exemplo, o dever jurídico de não causar dano a outrem. A responsabilidade contratual, por sua vez, deriva da vontade entre as partes, que criam entre si, um dever jurídico.

A responsabilidade extracontratual, portanto, está relacionada com o não cumprimento de um dispositivo de lei. Este fato, por si, só já enseja o dever de indenizar se houver a lesão e o nexo de causalidade.

Nessa trilha, Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 44), define a responsabilidade civil extracontratual:

Quando a responsabilidade não deriva do contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada do ato ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

O artigo 186 do Código Civil Brasileiro em sua redação dispõe: “todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ou seja, o dever de indenizar, baseado na responsabilidade extracontratual decorre de uma conduta humana, contrária ao ordenamento jurídico, e que causa dano à outrem.

Entretanto, nem sempre o ato ilícito deriva de uma conduta puramente ilícita. Vejamos, que o artigo 187 da mesma lei estabelece: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes”. O artigo 187, portanto, refere-se ao ato ilícito derivado, portanto, um ato lícito, porém realizado de forma abusiva, gerando dano à outrem. Tal conduta, refere-se ao abuso de direito.

O abuso de direito, gera outrossim, o dever de reparação. Pela definição de Bruno Miragem (2009, p. 102):

O que se caracteriza como ilícito é o exercício do direito de modo abusivo (ou seja, violador dos limites indicados), sendo várias as causas pelas quais se caracteriza esta violação. Tanto no exercício que em si é contrário aos limites quanto aqueles que assim se caracterizam pela posição jurídica de seu titular.

Poderia ser dado como exemplo de abuso de direito um sujeito que escuta música com volume alto, de forma a incomodar as pessoas que estão ao seu entorno. Escutar música é uma conduta lícita, porém, escutá-la em alto volume, caracteriza o ato ilícito derivado, denominado abuso de direito.

José de Aguiar Dias (1994, p. 31), já proclamava não ser o ato ilícito o produtor do dano, mas seus efeitos. Conseqüentemente, os efeitos decorrentes do ato ilícito seriam a justificativa para justificar a reparação. Sustenta o mestre que, da mesma forma, o abuso de direito, ao prejudicar os direitos de outro, é passível de reparação. Assim afirma o ilustre jurista:

A inclusão, de certo modo tímida, de abuso de direito entre os atos ilícitos, corta uma fonte de enervante controvérsia e vence certa resistência à sua adoção, sob fundamento de contradição entre dois termos que compõem a figura. O abuso de direito tira sua caracterização em uma extensão da doutrina de abuso de poder. É a faculdade em fim prejudicial a outrem, com ou sem proveito para o autor, mas sem correspondência com seu uso regular.

Verifica-se, portanto, que na responsabilidade extracontratual, os sujeitos não estão ligados por um acordo de vontades entre si, mas na obrigação que deriva de um ato ilícito, proveniente da não observância de norma legal, ou ainda o abuso de direito. O ponto fundamental para verificar se há a ocorrência da responsabilidade extracontratual é a verificação do ato ilícito, do dano e do nexos de causalidade entre eles.

Nesta análise, pouco importa se o sujeito agiu intencionalmente ou não; se o dano foi decorrente de uma ação ou omissão; propositalmente ou ainda devido à falta de cuidado. Como enfatiza Caio Mario da Silva Pereira (2009, p. 560):

A ilicitude da conduta está no procedimento *contrário a um dever preexistente*. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a causa imediata, na realidade são sempre impostas pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na *violação do ordenamento jurídico*.

Define Celso Marcelo de Oliveira que a responsabilidade extracontratual deriva da violação de deveres. Ensina (2005, p. 113):

Entende a responsabilidade extracontratual como a obrigação de reparar danos resultantes da violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como ocorre nos direitos reais, de personalidade ou de autor e aos deveres genéricos de não lesar ou não causar dano a alguém: *neminem laedere*.

Elemento de fundamental importância ao analisar a responsabilidade extracontratual é verificar se há nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Mesmo tendo o agente agido de forma ilícita, se o dano sofrido pela vítima não for decorrente dessa ilicitude, não há de se falar em responsabilidade civil.

De outra banda, quando o inadimplemento deriva do contrato, ou seja, do acordo estabelecido pela vontade das partes, pode-se afirmar que estamos diante da responsabilidade contratual. Uma vez celebrado o contrato, o qual se presume válido e, cujas partes tem plena capacidade para celebrar o negócio jurídico, este deve ser cumprido. Mediante o não cumprimento do contrato, surge o dever de reparação.

Portanto, entende-se que o dever de reparação deriva da violação das cláusulas contratuais. Nesse sentido, Arnaldo Walt (2012, p. 168):

Na responsabilidade contratual existe entre o agente responsável e a vítima uma relação jurídica obrigacional, fruto de um negócio de autonomia de vontade dos contratantes, a origem, a fonte dessa espécie de responsabilidade. Não propriamente o negócio em si, mas sim a violação dos deveres dele decorrentes que geram o dever de indenizar (inadimplemento contratual).

Pode-se dar como exemplo de responsabilidade contratual, o inadimplemento e a mora no cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato. No caso, do advogado em especial, poder-se-ia exemplificar o profissional que deixa de ingressar com a ação. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual do advogado pode ser verificada quando o mesmo age em desacordo com as normas estabelecidas no Estatuto da OAB e no Código de Ética e Disciplina. Nesse caso, estará sujeito a ser responsabilizado civilmente, além de sofrer processo ético e disciplinar.

O Código Civil faz a distinção dessas duas espécies de responsabilidade. Os artigos 186 a 188 e 927 a 954, disciplinam a responsabilidade extracontratual. Já os artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes tratam da responsabilidade contratual (GONÇALVES, 2013, p. 45).

A responsabilidade contratual também abrange os contratos parcialmente cumpridos, assim como aqueles que resultam em mora no seu cumprimento. Podemos destacar uma entrega de mercadoria, prevista para uma determinada data que foi entregue com atraso, resultando dano ao contratante. Do mesmo modo, se a referida entrega for realizada no prazo previsto, mas a mercadoria estiver em desacordo com o contrato entre as partes, estará presente a responsabilidade contratual.

Há quem defenda a existência de uma forma única de responsabilidade, sem tipificar uma ou outra espécie. Para tanto, entende-se idênticas configurações, ou seja, a infração, a causalidade e o dano. Os defensores desta corrente entendem que para haver responsabilidade civil, faz-se necessário haver a infração, não importando se decorrente de lei ou de contrato.

Nessa posição, pode-se destacar Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 45). O jurista sustenta que as soluções são idênticas tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual, pois requer os três requisitos básicos para configurar o dever de reparação: a existência do dano, o ato ilícito e a causalidade.

Embora largamente criticada, a tese dualista é dominante na doutrina brasileira. Grande parte dos autores já consagrados fazem a diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Entendem ser as duas espécies distintas, visto que a contratual deriva de um acordo de vontades e a aquiliana da lei. Pelo entendimento de Arnaldo Rizzardo (2009, p. 42):

Embora a existência de aspectos comuns, não se olvidam os contornos privativos e especiais, e inclusive com regras próprias de cada tipo. Se contratual a responsabilidade incide, dentre outras normas características, a exceção do contrato não cumprido- *exceptio non adimpleti contractus*, estabelecida no art. 476 [...], e a onerosidade excessiva, prevista no art. 478, sem regra equivalente no contrato revogado.

Assim, a posição dualista encontra-se coerente com o ordenamento jurídico, porquanto a responsabilidade extracontratual está vinculada a lesão decorrente de ato ilícito. Já a responsabilidade contratual ocorre a partir do não cumprimento do contrato.

Nesse ponto, há significativa diferenciação quanto à prova. Quando a lesão advém do contrato não cumprido, basta a prova do inadimplemento da parte. Por outra via, a responsabilidade extracontratual, exige a prova da culpa e dos danos sofridos, ônus este que cabe ao ofendido (RIZZARDO, 2009, p. 42).

No Brasil, primeiramente a reparação de dano era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência entre a esfera cível e penal. O Código Civil de 1916, adotou em seu texto, a teoria subjetiva da reponsabilidade civil. Dessa forma, para haver caracterizado o direito a reparação do dano, fazia-se necessário a prova de ter o causador do dano agido com dolo ou culpa. A culpa lesante em raros casos era presumida (GONÇALVES, 2013, p. 27).

O Código de 2002 manteve o princípio da responsabilidade com base na culpa, através do art. 927, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Entretanto, foi inserido o § único ao art. 927, onde prevê a reparação, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Conseqüentemente, o Código Civil Brasileiro passou a conceber um sistema dualista de responsabilidade, as quais estão abarcadas a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.

3.2 A natureza da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva

A natureza da responsabilidade civil está fundamentalmente dividida entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Em termos gerais, os dois aspectos se diferenciam baseados na concepção de culpa. Na responsabilidade subjetiva faz-se necessária a comprovação da culpa do agente causador do dano para ser responsabilizado. Já a responsabilidade objetiva, é independentemente de culpa, bastando para ser caracterizada a conduta e o nexo de causalidade.

A responsabilidade civil subjetiva está intimamente ligada à conduta do agente causador do dano. De acordo com esta teoria, também chamada de teoria clássica, ninguém poderia ser responsabilizado por determinado ato, sem que tenha agido de forma a ensejar o dano. Portanto, não havendo culpa, não há responsabilidade. É regra geral no nosso Código Civil, a teoria subjetiva, portanto a responsabilidade pela culpa.

Número considerável de autores atribuem que ao direito romano, através da *Lex Aquilia* que a culpa passou definitivamente a integrar o ordenamento jurídico. Esta lei foi de tamanha relevância ao direito contemporâneo, que deu o nome de responsabilidade aquiliana à responsabilidade civil baseada na culpa.

Em conformidade com a doutrina francesa, pela tradução do art. 1382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (abrangendo o dolo e a

culpa em sentido estrito), o nexo de causalidade e o dano causado (OLIVEIRA, 2005, p. 100).

Portanto, para ser caracterizada a responsabilidade subjetiva é preciso verificar os quatro pontos fundamentais: conduta do agente; dano; culpa e nexo de causalidade. Muito embora a maior atenção se dê em relação à culpa, apenas a conduta culposa *latu sensu* não enseja a responsabilidade civil. Faz-se necessário que a conduta gere um dano.

A conduta ilícita abrange tanto à omissão como a ação. A ação é vista quando o agente, age, ou seja, por uma conduta ativa do agente, este acaba por lesionar um terceiro. De outra forma, a omissão, é uma conduta inerte. Ocorre quando o sujeito tem o dever de fazer algo e não o faz. Pela lição de Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 24):

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade, seu aspecto psicológico, ou subjetivo. A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que podem lesar o seu semelhante [...]. Já a omissão forma, menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma coisa devida. [...]. É aquilo que se faz, não fazendo.

A culpa, por sua vez, parece ser o aspecto de maior relevância na responsabilidade subjetiva. A concepção de culpa é de larga conceituação, haja vista que desde as sociedades antigas, já vinha sendo concebida por diferentes doutrinas, sem haver, no entanto, um consenso. Pelas palavras de Pablo Stolze Gagliano (2013, p. 178):

[...] a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, sua atuação é apenas culposa em sentido estrito.

Assim, verifica-se que a culpa é utilizada em sentido lato. Quando o agente age de forma proposital, com o objetivo de causar dano, está agindo com dolo. Entretanto, quando não age de forma proposital, mas devido seu descuido, acaba por lesar alguém, entende-se ter agido com culpa.

Percebe-se que, a responsabilidade civil subjetiva depende da conduta do sujeito, fazendo-se necessária a comprovação do dolo ou da culpa do agente para

gerar a obrigação de indenizar. Nessa modalidade o *animus* do agente está diretamente relacionado com o dever de reparação. Assim, para ser configurada a responsabilidade subjetiva, deve ser provado que o agente agiu com dolo ou culpa, a fim de gerar a lesão.

No mesmo sentido, é importante verificar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado. Ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 29): “não haverá responsabilidade nos casos em que não houver nexo de causalidade entre a atividade e o dano”.

Há casos, pois, em que o agente causador do dano não será responsabilizado pelo dano sofrido à vítima. Pela lição de Paulo Nader (2010, p. 31):

Na responsabilidade subjetiva, regra geral em nosso ordenamento, o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente. De acordo com essa orientação, se o dano foi provocado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem. Igualmente se decorreu de caso fortuito ou de força maior. Se ocorre o desabamento de um prédio, provocando danos morais e materiais aos seus moradores, devido ao erro de cálculo na fundação, a responsabilidade civil ficará patenteada, pois o profissional agiu com imperícia, se o fato jurídico ocorreu devido um abalo sísmico, não haverá obrigação de ressarcimento pelo responsável pela obra. Cabe à vítima a comprovação de todos os requisitos que integram os atos ilícitos, inclusive os danos sofridos.

A responsabilidade civil subjetiva é também conhecida por responsabilidade civil por atos ilícitos, vez que decorrem da infração de uma norma estabelecida em lei. Corresponde, portanto, à noção de “fazer justiça”, porquanto, aquele que infringe uma norma legal deve, pois ser responsabilizado. Da mesma forma, quem teve seu direito lesado decorrente à uma conduta antijurídica, tem o direito de ser devidamente ressarcido.

Entretanto, a concepção de culpa mostrou-se insuficiente devido às transformações sociais. Sobretudo, a teoria clássica apresentou uma grande lacuna após a revolução industrial, onde se tornaram frequentes os acidentes de trabalho, onde raríssimas vezes era possível provar a culpa pelo acidente ocorrido. Dessa forma, não raras vezes, a vítima restava lesada, sem amparo e sem indenização. Assim, surgiu a necessidade de reparação do dano sofrido, independentemente da culpa. Nessa configuração, surge a concepção de responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 135).

A responsabilidade objetiva, é, sem dúvida, fruto das transformações sociais, devido as alterações no modo de vida, o ordenamento jurídico é obrigado a retificar

as normas jurídicas. Nessa tenda, a responsabilidade baseada na culpa do agente não alcançava grande parte dos lesados. Sustenta José de Aguiar Dias (1994, p. 15):

Como o antigo fundamento de culpa já não satisfaz, outros elementos vem concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema de culpa, nitidamente individualista, evolui para um sistema solidarista da reparação do dano.

A Carta Constitucional de 1988, já previa um sistema solidário a fim de garantir as transformações sociais. Através do artigo 3º os objetivos fundamentais da nação são elencados: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Por conseguinte, os princípios constitucionais vieram a traçar os novos contornos da responsabilidade civil. Leciona Gustavo Tepedino (2004, p. 194):

Do ponto de vista legislativo e interpretativo, [os princípios constitucionais] retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.

Nesse condão, a objetivação da responsabilidade atende a concepção prevista na Constituição Federal, ou seja, a proteção ao menos favorecido. A vítima, não raras vezes encontra-se em situação de extrema desvantagem, vez que além de ter sofrido o dano, estava em uma situação de hipossuficiência, não dispondo dos meios necessários para a produção da prova. Pela via da concepção subjetiva da responsabilidade civil, o lesado não é assistido pela reparação.

Nessa concepção, a Constituição Federal veio ampliar a abrangência da responsabilidade civil e a repartição dos danos sociais. Em vários artigos da Lei Maior há a previsão de responsabilidade objetiva, como nos artigos 7º, XXVIII; artigo 21 XIII, “c”; artigo 37, § 6º. Seguindo a mesma tendência, o Código Civil Brasileiro de 2002, acrescentou parágrafo único ao artigo 927, instituindo uma cláusula geral para as atividades de risco. Assim, restou consolidado o modelo dualista de responsabilidade, a qual o artigo 186 que prevê a responsabilidade por ato ilícito e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades (TEPEDINO, 2004, p. 195).

Dessa forma, o novo instituto da responsabilidade civil veio atender os interesses da vítima, vez que é dispensada de comprovar a culpa do agente causador do dano se não obter meios de realizar a prova. Nesse sentido, Silvio Salvo Venosa (2003, p. 17):

Todas as teorias e adjetivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma ideia. Qualquer que seja a qualificação de risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la.

O ponto principal da responsabilidade civil objetiva deixa de ser a punição do causador do dano, mas a reparação do lesado. Dessa forma, a responsabilidade civil desvincula-se da ideia de punição-sanção em favor da reparação da vítima injustamente lesada, optando o ordenamento jurídico por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar culpados (MORAES, 2006, p. 19).

Por conseguinte, para ser configurada a responsabilidade objetiva, é desnecessária a prova da culpa do agente causador do dano. Assim, ela é reconhecida como “independentemente de culpa”. Tão somente a relação entre o dano e a causa são suficientes para caracterizar a responsabilidade objetiva. Nesses termos, o ponto a ser analisado não é a conduta do agente, mas o nexo de causalidade.

Para Orlando Gomes (2011, p. 85), a responsabilidade objetiva não é plenamente dissociada da concepção de culpa, mas de sua comprovação. Assinada o jurista que as duas espécies de responsabilidade têm pontos comuns, como a obrigação de indenizar e a solução dos problemas da culpa, a causalidade, da extensão do dano e dos modos de repará-los. A diferenciação se encontra quanto ao ônus da prova e as cláusulas de não indenizar. Na mesma via, Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 48):

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso da responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida.

Portanto, pela responsabilidade objetiva, não há relevância se o agente agiu culposamente. A teoria está vinculada a presunção de culpabilidade. Havendo o dano e o nexo de causalidade com a conduta do agente, este deverá ser responsabilizado.

A responsabilidade objetiva está vinculada a teoria do risco. Segundo esta teoria, aquele que, devido a sua atividade cria um risco para terceiros, tem o dever de indenizar, ainda que seus atos tenham sido isentos de culpa.

O objetivo equilibrar as relações sociais, é a principal função da teoria do risco, pois esta cumpre uma função de justiça para a qual a teoria clássica não tem alcance. Enfatiza Paulo Nader (2010, p. 34): “na ordem jurídica, as teorias subjetiva e objetiva se completam, favorecendo a distribuição de justiça nas relações sociais”.

Enquanto a responsabilidade subjetiva é baseada na teoria da culpa, a responsabilidade objetiva está fundamentada na teoria do risco. A teoria do risco prevê que todo aquele que realize um empreendimento ou que desfrute dos benefícios trazidos pela atividade deve também suportar os riscos dela inerentes. Conforme a lição de Caio Mario da Silva Pereira (2009, p. 568): “cada um deve sofrer os riscos por seus atos, sem cogitação da ideia de culpa, e, portanto, o fundamento da responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a noção de risco”.

O Código Civil Brasileiro, por sua vez, prevê a responsabilidade objetiva em determinadas atividades. O artigo 927 em seu parágrafo único do Código Civil, conforme já visto anteriormente, prevê a responsabilidade objetiva nos casos de atividade de risco, portanto, atividades que, por sua natureza geram riscos para outrem. Portanto, atividades perigosas. Nessa interpretação, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 28):

A atividade é considerada perigosa, portanto, quando, do ponto de vista estatístico, causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves. Esses critérios a serem aproveitados no nosso ordenamento, criam um *standart* flexível que será definido pela inter-relação destes dois elementos, magnitude do dano e sua probabilidade.

Desse modo, o responsável pela atividade potencialmente perigosa, seja ela econômica ou não, torna-se garantidor da atividade. Se houver dano dela decorrente, surgirá o dever de indenizar, desde que haja nexo de causalidade entre a atividade e o dano sofrido. Podem ser dados como exemplo de atividade de risco, o uso de agrotóxicos ou veneno, fabricação de produtos químicos ou inflamáveis.

As duas principais teorias do risco são a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco Criado. A Teoria do Risco Integral avalia que todo e qualquer risco conexo

ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo, não admitindo excludentes da responsabilidade. Portanto, entende ser a simples existência da atividade, equiparada à causa do dano. Conforme Annelise Monteiro Steigleder (2004, p. 121-122):

A Teoria do Risco Integral supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir a responsabilização. [...]. Cuida-se aqui da aplicação, em matéria de nexos de causalidade da teoria do ***conditio sine qua non***, cujo mérito é a potencialidade de atenuar o rigorismo do nexo de causalidade, substituindo-se o liame entre uma atividade adequada e o seu resultado lesivo pelo liame entre a existência de riscos inerentes a determinada atividade [...].

Nessa trilha, o dever de indenizar ocorre mesmo quando não há nexo causal. O dever de indenizar estará presente sempre que ocorrer dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior (VENOSA, 2003, p. 17).

A Constituição Federal prevê em seu artigo 37 § 6º “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”. Nesse compasso, a norma constitucional é de que sempre o explorador da atividade de serviços nucleares deverá ser responsabilizado, tendo ele agido de forma a provocar o dano ou não. Seria o caso de o vazamento de energia atômica em função de um terremoto. A usina exploradora terá que arcar com os danos causados relacionado à energia nuclear, porquanto trata-se de risco integral.

Em contrapartida, a Teoria do Risco Criado, entende que entre todos os fatores de risco, apenas aquele que, por apresentar periculosidade, é efetivamente apto por gerar situações lesivas, para fins de imposição de responsabilidade. Esta admite excludentes de responsabilidade como fato externo, imprevisível ou irresistível. Uma condição deve ser considerada causa do dano quando este for resultado de uma consequência normal, típica e provável da atividade (STEIGLEDER, 2004, p. 120).

Segundo a Teoria do Risco Criada não haverá responsabilização do agente nos casos em que não houver nexo de causalidade entre a atividade e o dano, quando o dano for decorrente de caso fortuito ou de força maior, no fato de terceiro e na culpa exclusiva da vítima.

Outro fator de grande relevância, que caminha paralelamente com a responsabilidade objetiva é a presunção da culpa. A presunção de culpa, admite o ônus da prova, isto é, a função de comprovar que não agiu com culpa ou dolo é

deslocado ao empregador, fornecedor, guardião, entre outros. Assim, a difícil comprovação não recai sobre os ombros da vítima. Pela lição de Anderson Schereiber (2009, p. 31):

Aqui, não se trata de ignorar o elemento culpa, mas tão-somente de inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima, contrariando o brocardo *actori incumbit probatio*- regra que, tomada a rigor em sentido estrito, atribui ao prejudicado um esmagador *handicap*: impõe-lhe demonstrações de fato que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam a vítima de qualquer prova; e isto é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação.

O Código Civil assegura a responsabilidade independentemente de culpa do transportador de passageiro, do dono de animal e do dono de edifício ou construção, em seus artigos 734, 936 e 937 (NADER, 2010, p. 34). No entanto, esses casos admitem a excludente, porquanto quando não configurado o nexo de causalidade, ou quando tratar-se de fato de terceiro, for culpa exclusiva da vítima, ou ainda o dano for decorrente de caso fortuito ou de força maior.

O Código de Defesa do Consumidor, também tem por regra, a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços. A sua promulgação provocou uma verdadeira revolução no que tange a reponsabilidade civil, vez que o que era considerado até então exceção, passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, devido a abrangência das relações de consumo, a responsabilidade objetiva passou a ter uma incidência maior até que a responsabilidade subjetiva.

3.3 A responsabilidade nas relações de consumo

O advento do Código de Defesa do Consumidor trouxe significativas alterações no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se afirmar que, o Código de Defesa do Consumidor foi o divisor de águas, no instituto da responsabilidade civil, vez que garantiu uma maior proteção ao consumidor através de seu regramento específico voltado à proteção do mais fraco na relação de consumo.

Assim, entende-se que a responsabilidade civil de consumo trouxe uma nova leitura da visão tradicional da responsabilidade civil. Primeiramente, verifica-se que o causador do dano não é mais um indivíduo, mas uma organização. Da mesma forma, a vítima não é mais um sujeito determinados, mas todos àqueles que estão expostos ao mercado de consumo. No mesmo sentido, o requisito clássico da “ação ou omissão

voluntária” dá lugar a um ente despersonalizado. Portanto, o direito do consumidor segue uma concepção de direitos difusos ou coletivos (MIRAGEM, 2010, p. 27 e 349).

A destacada professora Cláudia Lima Marques (2011, p. 1206) chama a atenção para a busca da efetiva reparação dos danos sofridos pelo consumidor lesado. Para tanto, é exigível que se responsabilize o maior número de agentes da cadeia de produção. Pelas palavras da doutrinadora:

Como a noção de culpa já não mais satisfaz, procura o direito outros elementos que possam fundamentar a obrigação de reparação do dano, seja através de imposição dos deveres anexos ao contrato (dever de qualidade do produto), de deveres anexos da própria atividade produtiva (dever geral de qualidade do produto), seja através da imposição de novas garantias implícitas (não só contra a evicção e contra o vício redibitório, mas garantia de adequação de todo produto introduzido no mercado, podendo pensar, mesmo, em uma garantia da segurança do produto).

Antes do advento da lei de defesa do consumidor, a responsabilidade do fornecedor ou comerciante era regida pelo artigo 186 (artigo 159 do Código Civil de 1916). Cabia ao consumidor o ônus de provar a culpa do fornecedor. Ademais, o comprador de serviços ficava sujeito ao prazo dos vícios redibitórios, 15 dias a partir da tradição para as coisas móveis. Ainda, a vítima deveria mover a ação contra o fornecedor no local de sua sede, fato este que dificultava o acesso do consumidor, vez que este muitas vezes tinha domicílio em local distante da sede da empresa, não raras vezes até em outro Estado da Federação. Pode-se afirmar que o consumidor, por vezes acabava sendo refém do poder econômico (VENOSA, 2003, p. 160).

Entende-se portanto, que o consumidor era duplamente vitimado. Primeiro por ser o fornecedor, o polo da relação que, na maioria das vezes, detém o poder econômico, haja vista não ser comparável a arrecadação de uma grande empresa com o média salarial de um trabalhador. Da mesma forma, o fornecedor é aquele que tem o conhecimento técnico, científico e jurídico. Assim, não tendo elementos suficientes para buscar seus direitos, o consumidor ficava, na maioria das vezes sem indenização pelo dano sofrido.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor veio para reequilibrar as relações de consumo. Sendo o consumidor, o sujeito vulnerável da relação jurídica, surge a lei protetiva, compensar a desvantagem desse frente ao fornecedor. Pelas palavras de Cavalieri Filho (2009, p. 466):

O que se busca através dessas novas regras e princípios- repita-se- é o reestabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo. Não sendo

possível colocar milhões de consumidores em uma sala de aula para que tomem conhecimento de seus direitos, o Código estende sobre todos uma espécie de manto jurídico protetor, para compensar sua vulnerabilidade. Aí está, em síntese, a finalidade do Código do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta, portanto, um conjunto de princípios inovadores, onde verifica-se uma maior proteção ao consumidor. Tais princípios podem ser observados na interpretação mais favorável, a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança e a proteção da boa-fé objetiva em prol do consumidor (TEPEDINO, 2004, p. 232).

É importante destacar que as relações de consumo trouxeram através de seus dispositivos uma concepção diferenciada da reponsabilidade civil. Enquanto a concepção tradicional previa habitualmente a responsabilidade vinculada à culpa, o Código de Defesa do consumidor, tem como regra, a reponsabilidade objetiva, onde torna-se desnecessário provar a culpa do agente para ser responsabilizado pelo dano causado.

Nesse compasso, Zelmo Denari (2007, p. 191), assim explica a objetivação da responsabilidade pelo Código de Defesa do Consumidor:

Ao dispor, no art. 12, que o fabricante, produtor, construtor ou importador respondem pela reparação dos danos causados pelos consumidores *independentemente da existência de culpa*, o Código acolheu, desenganadamente, os postulados da responsabilidade objetiva, pois desconsidera, no plano probatório, quaisquer investigações relacionadas com a conduta do fornecedor.

A responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo. Por essa razão, a responsabilidade objetiva, alcançou um patamar mais abrangente que a responsabilidade subjetiva. Já o Código Civil, a responsabilidade é via de regra subjetiva. Nesse caso, a culpa seria o principal pressuposto da responsabilidade subjetiva conforme reza o art. 186. A culpa, refere-se tanto a culpa *lato sensu*, como ao dolo. Como destaca Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 16): “por essa concepção clássica, a culpa do agente, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente”.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma releitura ao instituto da responsabilidade civil. Como observa Bruno Miragem (2010, p. 349):

Tanto o CDC, quanto mais recentemente o Código Civil de 2002, tratam de estabelecer uma releitura de seus institutos, sobretudo, nas situações

específicas nas quais, seja em decorrência da extensão do dano, dos processos mediante os quais se dá a violação do direito (cadeia de fornecedores), ou a possibilidade real de provar-se a incorreção ou falta de uma determinada conduta do causador do dano, fez-se necessária uma visão renovada do instituto, que leva como efeito indissociável deste processo a objetivação da responsabilidade civil.

Desse modo, entende-se que a responsabilidade do fornecedor visa ressarcir o consumidor pelo prejuízo sofrido. Tendo em vista que as relações de consumo são caracterizadas pela indeterminabilidade dos sujeitos da relação, torna-se difícil ao consumidor lesado provar a culpa do agente causador do dano, ou seja, o fornecedor. Nessa seara, a responsabilização objetiva é de fundamental importância para assegurar seu direito.

No mesmo sentido, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1991, p. 47) também destaca a natureza da responsabilidade objetiva trazida pelo Código de Defesa do Consumidor:

O Código do Consumidor evidenciou, com a máxima clareza, e indicando uma única exceção, que houve o afastamento da responsabilidade subjetiva [...]. Tanto no art. 12 como no art. 14, é dito que a responsabilidade nas relações de consumo se afigure “independentemente de culpa”. A ressalva dos arts. 12 e 14 do Código do Consumidor indica que, nas relações de consumo, pelo menos na regra geral, a responsabilidade não é subjetiva, exigente de que o consumidor comprove a culpa do fornecedor. E mais; afirma que a responsabilidade se caracteriza como objetiva [...].

Para Cláudia Lima Marques (2011, p. 1206), a matéria de defesa do consumidor criou uma *responsabilidade per se mista*. Assim, explica:

Procura-se uma *unidade teórica* da responsabilidade, não mais baseada na *culpa* como noção transcendente- procura-se um outro fundamento unitário, mesmo reconhecendo a *dualidade técnica* que existe entre a responsabilidade de origem contratual e extracontratual.

No mesmo caminho, para Antônio Herman Benjamin (2012, p. 147), o Código de Defesa do Consumidor veio para superar a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Para o jurista, o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 1207) conclui que o sistema tradicional baseado na culpa é substituído pela concepção de presunção da culpabilidade, caracterizando um regime de responsabilidade legal. Portanto, o regime de vícios

trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor passa a ser caracterizado pela responsabilidade legal do fornecedor, a qual abarca toda a cadeia de fornecimento, não apenas aquele que possui vínculo contratual com o consumidor.

O critério para a configuração da reponsabilidade civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor se dá em vista do interesse jurídico protegido. A proteção pelo fato do produto ou serviço, visa resguardar a segurança do consumidor. Portanto, aquele que não oferece a segurança esperada, causando danos ao consumidor, deverá ser responsabilizado. De outra forma, a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço visa à proteção do consumidor frente a adequação do produto ou serviço, quando estes não servirem aos fins que legitimamente dele se esperam (MIRAGEM, 2010, p. 350).

Assim, entende-se que o fornecedor, no mercado de consumo tem o dever de oferecer produtos e serviços com a finalidade que dele se esperam e que não ofereçam riscos ao consumidor. Portanto, o fornecedor tem o dever de qualidade. Ensina Cláudia Lima Marques (2011, p. 1207):

Descumprido esse dever surgirão efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, de reparar danos pelo produto ou serviço defeituoso. [...]. Nesse sentido haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss) e vícios de qualidade por insegurança (art. 12 a 17).

As diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor fazem a distinção entre o vício do produto ou serviço e o defeito. De um lado, a aptidão ou idoneidade do produto ou serviço geram a responsabilidade pelo chamado vício. Nesse caso, o fornecedor só irá ser responsabilizado pelas consequências jurídicas decorrentes do fornecimento de um produto ou serviço imperfeito. Em contrapartida, o defeito, caracterizado pela falta de segurança do produto ou serviço acarreta a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, também chamado de acidente de consumo. Nesse caso, o fornecedor apenas nas causas excludentes de responsabilidade (VENOSA, 2003, p. 98).

Nessa ordem, vale considerar que os vícios de adequação, previstos no artigo 18 e seguintes do Código do Consumidor, recaem sobre o prejuízo auferido pelo consumidor. Entretanto, a perda patrimonial não ultrapassa os limites valorativos do produto ou serviço. A responsabilidade está, portanto *in re ipsa*. Por outro lado, os defeitos de insegurança, previstos nos artigos 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, revelam uma responsabilidade de maior grandeza, vez que os acidentes

de consumo e os danos dele decorrentes, ultrapassam os limites do produto ou serviço (DENARI, 2007, p. 185).

Mais uma vez, insta ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, ao prever a responsabilidade objetiva, desvincula a culpa da responsabilidade do agente. Com as palavras de Cláudia Lima Marques (2011, p. 157):

Não é sequer relevante tenha ele [fornecedor] sido o mais cuidadoso possível. Não se trata em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode elidir provando que atuou com diligência, ressalte-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. A partir do Código- não custa repetir- o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia.

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor ter previsto a responsabilidade objetiva em relações de consumo, estas admitem excludentes. É o que pode ser verificado no parágrafo 3º do artigo 12, qual define que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: a) que não colocou o produto no mercado; b) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; c) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. O artigo 14 § 3º, por sua vez, prevê a responsabilidade pelo fato do serviço.

Cabe uma especial atenção na excludente que pressupõe que o fornecedor não colocou o produto no mercado. Pressupõe-se que um dano decorrente de um determinado produto, é porque este se encontra no mercado. No entanto, o caso que admite a excludente é quando se exclui o nexo de causalidade. Seria o caso de produtos falsificados, ou daqueles produtos decorrentes de furto ou roubo (MARQUES, 2011, p. 163).

Um dos pressupostos da responsabilidade do fornecedor é decorrente do defeito do produto. Ora, restando comprovada a inexistência do produto defeituoso, é rompido, portanto, o nexo causal, restando afastada a responsabilidade. Via de regra, quem deveria produzir a prova seria o consumidor, entretanto, um dos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor é a inversão do ônus da prova, sendo aplicável quando o juiz considera a verossimilhança das alegações feitas pelo consumidor. Vale destacar, no entanto, que sua aplicação não é absoluta. Zelmo Denari (2007, p. 197) chama a atenção que apenas quando, a partir da própria experiência, o juiz perceber que os fatos trazidos aos autos pelo consumidor são verossímeis, é que poderá ser aplicada a inversão do ônus da prova.

No que tange a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, trata-se de outra hipótese de rompimento do nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor. Leciona Bruno Miragem (2010, 382):

A exclusão da responsabilidade do fornecedor, neste caso, opera-se apenas se o dano tiver sido causado por evento cuja causa deva-se apenas a própria conduta do consumidor ou de terceiro. Não há de se referir, portanto, de culpa concorrente do consumidor como cláusula concorrente de responsabilidade, ainda que se possa admitir, no caso concreto, a redução do *quantum* de indenização. [...]. No caso de culpa de terceiro, note-se que ao mesmo tempo em que a responsabilidade do fornecedor é afastada, este terceiro uma vez que tenha sido demonstrado o vínculo lógico de sua conduta com o dano causado, poderá ser reconhecido como legítimo para ser demandado na correspondente ação indenizatória da vítima.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, os instrumentos oferecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, visam sobretudo a proteger os interesses do polo mais fraco. A defesa do fornecedor em relação ao vício do produto ou serviço, estariam adstritas a comprovação das excludentes de responsabilidade, conforme artigo 12 § 3º (fato do produto) ou artigo 14 § 3º (fato do serviço).

Outro fator trazido à baila, que oferece uma real defesa do interesse do consumidor, diz respeito ao prazo prescricional para ajuizar as respectivas demandas indenizatórias. Há diferenças significativas entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, as quais a legislação consumerista oferece uma maior tutela ao consumidor. O artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor prevê prazo de cinco anos, quando se trata de dano decorrente a defeito no produto ou na prestação de serviço. O prazo começa a contar a partir do conhecimento do dano e sua autoria. O Código Civil, por sua vez, estabelece prazo de três anos, conforme o artigo 206 § 3º.

Assim, pode-se verificar uma maior tutela ao consumidor ao estabelecer maior prazo na lei consumerista. Afirma Paulo Nader (2010, p. 446):

Tal critério favorece o consumidor, pois se o início da contagem do prazo coincidissem com o defeito [...], casos haveria em que o consumidor, inteirando-se da conduta nociva por muito tempo após sua prática, teria o tempo reduzido para pleitear seus direitos.

O Código Civil não oferece tamanha proteção, porquanto a contagem do prazo prescricional tem início a partir do dia em que a ação poderia ser ajuizada. Cabe ao juiz de ofício declarar a prescrição, em consonância com o art. 219 § 5º do Código de Processo Civil.

Nessa seara, verifica-se que a responsabilidade civil tem por objetivo o equilíbrio das relações. O Código Civil de 2002 prevê uma natureza dualista do instituto, porquanto tem como regra geral a responsabilidade mediante culpa. Embora seja regra geral nas relações civis a responsabilidade objetiva, também há previsão de responsabilidade independentemente da culpa, o qual se vincula a teoria do risco.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, oferece mecanismos para superar a vulnerabilidade do consumidor, através de mecanismos que buscam uma tutela efetiva e integral ao consumidor. No que tange a responsabilidade, a lei consumerista superou a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual para assim estabelecer a responsabilidade nas relações de consumo. A responsabilidade das relações de consumo visa a reparação dos danos sofridos pelo consumidor pela inadequação dos produtos e serviços e acidentes de consumo. A utilização do Código de Defesa do Consumidor é sem dúvida, mais benéfica ao consumidor, vez que sua função é oferecer uma real proteção àquele já reconhecido pela Constituição Federal como vulnerável.

Nesse contexto, surge a discussão a respeito da responsabilidade do advogado. Quando o advogado não prestar os serviços com o devido cuidado e diligencia ocasionando lesão ao cliente é possível de ser responsabilizado. Entretanto, surge as indagações: é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar o advogado? A relação advogado-cliente é relação de consumo? Devido à complexidade do tema, terceiro capítulo trata-se da responsabilidade do advogado e a possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

4. INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL

A advocacia muito embora seja uma profissão norteada pela busca pela justiça e direcionada à solução de controvérsias, não é imune aos conflitos da vida em sociedade, especialmente quando atingem a relação advogado-cliente. Nesse contexto, torna-se de fundamental importância que conduta do advogado seja de zelo e empenho, baseado nos princípios éticos.

A violação dos deveres éticos, prevê o artigo 32 do Código de Ética, a responsabilidade do profissional pelos atos que praticar com dolo ou culpa. Ademais, o Código Civil em seus artigos 186 e 187, preveem a configuração de ato ilícito por violação do direito de outrem ou atos contrários à boa-fé. Muito se tem discutido a respeito da possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços prestados pelo advogado. Para tanto, faz-se necessário analisar se na relação advogado-cliente está caracterizada a relação de consumo. Sabe-se que, se aplicado o Código de Defesa do Consumidor, resulta uma série de mudanças, porquanto, o regime de responsabilidade é diferente, além dos prazos também serem maiores, fato este que favoreceria o consumidor, ou no caso em tela, o cliente.

Muitos dos consagrados doutrinadores no âmbito do direito consumerista e civil entendem tratar-se de relação de consumo. Forte argumento trazido por essa corrente é de que, sendo o cliente o polo vulnerável da relação, deve então ter seus interesses protegidos pela legislação. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade dos profissionais de forma implícita. Esse posicionamento encontra eco em parte dos julgados dos tribunais.

Em contrapartida, forte corrente doutrinária, sustenta não ser relação de consumo o serviço prestado por advogado. Considera ser o advogado um profissional essencial à justiça, não sendo admitida de forma alguma a mercantilização da advocacia. Constata-se que as regras impostas pelo Estatuto da OAB e Código de Ética e Disciplina da OAB, restringem a publicidade e veda a captação de clientela. Verifica-se uma leve tendência dos tribunais superiores a ser favorável a esta segunda posição.

Nesse contexto, surge o questionamento a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços prestados pelo advogado.

Dessa forma, o objetivo deste capítulo será procurar responder ao questionamento decorrente do exercício da advocacia e a relação de consumo através da justificativa doutrinária e jurisprudencial.

4.1 O conceito de fornecedor e consumidor

Para melhor compreensão do tema, cabe primeiramente identificar as relações de consumo, para depois verificar se a relação advogado-cliente está inserida nesse contexto. Como já explanado anteriormente, não há consenso definido sobre a questão.

Para tanto, faz-se necessária a definição conceitual dos elementos constitutivos da relação de consumo. As relações de consumo envolvem dois polos definidos: o consumidor e o fornecedor. Assim, para haver relação de consumo é necessário que haja tanto fornecedor como consumidor. Ausente uma das partes da relação, não se trata de relação de consumo.

Assim define o Código de Defesa do Consumidor:

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.

Nessa perspectiva, através de uma interpretação finalista da legislação, consumidor, é portanto, o destinatário final. Entretanto, a definição segundo o Código admite várias interpretações.

Pode-se considerar destinatário final, aquele que utiliza um bem, mediante sua destruição, aproximando-se do direito civil no que tange os bens consumíveis. De outra banda, o destinatário final pode se identificar como sendo o destinatário fático, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumidor (adquirir ou utilizar) retira o produto ou serviço do mercado, usufruindo de modo definitivo sua utilidade. Ainda, o destinatário final, pode ser considerado aquele que não apenas retira o produto do mercado de consumo, mas exaure sua vida econômica, ou seja, não volta a reempregá-lo. Neste caso, é destinatário final por ter praticado o ato de consumo, não por ter adquirido insumos para reempregá-los no mercado (MIRAGEM, 2010, p. 85).

De acordo com Cláudia Lima Marques (2012, p. 90), é uma interpretação restritiva, porquanto restringe o consumidor ao não profissional, definindo-o como

aquele que utiliza bens e serviços para uso próprio ou da família, sendo portanto o mais vulnerável. Destaca:

Parece-me que, restringindo o campo da aplicação do CDC, àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção a estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo [...].

Pode-se concluir que a teoria finalista admite como consumidor àquele que adquire o produto e não o reutiliza no mercado. É a teoria que utiliza o entendimento restritivo. Em relação as pessoas jurídicas, não há um consenso, há quem entenda que, para evitar um alargamento em demasia, excluem-se as pessoas jurídicas da relação de consumo. Por outro lado, pode-se entender que as pessoas jurídicas que são destinatárias finais desde que não visem lucro. Por esse entendimento, a relação de consumo seria mais econômica do que fática.

Na contramão, a teoria maximalista entende que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretada de forma mais extensa possível. Nesse ponto todos os agentes do mercado estariam protegidos pelo Código, não apenas o consumidor pessoa física. Assim, os defensores dessa corrente asseveram ser Código de Defesa do Consumidor, um conjunto de normas de regulamento do mercado, estando o quesito da vulnerabilidade relegada a um segundo plano (MARQUES, 2012, p. 91).

A teoria mais utilizada na jurisprudência brasileira tem sido a teoria finalista. Entretanto, os princípios nela existentes já estão sendo mitigados, porquanto a tendência na atualidade é a utilização do finalismo aprofundado. Essa teoria prevê a vulnerabilidade como requisito básico para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se o artigo 29 do Código, pelo qual equipara a consumidor “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Assim, quando envolvidas pequenas empresas e grandes fornecedores. Cabe ressaltar que, para a adoção desta teoria, faz-se necessária uma análise apurada do caso concreto. Seria o caso do restaurante que necessita de gás para exercer suas atividades econômicas, a sorveteria que precisa de luz para conservar os sorvetes, ou ainda os quiosques que vendem cerveja para o carnaval de Olinda. Nesse caso, a falta de gás no pequeno restaurante, a ausência de luz para a sorveteria ou ainda o não fornecimento de cerveja nos quiosques seria passível da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda nesse ponto, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 61), sintetiza as características marcantes para definir consumidor:

- a) **Posição de destinatário fático e econômico** quando da aquisição de produto ou serviço;
- b) **Aquisição de produtos ou serviços para uso próprio**, de sua família ou dos subordinados por vinculação doméstica ou protetiva;
- c) **Não profissionalidade**, assim entendida a utilização de produtos ou serviços sem querer prolongar o ciclo econômico, podendo entretanto ser considerado consumidor aquele que adquire produto ou serviço fora de seu campo de especialidade profissional ou ainda, empresa ou profissional de pequena dimensão, a qual fique evidenciada a vulnerabilidade do mesmo;
- d) **Vulnerabilidade**, ou seja, o reconhecimento do consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, afetado sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem técnica ou econômica, pela pressão das necessidades, ou pela influência da propaganda.

Entretanto, para definir se o serviço de advocacia é serviço de consumo, torna-se importante a verificação do conceito de fornecedor.

O fornecedor, em linhas gerais, é aquele que oferece os produtos e serviços no mercado 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 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.

De acordo com Bruno Miragem (2010, p. 98), a definição legal é bastante ampla, porquanto o legislador não distingue a natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor. Assim, são abrangidos pelo conceito, tanto empresas estrangeiras e multinacionais, quanto o próprio Estado, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço. Assinala o professor que são fornecedores todos os membros da cadeia de fornecimento, sendo relevante ao definir-se a

extensão de seus deveres jurídicos, principalmente em relação à responsabilidade civil.

Pela lição de José Geraldo Britto Filomeno (2007, p. 47): “fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços”.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor considera fornecedor aquele que exerce atividade negocial, de forma habitual, profissional e organizada, com fins econômicos. Cabe ressaltar que toda a atividade de consumo deve ser remunerada, vez que não existe gratuidade no mercado de consumo. A remuneração indireta também insere a atividade no mercado de consumo. Pode-se citar como exemplo, as amostras grátis que tem como objetivo promover o produto. Nesse contexto, as amostras também são consideradas bens de consumo.

Da mesma forma, não é considerada relação de consumo as relações jurídicas estabelecidas entre não profissionais, casual e eventualmente. Entretanto, essas relações também são amparadas pela legislação civil, sendo necessária a harmonia com os princípios da lealdade, boa-fé, equilíbrio contratual e função social do contrato. A violação dos princípios acima referidos, deve ser enquadrada no artigo 29 do Código Civil (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67).

Em relação aos profissionais, não há uma definição expressa no Código de Defesa do Consumidor em relação aos profissionais. Assim leciona Bruno Miragem (2010, p. 98):

Não exige a legislação brasileira, de modo expresse que o fornecedor de produtos e serviços seja um profissional. O requisito de profissionalidade, expressamente referido em diversas leis estrangeiras, não constitui elemento de definição presente no art. 3º do CDC.

Nesse sentido, ressalta o professor Bruno Miragem (2010, p. 98) que o legislador ao referir-se como fornecedor aquele que desenvolve atividades de produção, distribuição, comercialização entre outras, permite interpretar o conceito de fornecedor vinculado aos profissionais, devendo este exercer suas atividades de forma habitual.

O artigo 14 § 3º, por sua vez, prevê a responsabilidade dos profissionais liberais que deverá ser apurada mediante culpa. De acordo com Oscar Ivan Prux, uma vez prevista no Código, torna-se justificável a aplicação do Código de Defesa do

Consumidor em serviços prestados por profissionais liberais. Leciona o autor (1998, p. 93):

Com relação mais estrita à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, durante todos esses anos não se percebeu na legislação, uma preocupação que fosse digna de nota. Ela só veio dar sinais de poder acontecer, recentemente, quando entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que, através do seu artigo 14, § 4º veio pela primeira vez, referir-se especificadamente aos profissionais liberais.

Nesse contexto, pode-se considerar as relações de prestação de serviço por profissionais liberais de uma forma geral, relação de consumo, porquanto definidos no artigo 14 § 4º. Da mesma forma, identifica-se que a prestação de serviço por profissionais regulamentados presente os requisitos da habitualidade e da contraprestação financeira. O ponto a ser analisado é se, os advogados, estariam incluídos entre os profissionais liberais em sentido amplo, vez que a advocacia é profissão diferenciada das demais, com previsão constitucional e regida por estatuto próprio.

4.2 A responsabilidade civil do advogado e o Código de Defesa do Consumidor

Em relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do advogado, não há consenso na doutrina, tampouco a matéria se encontra sumulada. Verifica-se uma corrente doutrinária ligeiramente majoritária em considerar a aplicação do Código do Consumidor na relação advogado-cliente, quando prestados por profissionais liberais, mediante pagamento. Por outro lado, analisando-se os julgados dos tribunais, percebeu-se uma tendência a sua não aplicação, visto que os serviços prestados por advogado são incompatíveis com a natureza empresarial e mercantil.

Entendendo tratar-se de relação de consumo, Paulo Lobo (2000, p. 126), refere que a atividade da advocacia não é livre, posto que depende de requisitos, qualificações e controles previstos em lei, inserindo-se no conceito amplo das relações de consumo, pois o advogado é prestador de serviço profissional.

Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno (2011, p. 68) assevera que, o exercício da advocacia, quando exercida de forma autônoma, é compatível com o Código de Defesa do Consumidor. Deixa claro o autor, que a advocacia pública não está inserida nas relações de consumo. Pela lição do autor (2011, p. 68): “Ora, o

advogado autônomo, liberal, sem vínculo empregatício, obviamente exerce atividade ou serviços especialíssimos, em prol de seu cliente e, por conseguinte, está inserido na categoria de fornecedor de serviços”.

Bruno Miragem, considera justificável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação advogado-cliente, pois presente a vulnerabilidade do segundo em relação ao primeiro. Sustenta que “o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a aplicação do direito do consumidor” (2010, p. 65). Nesse caso, ao contratar um advogado, o cliente estaria em uma situação de fragilidade, porquanto, não possui os conhecimentos técnicos que o profissional possui. Dessa forma, restaria caracterizada a prestação de serviços.

Outro argumento favorável à aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil, é que a prestação de serviços pelo advogado é uma atividade onerosa, sendo devidamente remunerada pelo cliente. Nesse caso, restaria caracterizado o art. 3º, § 2º do CDC.

Pelas palavras de Paulo Lobo (2000, p. 127):

Nas relações de consumo, o advogado autônomo, quando exerce sua profissão, é um fornecedor de serviços, sujeito à tutela do consumidor. Quando exerce em relação de emprego, não é fornecedor e não está sujeito imediatamente à responsabilidade pelo fato do serviço, mas sim seu empregador pela atividade que exerce.

Defende o autor que, apenas os advogados que prestam serviços de forma autônoma estão sujeitos às normas presentes no Código de Defesa do Consumidor. Nesse caso, os advogados empregados estariam excluídos das medidas aplicadas pelo Código, respondendo perante este, o empregador. Conforme entendimento de Elias Farah (2004, p. 182):

O advogado, exercente de atividade jurídica, é um fornecedor de serviços. Sujeita-se às normas protetoras do consumidor, salvo se o faz mediante relação de emprego, quando o empregador passa a ser fornecedor de serviços. O art. 3º do CDC faz referência à “pessoa física” que “desenvolve atividade” de “prestação de serviços”.

Dessa forma, entendem os doutrinadores que o serviço de advocacia está inserido nas relações de consumo, desde que prestado por profissional liberal. Quando o inadimplemento do serviço contratado for decorrente de ato de advogado empregado, não caberia a responsabilização deste, mas seu empregador seria responsabilizado segundo as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao advogado público, não estaria enquadrado nas normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. No caso de falha na obrigação do advogado público, poderia ser o caso da responsabilização civil do Estado, tema que, embora pertinente, não é objeto do presente estudo.

Já a advocacia exercida pelo profissional liberal, grande parte da doutrina defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, mesmo entre aqueles que entendem ser a advocacia atividade de fornecimento de serviços, surge uma segunda discussão doutrinária a respeito da natureza de sua responsabilidade. Renomados autores como Cláudia Lima Marques e Paulo Lobo, entendem ser objetiva a responsabilidade civil do advogado, uma vez que a interpretação da norma deve ser mais favorável ao consumidor, porquanto este já encontra-se em situação de vulnerabilidade. Outra linha, a qual se mostra majoritária, entende que, por força do § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do advogado será abordada mediante culpa.

Cláudia Lima Marques, posiciona-se no sentido da aplicação da responsabilidade objetiva em termos gerais, segundo o CDC. Entende a autora que a responsabilidade perante culpa, conforme o parágrafo 4º do artigo 14 poderá ser aplicada apenas para fato do serviço. Já nos casos de inadequação do serviço prestado, o advogado responde o advogado independentemente de culpa. Pelas palavras da ilustre professora (2013, p. 478-479):

A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o § 4º do art. 14 do CDC que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas na adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e ss. do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa.

Seguindo a mesma linha da doutora Cláudia Lima Marques, Paulo Lôbo (2007, p. 190), da mesma forma, prega que a reponsabilidade objetiva deverá ser utilizada nos casos de inadequação do serviço, haja vista ser a interpretação mais protetiva ao consumidor. Ressalta que a interpretação da regra legal deve ser feita de modo a dar cumprimento ao princípio constitucional de proteção ao consumidor, ou seja, no sentido mais favorável ao consumidor, particularmente nos seguintes pontos: a) natureza da culpa; b) ônus da prova da culpa. Assim, considera:

A responsabilidade culposa, *tout court*, dos profissionais liberais, é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código do Consumidor, o que não ocorreu.

A responsabilidade por vício do serviço, ou seja, defeito de inadequação, oculto ou aparente, do advogado ou de qualquer profissional liberal é idêntica à dos demais fornecedores de serviços, sem qualquer restrição. Dessa forma, a regra de exceção, prevista no art. 14, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, não alcançaria as hipóteses de vícios do serviço, previstas no art. 18 e seguintes, em prejuízo do consumidor. Nessa trilha, em se tratando de dano, entende-se ser necessária a verificação da culpa. Contudo, o vício não é consequência, mas característica da própria execução defeituosa. Por fim, a responsabilidade por vício seria objetiva, porquanto não envolve necessariamente indenização por dano nem verificação de culpa (LOBO, 2002, p. 132).

Dessa maneira, os autores Cláudia Lima Marques e Paulo Lobo sustentam ser a responsabilidade com culpa presumida, referida no Código do Consumidor, relacionada exclusivamente ao fato do serviço, ou seja, quando o serviço causar dano à pessoa ou ao patrimônio do cliente, adota-se o Código de Defesa do Consumidor.

Bruno Miragem prega pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porém entende que responsabilidade será abordada se verificada a culpa. Pelas palavras do mestre (2002, p. 397):

[...] no que diz respeito ao regime de responsabilidade dos profissionais liberais, optou o legislador por aparta-la da regra geral de responsabilidade objetiva, prevista para os fornecedores no CDC, estabelecendo na hipótese destes profissionais a responsabilidade subjetiva. Daí que o artigo 14, § 4º, do CDC, constitui exceção à regra da responsabilidade objetiva do CDC, ao estabelecer: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa”.

Seguindo a mesma direção de Bruno Miragem, Cavalieri Filho (2009, p. 390), entende que o advogado está submetido ao art. 14 § 4º da mesma lei, o qual prevê que a reponsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa. Portanto, os profissionais liberais, como o advogado, embora prestador de serviço, responde subjetivamente. Em outros aspectos, submete-se aos princípios do CDC. Assim afirma:

Embora contratual, não há presunção de culpa nessa espécie de responsabilidade, o que importa dizer que a culpa do advogado terá que ser provada. O cliente só poderá responsabilizá-lo pelo insucesso da demanda

provando ter obrado com dolo ou culpa. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 32, é também expressa nesse sentido. Via de regra, a responsabilização do advogado tem lugar quando a sua atuação provoca sanção para o cliente por litigância de má-fé [...], altera a verdade dos fatos; opõe resistência injustificada ao andamento do processo; provoca incidente manifestamente protelatório.

Ainda nesse sentido, Oscar Ivan Prux (1998, p. 94) prega a aplicação da responsabilidade subjetiva, conforme o artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Leciona o mestre:

[...] a exceção contida no mencionado § 4º, na forma como foi redigida, entendemos que teve a intenção de devolver (ou manter) esse tipo de responsabilidade, pura e simplesmente regido pelo sistema tradicional, ou seja, de adesão integral à teoria da culpa.

Em consonância com a responsabilidade civil do advogado mediante culpa, Paulo Nader (2010, p. 433) entende que somente estará configurada a responsabilidade civil se restar comprovado que o advogado tenha sido negligente, desidioso ou tenha cometido erro inescusável no exercício profissional. Considera ainda que apenas o erro injustificável, ou seja, aquele elementar para o advogado médio será passível de indenização.

A tendência doutrinária segue pela mesma linha, no sentido de entender que a regra do artigo 14 § 4º, se aplica ao advogado tanto no vício como no fato do serviço. Nesse sentido, afirma Elias Farah (2004, p. 182): “tal disposição se compatibiliza com o artigo 6º, VIII, do CDC que assegura ao advogado provar sua inculpabilidade e atender ao espírito de proteção do art. 170 da Constituição”.

Nesse viés, Geraldo Doni Júnior (2001, p. 56-57) justifica a adoção da teoria subjetiva na responsabilidade civil dos profissionais da advocacia, dado que a conduta culposa encontra previsão expressa tanto no Código do Consumidor (artigo 14 § 4º) quanto no Estatuto da Advocacia (artigo 32). Enfatiza o professor:

Embora a segurança que a responsabilidade objetiva confere às potenciais vítimas do dano, suas premissas não podem ser aplicadas ao profissional prestador de serviço, em razão da sua obrigação ser de meio e não de resultado, deve ele ter a garantia de estar isento de responsabilidade no caso de ter procedido com todo cuidado, diligência e competência.

Ainda nessa linha, Cláudia Santos (2011, p. 25), sustenta não ser possível a inversão do ônus da prova, cabendo ao consumidor o encargo de provar o vício ou defeito na prestação do serviço. No entanto, admite ser dever do advogado

demonstrar que não faltou com os deveres de lealdade, informação, veracidade e diligência necessária. Já Simone Hegele Bolson (2003, p. 92), admite a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, cabendo ao advogado a contraprova, ou seja, a demonstração que não teve culpa pelos danos causados ao cliente.

Em decisão proferida³, o Superior Tribunal de Justiça em 2004, reconheceu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para serviços advocatícios, entendendo ser de natureza subjetiva a responsabilidade do profissional com base no § 4º do artigo 14 da mesma lei. Pelas palavras da relatora: “a legislação de consumo abrangeu os serviços prestados pelos profissionais liberais, apenas excluindo-os da responsabilidade objetiva”. No caso em tela, reconheceu a onerosidade excessiva da cláusula de honorários advocatícios.

A tendência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é pela responsabilidade subjetiva do advogado, conforme o artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Em acórdão⁴ proferido no ano de 2013, reconheceu o tribunal, a responsabilidade subjetiva do profissional mediante culpa. Os julgadores consideraram a responsabilidade civil do advogado subjetiva, de acordo com o artigo 14, § 4º, do CDC. Portanto, a responsabilidade do advogado deverá aferida se comprovada a culpa, cujo ônus da prova incumbe a quem a alega, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Na mesma trilha, julgou pela improcedência da demanda de responsabilidade civil do advogado⁵, pois a parte autora apesar de alegar a negligência e omissão do profissional, não fez prova do dano e do nexo de causalidade. Pelo entendimento da corte, o advogado não poderá ser responsabilizado pelo insucesso da demandada para o qual laborou em prol de seu mandante, pois sua obrigação contratual é de meio e não de resultado. Assim, considerou a responsabilidade subjetiva do advogado, consoante artigo 14 § 4º do CDC. Pelas palavras da relatora: “a responsabilidade do advogado será aferida mediante a comprovação de dolo ou culpa, cujo ônus da prova incumbe a quem a alega, nos termos do art. 333, I, do CPC”.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 364.168/SE, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2004, DJ 21/06/2004.

⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70055926794, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 25/09/2013.

⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70051007722, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 23/05/2013.

Em contrapartida, uma terceira corrente doutrinária entende não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor para os serviços prestados por advogado, pois este possui regulamentação própria. A profissão do advogado é regulada pelo Estatuto da OAB e Código de Ética e Disciplina da OAB, ficando o advogado subordinado às regras próprias.

Nesse sentido, o profissional da advocacia por ser regido pelo Estatuto da Advocacia, afasta da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ensina Júlio Cesar de Assis Júnior (2009, p. 9-10):

Ocorre que a Lei nº 8.078/90, apesar de especial em relação ao Código Civil, regulamenta as relações de consumo em geral, isto é, o gênero, estando aí incluídas aquelas relações em que o profissional liberal atua fornecendo algum serviço. Por outro lado, a Lei nº 8.906/94 é especialíssima em relação à Lei nº 8.078/90 e, apesar de não tê-la revogado, o Estatuto da Advocacia restringiu seu campo de aplicação porquanto normatiza todas as relações jurídicas entre o advogado-profissional liberal- e seu cliente.

O autor, defende uma interpretação acerca do concurso de normas, prevalece o princípio da especialidade, ou seja, a norma especial afasta a geral. Portanto, o Estatuto da OAB afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Na mesma linha de Assis Júnior, Rui Stoco (2002, p. 66) entende não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor por serviços prestados por advogado. Sustenta que os advogados são regidos por estatuto próprio, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor prevê normas gerais e o exercício da advocacia, normas específicas que regulamentam o exercício da advocacia. Afirma:

Não há de se falar em presunção da culpa do advogado nem, portanto, em inversão do ônus da prova, de modo que este somente poderá ser responsabilizado se comprovado que atuou, na defesa da causa para a qual foi contratado, como dolo ou culpa, e que de sua ação ou omissão decorreu efetivo dano para seu cliente.

Na mesma trilha, entende-se que a sociedade de advogados também deverá ser regida pelo Estatuto da OAB, porquanto encontra sua regulamentação na Lei nº 8.906/1994. Nesse caso, o Código Civil deverá ser usado apenas subsidiariamente, vez que o Estatuto da OAB é especialíssima. Nesse sentido, Luiz Carlos de Assis Júnior (2009, p. 14):

Isso leva a inafastável conclusão de que a sociedade de advogados é mero instrumento de prestação do serviço pelos advogados que a compõem [...]. A prestação advocatícia em sociedade, então permanece intuito personae e

meramente intelectual, estando sujeita, no que tange estritamente ao serviço de advocacia, à Lei nº 8.096/94.

Ainda no sentido da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do advogado, Gladson Mamede (2002, p. 112) defende a aplicação dos artigos 186 e 187 do Código Civil. Pelas palavras do mestre:

Com efeito, não está o advogado, excluído da regra geral anotada no art. 186 do Novo Código Civil, segundo a qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; da mesma forma, aplica-se-lhe o art. 187, a estipular que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, entende o jurista que o advogado, ao cometer ato ilícito, deverá ser responsabilizado. Nesses termos, consagra a responsabilização do advogado por culpa. Mais uma vez, insta salientar o dever do advogado de agir de modo compatível com as diretrizes profissionais, sendo-lhe de grande importância tratar os interesses do cliente com a devida diligência e dedicação.

Na mesma via, Flávio Olimpio de Azevedo (2006, p. 121), também sustenta a aplicação do Código Civil e do Estatuto da Advocacia para a responsabilização do advogado. Pela lição do jurista:

Na órbita da responsabilidade profissional do advogado, sempre vem à baila a perda de prazo de propor determinada ação, contestá-la ou recorrer dela. [...] . Quer na advocacia judicial, quer nas outras atividades, o advogado responde sempre pelos seus atos. Sempre que agir com dolo ou culpa, deve reparar os danos ao seu cliente. Os alicerces dessa responsabilidade estão inseridos nos arts. 32 em comento [Estatuto da OAB], 186 (do cometimento do ato ilícito por negligência ou imprudência) e 927 (da obrigação de reparar) do Código Civil brasileiro de 2002.

Entende o autor, portanto, que o advogado deverá ser responsabilizado quando, por sua ação ou omissão, causar dano ao cliente, o profissional da advocacia deverá ser responsabilizado mediante culpa, conforme, aplicando-lhe as sanções impostas pelo Código Civil e Estatuto da OAB.

Outro fator a ser levado em consideração pelo afastamento do Código de Defesa do Consumidor são as restrições impostas no Estatuto da OAB para publicidade e captação de causas, afastando a advocacia da mercantilização.

A advocacia, por expressa previsão legal, não pode constituir-se elemento de empresa. Nenhuma sociedade com registro nas juntas comerciais e nos cartórios civis de pessoas jurídicas terá a advocacia entre suas atividades objeto de exploração. E

nenhuma sociedade de advogados pode ter por objeto outra atividade que não a advocacia (ASSIS JÚNIOR, 2009, p. 17).

O Código de Ética e Disciplina define em seus artigos 28 a 34 os limites da publicidade, apenas permitindo o anúncio moderado e discreto, com finalidade exclusivamente informativa, estando vedada a utilização de meios promocionais típicos de atividade mercantil (LOBO, 2007, p. 195).

Há, portanto, necessidade de prudência, quanto a publicidade na advocacia. Conforme lição de José Renato Nalini (2011, p. 403), tendo em vista que, o profissional advogado não é um “bem de consumo num supermercado”, mas sim um profissional que usará a técnica jurídica como forma de melhor atender as necessidades de seus clientes, além de estabelecer um determinado laço de confiança para que o cliente entregue detalhes de foro íntimo de sua família, bens, haveres e deslizes.

Dispõe o Código de Ética, em seu artigo 28 que “o advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade”. O artigo seguinte, por sua vez, proíbe a sua veiculação do anúncio profissional pelo rádio e televisão e a denominação de nome fantasia. Já o artigo 31 prevê que o anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso dos símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a publicidade de uma forma genérica e utiliza a nomenclatura propaganda no seu contexto. Verifica-se que, no âmbito da advocacia a propaganda é proibida, tendo em vista que, propaganda visa a apresentação de produtos marcas, empresa ou política. Diferentemente, a publicidade na advocacia deve ser feita de forma discreta, preservando a sobriedade da profissão. Desta maneira, assim como disposto no Código de Ética e Disciplina da OAB, a publicidade permitida ao advogado tem como finalidade apenas o anúncio de seus serviços profissional, que muito embora deva ser recompensado com honorários dignos, jamais deve ser vinculado com profissão mercantilista.

Seguindo na mesma direção, o advogado, segundo dispõe o Estatuto da OAB em seu artigo 31, incisos III e IV, é proibido de valer-se de agenciador de causas e captação de causas, com ou sem a intervenção de terceiros. Ademais, em face dos

princípios que norteiam a advocacia, é vedado o uso da publicidade e o oferecimento dos serviços de massa (ASSIS JÚNIOR, 2009, p. 11).

Portanto, por esta via, pode-se concluir que a função do advogado é a primazia pela justiça, jamais confundindo seu serviço com a natureza mercantil. Como dispõe o Estatuto da OAB em seu artigo 44:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; (grifo nosso).

Nesses termos, leva-se em consideração que a Ordem dos Advogados do Brasil não é uma entidade de classe como as demais, mas como defensora da ordem jurídica, do estado democrático de direito e pela correta aplicação das leis.

Da mesma forma, o art. 3º do Código de Ética, assevera que o advogado deve ter consciência de que o direito é um meio de equilibrar as relações sociais, mitigando as desigualdades. Nesse contexto, entende-se que o serviço prestado pelo advogado, tem, sobretudo uma função de promoção da justiça e igualdade. Como leciona Gadson Mamed (2002, p. 105): “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização. Vale dizer: a advocacia não é, absolutamente um comércio e comete falta grave quem exerce dessa forma”.

Conforme parecer do ilustre jurista Ives Gandra Martins (2007, p. 16).

A entidade que controla todos os advogados, é instituída por lei, com personalidade jurídica “sui generis”, pois se a advocacia é uma função essencial à justiça e de proteção da sociedade, a entidade que a controla não pode estar sujeita ao Poder, tendo plena independência ou autonomia financeira, visto que, muitas vezes, tem-se transformado na única voz do povo [...].

Nesse compasso, a razão de ser da advocacia é a busca pelo direito e pela justiça, não podendo ser confundida como uma relação de consumo como as demais.

Em conformidade, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça⁶, foi afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Foi entendido que não há relação de consumo nos serviços prestados por advogado. “Considerando a incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, vez que a advocacia por não ser atividade fornecida no mercado de consumo”. A corte decidiu que as

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 532.377/ RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 21.08.2003, DJ 13.10.2003.

prerrogativas e obrigações impostas aos advogados - como, a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (artigos 31/§ 1º e 34/III e IV, da Lei nº 8.906/94) evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo.

No mesmo sentido, em acórdão proferido pela mesma corte⁷, decidiu o tribunal de instância superior que não incide o CDC nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Dessa forma, afastou a abusividade da cláusula contratual que prevê honorários acima do usual, prevalecendo o *pacta sunt servanda*.

Seguindo a mesma linha, em outra decisão proferida, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez considerou inaplicável o Código de Defesa do Consumidor para os serviços prestados por advogado, porquanto “as normas protetivas dos direitos do consumidor não se prestam a regular as relações derivadas de contrato de prestação de serviços de advocacia, regidas por legislação própria”.⁸

Ainda, em mais recente decisão⁹, mais uma vez, o Tribunal Superior de Justiça, afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por entender que o advogado é regido por estatuto próprio, ou seja, o Estatuto da OAB. Ainda entendeu que, sendo a ação de indenização fundada no direito comum, regular a aplicação do art. 177 do Código Civil, incide a prescrição vintenária, pois o dano moral, no acórdão analisado, apresentava caráter de indenização, de reparação de danos e pela regra de transição (art. 2.028 do Novo Código Civil) há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, previsto no art. 206, § 3º, IV do mesmo diploma legal.

Conforme pode ser verificado, muito embora a escassez de julgados, a tendência do Superior Tribunal de Justiça é pelo afastamento do Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade civil do advogado. Dessa forma, entende-se como uma tendência doutrinária pela não aplicação do CDC.

Em relação a natureza da responsabilidade civil do advogado, os defensores da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor, são unânimes em apontar a responsabilidade do profissional mediante a verificação de culpa.

Nesse sentido, Gladson Mamede (2002, p. 112-113) prevê a aplicação da responsabilidade subjetiva em conformidade com o artigo 186 do Código Civil. Para o

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 757.867/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 09/10/2006.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 914.105/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 22/09/2008

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1228104/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 10/04/2012.

doutrinador, o advogado é também submetido às regras presentes no Código. Enfatiza o autor que o advogado só poderá ser responsabilizado por dolo ou culpa:

O advogado não está obrigado a obter vitória para o cliente, até mesmo porque não tem controle sobre os posicionamentos judiciais. Está, outrossim, obrigado a prestar da melhor maneira possível seus serviços, buscando, como afirma o art. 2º, § 2º, do Estatuto, decisão favorável a seu constituinte. Será responsabilizado, portanto, por dolo ou culpa, ou pelo dito pelo art. 186 do Código Civil, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano ao cliente ou a terceiro.

Já Ernest Lippmann (2011, p. 1171), sustenta que a responsabilidade do advogado será apurada conforme o artigo 32 do Estatuto da Advocacia, *in verbis*: "O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa".

Dessa forma, o autor defende que para os profissionais da advocacia, aplica-se a responsabilidade subjetiva, pois o advogado é regido por estatuto próprio. Ora, se o artigo 32 do Estatuto da Advocacia tem a previsão de que o profissional responderá pelos atos praticados por ele por dolo ou culpa, seria inviável a imputação da responsabilidade objetiva ao advogado.

Seguindo a mesma linha, Rui Stoco (2002, p. 66), considera que seja por força de regra específica contida no Estatuto da Advocacia ou da regra geral estabelecida pelo Código Civil, ou em face da renúncia do Código de Defesa do Consumidor em aplicar a responsabilidade objetiva a esses profissionais, tal responsabilidade será sempre por culpa e deverá estar sempre informada pelo elemento subjetivo, seja a relação contratual ou não. Assevera (2002, p. 66):

Não há de se falar em presunção de culpa do advogado nem, portanto, em inversão do ônus da prova, de modo que este somente poderá ser responsabilizado se comprovado que atuou, na defesa da causa pelo qual foi contratado, com dolo ou culpa, e de que sua ação ou omissão decorreu efetivo dano para seu cliente.

Assim, entendendo não se tratar de relação de consumo, a natureza da responsabilidade civil do advogado é subjetiva, seja por força do artigo 32 do Estatuto da OAB, ou ainda pelos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Em que pese o brilhantismo de consagrados autores que sustentam ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor para os serviços de advocacia, com a devida vênia, entendemos não ser relação de consumo, afastando pois, a incidência do direito consumerista na relação advogado-cliente. Vejamos:

O Código de Defesa do Consumidor trata de relações gerais de consumo, não fazendo qualquer referência aos serviços de advocacia em específico. Já o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que regula todas as relações da advocacia, é lei especialíssima em relação ao CDC, devendo, portanto, prevalecer o princípio da especialidade. Nesse compasso, pode-se concluir que o Estatuto da Advocacia, regulamenta todos os serviços prestados por advogado, abarcado integralmente a atividade advocatícia, autônoma e independente de qualquer outro texto legal.

Ainda, pode-se verificar que além de possuir caráter especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.096/94 é posterior ao CDC. Dessa forma, segundo o princípio da posteridade, o advogado deve sujeitar-se às regras contidas no Estatuto da Advocacia.

Conforme cumpre ressaltar, a divulgação dos serviços advocatícios é bastante restrita. Os advogados são limitados quanto ao ato de tornar público seus serviços. Tais limites destinados a publicidade na advocacia estão regularmente dispostos no Código de Ética e Disciplina da OAB, nos arts. 28 a 34, no Estatuto da OAB, no art.33, bem como no Provimento 94/2000.

Ora, a atividade empresarial é baseada principalmente na publicidade. Ao profissional advogado é permitido fazer publicidade de seus serviços, apenas de forma moderada e exclusivamente informativa. É vedado, portanto, qualquer veiculação deste com a comercialização de seus serviços.

Ademais, sendo vedada a captação de causas e utilização de agenciador, a advocacia não pode ser confundida com atividade mercantil. Igualmente, não é permitida a utilização de meios comuns de publicidade que manifeste a comercialização dos serviços do advogado. Enfim, a advocacia não pode ser equiparada a uma atividade de prestação de serviços comum, pois há um regramento próprio e específico para os serviços de advocacia. A advocacia é por lei, proibida de se constituir elemento de atividade empresarial, de forma que essa profissão sempre será uma atividade intelectual.

A sociedade de advogados, por sua vez, deve ser registrada junto à OAB na seccional correspondente, conforme art. 37 do Regulamento Geral do Estatuto da OAB: “Os advogados podem reunir-se, para colaboração profissional recíproca, em sociedade civil de prestação de serviços de advocacia, regularmente registrada no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede”. Dessa forma, a advocacia se distancia mais ainda da atividade comercial.

Assim, não considerando os serviços prestados pelo advogado, relação de consumo, não há de se falar em responsabilidade objetiva do profissional. Portanto, entende-se que a responsabilização do advogado deverá ser apurada mediante culpa, conforme artigo 32 do Estatuto da Advocacia e artigos 186 e 187 do Código Civil.

A comercialização e mercantilização da profissão é vedada tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina da OAB. Nesse contexto, entendendo não ser a advocacia relação de consumo, portanto, afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do advogado.

Nesse compasso, mostra-se justificável a responsabilização do advogado, quando os atos praticados por ele com dolo ou culpa, acarretar prejuízo ao cliente, conforme artigo 32 do Estatuto da OAB. Assim, surge a discussão a respeito da extensão da responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance. Essa teoria poderá ser configurada quando, por erro de natureza grave por parte do advogado, acarretar prejuízo ao cliente, vez que este deixa de ter sua pretensão analisada pelo poder judiciário seja pelo juízo de primeiro grau ou e instância superior.

4.3 A extensão da responsabilidade: teoria da perda da chance

A teoria da perda da chance é uma espécie de responsabilidade civil. Assim como a responsabilidade civil abrange todas as formas de reparação à vítima, a responsabilidade civil do advogado também poderá ser abrangida pela perda da chance.

A perda da chance é também considerada a “teoria da incerteza”, porquanto é baseada na mensuração e na probabilidade. Essa teoria aplicada ao advogado, é baseada no princípio de que, devido a conduta ilícita do profissional, o cliente viu-se impedido da oportunidade de obter sucesso na sua demanda.

Assim, explica Ministro Luiz Felipe Salomão:

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.¹⁰

Dessa forma, o advogado que atuar em desconformidade com a legislação e os preceitos éticos e morais deverá arcar com os prejuízos causados. O profissional da advocacia tem o dever de se esforçar para que a causa em que atua caminhe dentro dos ditames legais. Dessa forma, deve atuar de forma diligente na defesa de seu cliente, de modo que não será responsabilizado se perder a demanda, vez que assume obrigação de meio. Entretanto, quando o insucesso se deve à culpa do procurador, neste caso, o advogado poderá ser responsabilizado pela perda da chance (GUEDES, 2008, p. 413).

Normalmente quando se pensa em perda da chance, relaciona-se com o caso do advogado que perdeu prazo para ingressar com a ação, contestar ou recorrer e assim impedindo o cliente de obter uma sentença favorável.

Citando a doutrina clássica de Pontes de Miranda, assevera o douto mestre que o advogado responde pelo prejuízo causado à parte que de sua parte resulte, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou ignorância. Assim, exemplifica o ilustre jurista (1972, p. 440):

Exemplo de dolo (omissão): perder prazo, para que aproveite à parte contrária, com que se concluiu ou de quem deseja ganho de causa. Exemplo de dolo (ato positivo): requerer contra o interesse da parte. De negligência: perder, sem dolo, o tempo de contestar, de arrazoar ou de fazer prova. De imprudência: contestar e viajar, certo de que tão cedo não será chamado para a dilação probatória [...]. Exemplo de ignorância: deixar de agravar, porque não sabe que do despacho pode agravar. O advogado não pode reter, sob qualquer pretexto, os autos, depois de findo o termo assinado ou legal, pelo qual lhe tenham sido entregues com vista ou em confiança, perdendo o constituinte a faculdade de usar dos atos dos recursos ou se antes dele não se usou prazo.

Conforme pode ser observado, a teoria clássica assegura a responsabilização do advogado em caso de falta grave ou gravíssima. Ainda considera-se a responsabilização do profissional quando este deixa sem justo motivo o patrocínio da causa, sem dar conhecimento ao cliente; ou ainda, se realizou acordo com a parte contrária sem a anuência do cliente, ou ainda que deixou correr o prazo prescricional ou decadencial (MIRANDA, 1972, p. 440-441).

A perda da chance poderá também ser verificada quando o advogado deixa de formular pedido essencial para o alcance da pretensão de seu cliente, ou de

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010.

promover prova indispensável para o acolhimento de determinado pedido, ou ainda quando não promove a restauração dos autos, ou quando não apresenta as contrarrazões de recurso, ou não comparece à sessão de julgamento no Tribunal para sustentação oral, ou ainda, em determinadas circunstâncias, não propõe ação rescisória (LIPPMANN, 2001, p. 140-141).

A perda da chance foi reconhecida pela primeira vez nos tribunais brasileiros em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No referido acórdão, o advogado foi condenado por não ter restaurado os autos extraviados, sem ter comunicado ao cliente sobre a situação. Assim considerou o relator, Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram a autora a perda de uma chance e nisso reside o prejuízo”. Conclui que o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas a perda da chance que teria de alcançá-la.¹¹

Nesse condão, resta evidenciado que o advogado agiu de forma negligente, pois não adotou as medidas necessárias para que o cliente obtivesse êxito na causa. Essa situação caracteriza-se como erro grosseiro do profissional, porquanto deixou de agir de acordo com os parâmetros profissionais.

Pela lição de Raphael Leite Guedes (2008, p. 404):

O advogado deve ser responsabilizado pelos danos sofridos pelo cliente na medida em que esteja evidenciada a relação de causalidade entre a omissão do advogado e o dano, ou seja, este último (dano) deve, necessariamente, decorrer falha cometida pelo profissional da advocacia. Dessa forma, exclui-se da reparação os danos meramente hipotéticos ou inexistentes, sendo imprescindível a atuação do magistrado no caso concreto.

A chance perdida, deverá estar vinculada a um fato real, não bastando um caso hipotético para a teoria da perda da chance ser aplicada. Como bem leciona Cavalieri Filho (2009, p. 391):

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 teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido a chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar.

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991.

Tal teoria poderia ser aplicada quando, por exemplo, o advogado perdeu o prazo para contestar. Ou quando, o advogado deixou de recorrer, mesmo tendo o cliente se manifestado no sentido oposto. No entanto, vale destacar que o advogado tem a função de tomar as medidas que achar conveniente para o bom êxito da ação. Não é obrigado a interpor recurso incabível, principalmente quando se refere aos recursos junto aos tribunais superiores.

Desse modo, entende-se que o simples fato de não recorrer não enseja por si só a perda da chance. Entretanto, quando o cliente manifesta desejo de recorrer e assim o procurador não o faz, é considerado erro por parte do profissional, pois este embora tenha a independência na direção das causas, tem o dever de agir conforme a vontade do cliente.

Podemos assim entender, uma vez que o acesso à justiça é direito fundamental do cidadão, conforme artigo 5º, XXXV da Carta Maior. Como afirma Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 246), no Estado Democrático de Direito, a ação apresenta-se como um direito cívico, porque é através dela que se opera o relacionamento entre a lei, a justiça e a liberdade. Pelas palavras do mestre:

Quanto ao direito de defesa, sua realização se dá através do princípio do contraditório, que traduz no campo do processo, o direito fundamental da igualdade de todos os governados perante a lei. No que toca às formalidades essenciais, urge ter em mente que as formas do processo não são concebidas por puro amor ao rito ou à solenidade, mas como instrumentos indispensáveis à efetivação dos direitos individuais envolvidos no litígio. As formas existem como garantia dos mesmos direitos a não se transformarem em barreiras ou obstáculos à sua materialização.

Traduzindo as palavras do referido autor, o advogado como sendo profissional responsável pelo direito de defesa, tem o dever de agir com o máximo profissionalismo, obedecendo as regras consoantes no processo. Tais regras mostram-se de fundamental importância para que não ocorra, por exemplo, a perda de prazo ou a interposição de recurso incabível.

Assim, resta evidenciado que, quando o profissional não age de acordo com o devido cuidado, deixando de atuar conforme os preceitos da advocacia. Entretanto, não configura a perda da chance qualquer erro cometido pelo advogado, apenas aqueles verdadeiramente graves, o qual ocasiona real prejuízo ao cliente.

De acordo com Luiz Gonzaga Silva Adolfo (2010, p. 130), só deverá ser configurada a teoria da perda da chance se realmente o erro for injustificável. Define:

“deve-se comprovar que ele agiu com dolo ou culpa, conforme o artigo 927 do Código Civil, eis que a responsabilidade neste caso é subjetiva”.

Quando por exemplo, o advogado deixa de recorrer de matéria que possui súmula vinculante, o qual é considerada com alta probabilidade de sucesso da demanda judicial, poderá restar configurada a perda da chance. Pela lição de Sérgio Savi (2006, p. 62):

Na vigência do sistema de súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado que perde um prazo para a interposição de recurso ao pagamento de lucros cessantes, ao invés de condená-lo ao pagamento da indenização por perda da chance.

Entretanto, antes de restar configurada a perda da chance, é de fundamental importância a verificação de erro grave e de chance indenizável. Como afirma Luiz Carlos de Assis Júnior (2012, p. 417): “o dano por perda da chance não pode ser tratado como dano *in re ipsa*, pois a simples falta de recurso não significa que a perda da chance seja séria e real”.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu a perda da chance, pois evidenciada a negligência do procurador em relação ao cliente. No caso em tela, entendeu o relator restar configurada falta grave, mediante a não interposição de recurso e a gravidade da situação, tendo em vista que cliente teve sua casa leiloada. Da mesma forma, entendeu ser subjetiva a responsabilidade do advogado, de acordo com o artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor e artigo 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.¹²

A teoria da perda da chance ainda tem se mostrado controversa. Para Sérgio Novais Dias (1999, p. 52), nas situações em que deixou o advogado de recorrer a instância superior, mas o sucesso do recurso é improvável, não se pode cogitar a perda da chance no que se refere ao dano material, pois inexistente nexo de causalidade entre a conduta do advogado de não interpor recurso e o dano material. Assim leciona (1999, p. 52):

O dano que se pode cogitar dessa “perda do direito de ver a coisa julgada na instância superior, nesses casos de improbabilidade de sucesso do recurso, só pode ser pensado na esfera patrimonial, do chamado dano moral. Isso partindo do suposto que o cliente não queira utilizar-se do recurso como forma de procrastinação do feito, mas que sinceramente encontrava-se

¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70049939218, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 08/05/2014.

inconformado com a decisão, de tal forma que o fato de não ver a causa reexaminada pela instância superior ter-lhe-ia causado um dano psicológico.

Portanto, quando configurada a perda da chance, o que se deve indenizar é a perda da oportunidade que o cliente teve de ver seu recurso analisado por órgão de instância superior e não a causa em si.

Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça afastou a perda da chance, entendendo que o fato de o advogado ter perdido o prazo para interpor recurso não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. Faz-se absolutamente necessária a ponderação acerca da real probabilidade que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. Dessa forma, enfatizou a dificuldade de antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição¹³.

Pela lição de Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 200-201):

Acredita-se que a chance não apresenta a seriedade suficiente para engendrar o dano patrimonial, maiores seriam as razões para ser impedida de gerar reparação extrapatrimonial. Assim, se as chances de vitória de determinado recurso eram ínfimas, conclui-se que a demanda continuaria a ser julgada de forma contrária à vítima, sendo difícil imaginar a legitimidade de indenizar o inconformismo de “não ver a causa reexaminada pela instancia superior”, quando estava praticamente certo que tal instancia não reformaria a decisão recorrida.

Seguindo a mesma linha, Luiz Carlos de Assis Júnior (2012, p. 416) entende que para haver reparação do dano, não basta apenas o ato ilícito praticado pelo advogado e o provável dano ao cliente, mas é necessário haver nexo de causalidade entre ambos:

Sem causalidade, não há responsabilidade civil, razão porque o nexo causal deve ser devidamente fixado entre o ato ilícito praticado pelo advogado e a chance perdida por seu cliente. Nesse caso, a conduta ilícita do profissional do direito fez cessar uma cadeia de eventos que poderia desaguar numa vantagem para seu cliente, e o nexo causal a ser provado é justamente entre o ato ilícito e a perda da oportunidade.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012.

Nessa seara, conclui Sérgio Novais Dias (1999, p. 67/68) que os danos que o cliente pode sofrer correspondem àquilo que efetivamente teve reduzido em seu patrimônio ou àquilo que deixou de ganhar. Dessa maneira, constatada a existência do dano, bem como a falta cometida pelo advogado, caberá a análise do nexo de causalidade. Será preciso, portanto, examinar de forma minuciosa a questão que seria posta a julgamento, para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, a probabilidade do êxito que pretendia o cliente. Nesse contexto, é da parte autora o ônus de demonstrar que teve sua chance perdida devida a conduta do advogado, configurando a responsabilidade subjetiva do advogado.

Pelas palavras de Lisiane Lazzari Pietroski (2013, p. 85):

Verifica-se que vários tribunais brasileiros, dentre eles o Superior Tribunal de Justiça, admitem a aplicação da teoria da perda de uma chance, estabelecendo como requisito para a concessão da indenização a seriedade das chances perdidas, ou seja, é necessário que tais chances realmente pudessem vir a se concretizar, não que apenas representassem mera expectativa de êxito.

Considera Sérgio Savi (2006, p. 60-61) que não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, quando for possível fazer prova da probabilidade de no mínimo cinquenta por cento da obtenção do êxito esperado é que se poderá falar em perda da chance.

De posição contrária a teoria da perda da chance, Rui Stoco (2002, p. 79) entende que nunca se saberia ao certo qual seria o resultado do julgamento caso o ato tivesse sido praticado. Por exemplo, se o advogado perdeu o prazo para entrar com recurso, não é possível prever se este teria êxito caso o recurso fosse julgado. Assim, sustenta não ser possível punir o profissional com base na suposição:

Admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. [...]. Ademais de se caracterizar em verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em *ultima ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção.

Assim, entende que o profissional cuja obrigação é de meio, não poderá ser responsabilizado pelo resultado.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embora tenha decidido pela restituição dos honorários advocatícios, afastou a perda da chance, em

face da incerteza do sucesso da demanda. Assim, decidiu que não se poderia punir o profissional, pois jamais se saberia o resultado do julgamento.¹⁴

A perda da chance ainda é uma teoria que requer maiores estudos no direito brasileiro. Entendemos que poderá ser aplicada quando o advogado age de forma incompatível com a conduta ética e profissional, acarretando prejuízo material ou moral ao cliente. Cabe salientar que cada caso, deve ser analisado minuciosamente pelo juiz da ação, dado que apenas erros graves podem ser enquadrados em tal teoria.

Torna-se necessário, portanto, a verificação da culpa do procurador nesse caso, caracterizando a responsabilidade subjetiva do profissional da advocacia. O serviço judicial prestado pelo advogado é obrigação de meio, portanto, não é justificável que o mesmo responda pelo insucesso da demanda, apenas quando agiu de forma irresponsável, de forma a impedir que o cliente obtivesse sua pretensão devidamente analisada pelo poder judiciário ou instância superior.

A relação do advogado com o cliente deve ser baseada na ética e confiança profissional. Sabe-se que ao escolher um profissional da advocacia, o cliente está buscando a solução de seu litígio, confiando na qualificação do advogado, além de prestar-lhe informações pessoais, íntimas e muitas vezes sigilosas sobre si. Portanto, advogado tem o dever de agir de forma a atender ao melhor interesse do cliente, dentro dos parâmetros legais, deve empenhar-se que tenha êxito na demanda.

Entretanto, nem sempre a conduta profissional do advogado tem-se mostrado nessa linha. Infelizmente, verifica-se casos em que o profissional age negligentemente, perdendo prazos para ingressar com a ação ou com o recurso, não comparece a audiências ou ainda abandona a causa, de forma a impedir que o cliente obtenha chance de ver sua pretensão analisada devidamente. Nesse contexto, considera-se justificável a extensão da responsabilidade civil do advogado, aplicando a teoria da perda da chance.

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70052431582, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 11/09/2013.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa desenvolvida foi possível aprofundar o conhecimento sobre a atividade da advocacia, a aplicação da responsabilidade civil do advogado, buscando-se demonstrar que a advocacia não é relação de consumo, portanto afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a responsabilização do advogado.

A advocacia é profissão essencial à justiça, conforme o artigo 133 da Carta da República. Dessa forma, verifica-se que o advogado tem como regra fundamental a defesa da democracia, a concretização dos direitos fundamentais, a luta contra a injustiça social e a preservação dos valores éticos e sociais. Enfim, o advogado é profissional posto a serviço do bem comum.

Quando o advogado causa dano ao cliente, por ato praticado por ação ou omissão, age de forma incompatível com a relevância social que exerce, de modo a macular sua posição de defensor do direito e da sociedade. Dessa forma, torna-se justificável sua responsabilização civil, não excluindo-o também da responsabilidade ética e disciplinar. Assim, entende-se que o advogado é regido pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, lei especialíssima, que abarca todas as diretrizes profissionais, incluindo a responsabilização do profissional.

Para justificar o tema escolhido, no primeiro ponto, fez-se uma abordagem geral sobre a profissão do advogado. Verificou-se que a Constituição Federal considera o advogado como essencial à justiça, destacando sua relevância na sociedade como defensor da lei e propagador da justiça. Ainda, observou-se que o advogado deve agir de acordo com os preceitos morais e éticos, não apenas na sua atuação profissional, mas também em sua vida pessoal. O advogado deve pois, ser regido pelos princípios norteadores da advocacia, como a conduta ilibada, decoro profissional, diligência, confiança e independência funcional, entre outros. Por fim, analisou-se a natureza jurídica da advocacia, verificando ser os serviços judiciais prestados pelo advogado, obrigação de meio.

No capítulo seguinte, fez-se uma abordagem sobre a responsabilidade civil. Verificou-se que a responsabilidade poderá ser contratual, ou seja, segundo a vontade das partes ou extracontratual, decorrente da lei. Ainda, foram vistos os aspectos da responsabilidade subjetiva (perante culpa) e objetiva (independentemente da culpa).

O capítulo foi concluído com uma abordagem sobre a responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor.

A terceira parte do trabalho, analisou-se a responsabilidade civil do advogado no caso de inadimplemento da obrigação e a possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Em síntese, foi entendido que a relação advogado-cliente não se trata de relação de consumo, afastando a aplicação do CDC no caso de responsabilização do profissional. Em relação à perda de uma chance, esta mostrou-se justificável em casos específicos.

A advocacia é profissão que tem como diretriz base, a busca pela justiça, a defesa da democracia, da Constituição Federal e dos direitos humanos, sendo incompatível com a comercialização e mercantilização. Sendo assim, entendemos que a advocacia não é portanto, serviço de natureza consumerista, sendo afastada a aplicação do CDC para os serviços advocatícios.

O Código de Defesa do Consumidor trata das relações gerais de consumo, não havendo dispositivo explícito sobre os serviços advocatícios. O Estatuto da OAB, por sua vez, é lei especial, que abarca todas as diretrizes profissionais, incluindo a responsabilização do advogado, regra constante no artigo 32. Ainda, cabe ressaltar que o Estatuto da OAB é posterior à edição do CDC, portanto, segundo o princípio da posteridade, verifica-se mais uma vez, a prevalência do Estatuto da Advocacia sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Cabe ressaltar que o Estatuto da Advocacia é fonte normativa do advogado, a qual estabelece regramento bastante rígido em relação à atuação do profissional, não tolerando qualquer procedimento em desacordo com a referida lei ou Código de Ética da Advocacia. Dessa forma, não se pode falar em protecionismo, tampouco em cooperativismo ao defender que o advogado é regido por estatuto próprio. Quando, entretanto, a conduta do advogado, for incompatível com o decoro da profissão, causando real dano ao cliente, caberá a responsabilidade civil do profissional.

A razão de ser do advogado é a luta pela justiça, a defesa boa aplicação das leis e a concretização dos direitos fundamentais. Sua atuação, deve portanto, obedecer os parâmetros constantes na Constituição da República, Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina da OAB. Dessa forma, torna-se possível a construção de uma sociedade mais justa e fraterna, assegurando finalmente, a concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga; CORREA, Josi Waldez. Considerações sobre o artigo 475-j inserido no Código Civil pela Lei nº 11.232, de 2005, e a responsabilidade do advogado, com ênfase em decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 6, n.1, p. 111-114, jan/dez 2010.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. **Responsabilidade Civil dos Advogados**. Coimbra: Editora Limitada, 1985.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos. **Responsabilidade Civil da Sociedade de Advogados**. **Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor**. Porto Alegre, v. 5, nº 29, out/nov. 2009, p. 5-20.

_____. Responsabilidade civil do advogado na teoria da perda da chance. **Revista Forense**, v. 416, Rio de Janeiro: Forense, jul/dez 2012, p. 497-508.

AZEVEDO, Flávio Olimpio. **Comentários ao Estatuto da Advocacia**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

AVRIL, Yves. **La responsabilité de l'avocat**. Paris: Dalloz, 1981.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOLSON, Simone Hegele. A responsabilidade civil do advogado à luz do código do consumidor e do estatuto da advocacia. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 32, p. 83-106, dez. 2003.

BRASIL. Estatuto da Advocacia e da OAB (1994). **Estatuto da Advocacia e da OAB e legislação complementar**. 8ª ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2009.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 28. Jun. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 17.mar 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 2 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 abr 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Programa de direito do consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORTES, Guido Pinheiro. O advogado e a questão ética. In: FERRAZ, Sérgio; MACHADO Alberto de Paula. **Ética na Advocacia.** 2º vol. Brasília: OAB editora, 2004.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços; da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et. Al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Da qualidade de produtos e serviços; da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et. Al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** Vol. 1, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda da chance.** São Paulo: LTr, 1999.

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. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/jun 2004, p. 181-208.

_____. Valorização da advocacia: direitos e prerrogativas do advogado. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/jun 2008, p. 94-126.

FILOMENO, José Geraldo Britto. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, vol 3: Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume II: teoria geral das obrigações. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUEDES, Raphael Leite. A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. **Revista da Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Norte**, v. 7, ano 7, Natal: ESMARIN, dez 2008, p. 399-416.

HOUAISSIS, Antonio. VILLAR; Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LAMACCHIA, Claudio. **Constituição é tema dos painéis iniciais do Congresso Nacional da OAB**. Disponível em < <http://www.oab.org.br/noticia/26905/constituicao-e-tema-dos-paineis-iniciais-do-congresso-nacional-da-oab>>. Acesso em 31. maio. 2014.

LIPPMANN, Ernesto. A responsabilidade civil do advogado vista pelos tribunais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 787, maio 2001, p. 140-146.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAMED, Gladson. **Fundamentos da legislação do advogado**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Gandra. A autonomia e independência dos advogados: parecer. In: **OAB Autonomia e Liberdade: comentários ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026/STF**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite do exercício das prerrogativas jurídicas no âmbito do direito privado.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte especial, tomo LIII: Direito das Obrigações: Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais.** Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MORAES. Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil no código do consumidor.** Rio de Janeiro: Aide Ed., 1999.

NADER. Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil.** Rio de Janeiro, Forense, 2010.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 7ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Teoria Geral da Responsabilidade Civil e de Consumo.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Código de Ética e Disciplina da OAB.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2009.

PARIZZATTO, João Roberto. **Responsabilidade Profissional.** São Paulo: Edipa, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil V. I: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil.** 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais.** Florianópolis: Conselho Editorial, 2013.

PRUX, Oscar Ivan. **A responsabilidade do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderlei. **Ética na Advocacia**. In: Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Vitória: Quantum, 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Cláudia. **Ética na advocacia de defesa do consumidor**. Revista Síntese de Direito Empresarial, São Paulo, nº 20, p. 23-33, maio/jun. 2011.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Dimensão Constitucional da Advocacia**. Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados, v. 1. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2002.

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

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil por perda de uma chance: uma análise do direito comparado brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **Ética Individual e Ética Profissional (princípios da razão feliz)**. 3ªed. Fortaleza: ABC, 2003.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. **A responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 797, mar 2002, p. 60-80.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 7. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.