

FACULDADE DAMAS DA INTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LAURO LESSA FERREIRA D'OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NOS ATOS PROCESSUAIS

Recife
2011

LAURO LESSA FERREIRA D'OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NOS ATOS PROCESSUAIS

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências jurídicas
Orientador(a): Prof. Mestra Renata Lacerda

Recife
2011

D'Oliveira, Lauro Lessa Ferreira.

Responsabilidade civil do advogado nos atos processuais. / Lauro Lessa Ferreira D'Oliveira. Recife: O Autor, 2011.

56 folhas.

Orientador(a): Ms. Renata Lacerda.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2011.

Inclui bibliografia.

1.Direito 2. Responsabilidade Civil 3. Advocacia 4. Princípios Éticos

I. Título.

**340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2011- 064**

Lauro Lessa Ferreira D'Oliveira

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NOS ATOS PROCESSUAIS

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Prof. Mestre Renata Lacerda

1º Examinador: Prof. Dr. _____ (FDIC)

2º Examinador: Prof. Dr. _____ (FDIC)

Aos meus pais Tereza e Sergio que tanto se esforçaram para que eu conseguisse concluir esse curso de bacharel em direito, todos da minha família como meu irmão, primos e primas, tios e tias no qual me incentivaram. Aos meus amigos, grandes amigos do qual tenho muitos como mais que amigos e sim irmãos, que tanto me deram força durante essa caminhada.

Agradeço antes de tudo a Deus por me dar a oportunidade de estar concluindo essa grande e importante etapa da minha vida, pois ele sempre me deu força para, nas horas de difíceis seguir em frente. A todos que ajudaram na realização da presente monografia como minha orientadora Renata Lacerda pelas orientações, incentivos, dedicação e ajuda, paciência Aos amigos e colegas que também de alguma forma, às vezes, com pequenos incentivos, ajudaram a construção do presente trabalho. Aos professores da Faculdade Damas que mesmo sendo co-orientadores não mediram esforços para construção desse trabalho. Aos amigos, família, que sempre presentes ajudaram, aconselhando, dando força para o desenvolvimento da presente monografia. Em especial minha prima Luciana Rabelo, meu primo Luis Eduardo Lessa e meu amigo Renato Ramos que nos momentos em que eu mais precisei conseguiram, mesmo com suas atividades diárias, tempo para me ajudar.

RESUMO

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de repara o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. A presente monografia tem por finalidade estudar a responsabilidade civil do advogado no exercício da sua profissão, perante o seu cliente ou terceiros. Como cediço, no exercício de sua função, o advogado está sujeito a ganhar ou perder a causa, não assume, portanto, a obrigação final de resultados, apenas a obrigação de meio, de fazer uso de todo seu conhecimento e experiência em favor dos interesses de seu cliente. Entretanto, se a atuação do advogado é atentatória aos princípios éticos da profissão, em se causando danos ao cliente, ou a própria imagem da profissão, esta deve ser reparada. Utilizou-se o método de pesquisa bibliográfico, tomando-se por base a doutrina, a legislação, periódicos e decisões judiciais colegiadas.

Palavras-Chaves: Responsabilidade civil, Advocacia, Princípios éticos, Ato Ilícito, Dever de reparação.

ABSTRACT

Etymologically speaking, responsibility means an obligation. The juridical meaning is not different, translate the idea of obligation to repair the lost caused by an act of violation against a juridical duty. This thesis aims to study the responsibility of the lawyer in exercise of the profession, in face of the clients or someone else. As well-known, the lawyer doesn't assume any duty to always obtain good results, just is obligated to use all of his knowledge and experience in favor of the interests of his client. Otherwise, whether his performance is based against the ethical principles of the profession, causing some injury for the interests of his client, or damages upon the image of the 'lawyer' profession, it must to be repaired. On this review, was made use of bibliographic research, considering the doctrine, the legislation, periodic publications and jurisprudence.

Keywords: Responsibility, Lawyer, Ethical Principles, Injury, Repairing obligation.

LISTA DE SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
REsp – Recurso Especial
Min. - Ministro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 O ADVOGADO	
1.1 Noções gerais	12
1.2 Capacidade de postular	12
1.3 Mandato judicial.....	13
1.4 Direitos e deveres no CPC	14
1.5 Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil	15
1.6 Código de Ética e Disciplina da OAB	20
CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL	
2.1 Noções históricas de responsabilidade civil.....	23
2.2 Conceito de responsabilidade civil	26
2.3 Responsabilidade Civil Objetiva.....	28
2.4 Responsabilidade Subjetiva	29
2.5 Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil Extracontratual.....	30
2.6 Obrigação de Meio x Obrigação de resultado.....	31
CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO	
3.1 Noções gerais	34
3.2 Da perda de prazo.....	38
3.3 Responsabilidade civil por perda de uma chance	41
3.4 Inversão do ônus da prova e as hipóteses de exclusão da culpa do profissional	43
3.5 Responsabilidade pelos conselhos dados aos clientes	43
3.6 Responsabilidade do advogado no período anterior ao contrato	44
3.7 Responsabilidade por erro de fato. O erro de direito e as condições em que acarreta a responsabilidade.....	45
3.8 Omissão de providências que poderiam ser tempestivamente tomadas.....	46
3.9 Negligencia como causa de dano	47
3.10 Imprudência do advogado	49
3.11 A não obrigação de sempre recorrer da decisão.....	49
3.12 Violação do sigilo profissional	50
3.13 Extravio de autos.....	51
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O direito civil tem a grande preocupação de resolver danos que possam sofrer pessoas, que por atos ilícitos de outros venham a causar prejuízo, daí surge a responsabilidade civil. Mas quando se trata do exercício da atividade do advogado até onde ele vai responder pelos seus atos? Pode responder o advogado por derrotas no processo mesmo tendo agido de forma lícita, dedicada e com desempenho? Quais são os tipos de responsabilidade que o advogado vai responder no exercício da sua função?

É preciso analisar a responsabilidade civil do advogado no exercício de sua profissão. Verificar se os atos dentro do processo são de responsabilidade do mesmo. Identificar onde ele pode ser responsabilizado por atos que não forem ilícitos. Localizar quais atos contrários à lei, que o advogado vai responder no exercício da advocacia.

A partir de um método científico que busca a realidade dos fatos, observar-se-ão quais são os atos que irão fazer com que o advogado seja responsabilizado, tomando-se por base uma pesquisa bibliográfica. Observando-se as leis, a doutrina, o Estatuto dos Advogados da OAB, Código de Ética e decisões judiciais. Descrevendo, assim, a forma de agir do advogado, para que ele não venha a sofrer sanção no exercício de sua atividade. Comparando as suas atitudes, sua forma de agir com o cliente e a lei, os atos do processo como prazos, escolha dos atos corretos, como saber quando entrar com um recurso que esteja de acordo com a lei, analisando-a para mostrar que o advogado só deve ser punido quando praticar um ato ilícito dentro do processo, ou contra quem ele estar representando.

Responde civilmente o advogado por atos ilícitos, dolosos ou culposos realizados no exercício de sua função que causaram danos a um terceiro, resultando em uma lesão. Pois não poderia ser penalizado por atos realizados dentro do processo que sejam lícitos, tendo em vista que ao assumir obrigação o advogado está sujeito a ganhar ou perder.

Assim, não se poderia exigir do advogado o resultado favorável se ele trabalhou com dedicação, empenho e de forma lícita com o caso, não podendo responsabilizá-lo por eventual derrota, se tal resultado desfavorável foi fruto da própria dinâmica do processo.

Portanto, ficariam sujeitos à sanção os advogados que não buscam a resolução do problema e sim os que agem de forma ilícita, que tentam prejudicar aqueles que representam, quem não busca dentro da lei a solução do problema, os que não observam a dinâmica do processo e que venham a perder um prazo por exemplo.

A importância desse tema que está em análise, é deixar mais claro a responsabilidade civil do advogado no exercício de suas atividades, tanto como profissional, como os atos realizados dentro do processo. Suas atitudes com relação a quem ele está representando, fazendo com que se entenda por quais atos pode o advogado ser responsabilizado. Até onde ele pode responder, no âmbito civil, por atos realizados na função de advogado.

O tema proposto faz com que se pense até onde um advogado pode responder por seus atos, pois se todos os advogados que viessem a perder a causa agindo de forma lícita, e tendo realizado todos os atos possíveis dentro do processo, seria impossível exercer a profissão, pois existiriam mais processos contra os advogados do que para resolver outras questões.

O advogado não pode ser responsabilizado por qualquer ato realizado dentro e fora da demanda processual. É forçoso analisar se houve dolo, culpa e se o ato praticado no interior da lide está de acordo com a lei, com as normas, para que se puna o advogado.

O presente documento foi desenvolvido na intenção de se tornar mais clara a responsabilidade civil do advogado, que agindo em favor de quem o contratou ou a favor de terceiro, está obrigado contratualmente, ao bom desempenho das atividades próprias, adequadas à conclusão do negócio ou à defesa dos interesses do cliente.

O direito civil preocupa-se com danos que possam sofrer as pessoas que sejam resultado dos atos ilícitos de outrem. Daí a responsabilidade civil surge como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa à outra. Assim, o advogado estaria obrigado a usar de suas diligências e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo, e sim pelos atos ilícitos cometidos.

No âmbito da advocacia, e de sua regulamentação legal, é expresso no estatuto dos advogados que ele é responsável pelos atos que, no exercício profissional, causem dano, mediante dolo ou culpa. Assim, o advogado só poderia ser responsabilizado se agisse de forma ilícita, vindo a lesar alguém.

Ademais, deve ser analisada a forma que agiu o advogado dentro da demanda processual, observando se ele fez tudo que a lei manda, se observou prazos, se entrou com o recurso devido no momento certo, se dentro da demanda processual o advogado buscou de todas as formas possíveis e legais o resultado positivo para aquele que representa. Não podendo, assim, ser responsabilizado por decisões que dele não dependem, mesmo tendo feito todo o possível.

Espera-se que este documento consiga atingir o seu objetivo, esclarecendo melhor a responsabilidade que tem o advogado ao realizar suas obrigações e cumpri-las com quem contratou no exercício de sua atividade.

CAPITULO 1 O ADVOGADO

1.1 Noções Gerais

Para o Estatuto da OAB, advogado é o 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

Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p.1) em sua publicação fala do advogado dentro do âmbito jurídico:

O advogado exerce uma atividade essencial no âmbito judiciário, tanto que a própria Constituição Federal assim estabelece, referindo-se a este profissional como sendo indispensável à administração da justiça. E nada mais justo do que este reconhecimento, uma vez que incumbe ao profissional da advocacia zelar pelos direitos da sociedade e pelos direitos do cliente que o contrata para defender seus interesses particulares.

Quanto à função do advogado Arruda Alvim (2003, p.594) fala que: “Hoje a função do advogado é considerada constitucionalmente como sendo essencial a realização da justiça, e é ele’ inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Para ser advogado, é imprescindível a inscrição no quadro da ordem dos advogados do Brasil. A função do advogado é representar a parte em juízo, pois não é qualquer pessoa que tem capacidade de postular em juízo. Para isso, é necessário que se contrate um advogado. É através de um instrumento público ou particular que será dado ao advogado poderes para representar seu cliente em juízo. (ALVIM, 2003)

1.2 Capacidade de Postular

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 133 que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestação no exercício da profissão, nos limites da lei” Quer dizer que a postulação em juízo será realizada

por intermédio de advogado. É imprescindível que o ingresso em juízo seja feito por intermédio deste profissional.

Quanto à capacidade postulatória (2003, p.586), Arruda Alvim afirma:

A lei exige que seja implementado, no processo o requisito da chamada capacidade postulatória, isto é, para que a parte possa ingressar em juízo devesse ter outorgado procuração a um advogado, legalmente habilitado, que é quem poderá praticar os atos processuais, salvo exceções muito raras dentro do sistema do Código de Processo Civil, em que a parte pode atuar por si, sem ser advogado.

Existe uma diferença entre capacidade processual e capacidade de postulação, que é a aptidão para realizar os atos do processo de maneira eficaz. No direito pátrio, a capacidade de postular compete única e exclusivamente aos advogados tornando obrigatória a representação da parte em juízo por um advogado legalmente habilitado, cuja inobservância pode causar a nulidade do processo. Quanto à postulação diretamente pela parte, é autorizado em casos de advogar em causa própria. (THEODORO JUNIOR, 2004)

A capacidade processual, mesmo integrada por assistente ou representante, para o relativa e absolutamente incapaz, pressupõe sempre a capacidade de ser parte, mesmo assim a capacidade de ser parte e a capacidade processual não são suficientes para habilitar alguém à prática de atos processuais. Antes da capacidade processual deve haver a postulatória, quem age postulatoriamente em juízo, praticando atos processuais, deve estar legalmente habilitado para tanto e haverá os de praticar em nome da parte. (ALVIM, 2003)

1.3 Mandato Judicial

Humberto Theodoro Junior (2004, p.95) quanto ao mandato judicial aduz:

Para que o advogado represente a parte no processo, há de estar investido de poderes adequados que devem ser outorgados por mandato escrito, particular ou público. O instrumento público só é obrigatório para os analfabetos ou para os que não tenham condições de assinar o nome.

Para o mandato judicial não se exige muita solenidade, é preciso que o documento seja assinado pelo outorgante. Qualquer pessoa maior e capaz pode constituir advogado. Não é preciso especificar os poderes, pois é suficiente colocar como procuração geral para foro, para

assim o advogado ficar habilitado a todos os atos do processo. Já para receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso é necessário outorga expressa de poderes.

Com a apresentação da procuração, qualquer ato praticado estará perfeito e considerar-se-á ratificado na data em que foi praticado. A não exibição do instrumento no prazo, os atos realizados pelo advogado serão tidos como inexistentes, ficando o causídico, ainda, responsável pelas despesas e perdas e danos que acarretar o processo. (THEODORO JUNIOR, 2004)

Alvim Arruda (2003, p.596) fala que: “Na procuração, o advogado poderá receber poderes gerais e específicos.” A procuração geral para foro tem como finalidade evidenciar a extensão dos poderes do mandante e habilitar o profissional à prática de todo e qualquer ato relacionado com o processo, e outros em casos que não houver restrição.

Em caso de desistência de recurso se faz necessário poderes especiais, mesmo porque, em última análise, estar-se-á obliquamente reconhecendo o pedido ou renunciando a um direito. Esses poderes gerais não permitem ao advogado receber citação, confessar, reconhecer o pedido formulado pelo autor, transigir, desistir da ação, renunciar a pretensão, receber, dar quitação, firmar compromisso, pois para a prática desses atos é preciso outorgar poderes especiais. (ALVIM, 2003)

1.4 Direitos e Deveres no CPC

O estatuto do advogado vai determinar vários direitos e deveres relacionados ao advogado que serão analisados mais à frente. Porém, o código de processo civil também especifica alguns direitos e obrigações do advogado.

Em seu artigo 39 diz que incumbe ao advogado declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço em que receberá a intimação. Em caso de descumprimento o juiz, antes de determinar a citação do réu, mandará que supra a omissão em 48 horas, não sanada a falta, a petição inicial será indeferida. O artigo em comento fala também que incumbe ao advogado comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço, caso isso não ocorra reputar-se-ão válidas as intimações enviadas, em cartas registradas, para o endereço constantes dos autos (THEODORO JUNIOR, 2004).

Quanto aos deveres do advogado, Arruda Alvim (2003, p.598-599) aduz:

O primeiro dever que o Código Impõe ao advogado é o de, na inicial ou na contestação, indicar endereço em que receberá a intimação. Certamente, a interpretação a se dar ao dispositivo, que prevê este dever, há de ser extensiva as peças inaugurais da oposição, da assistência etc.

Nos casos em que a intimação deve ser feita por carta registrada ou pessoalmente, a exigência do artigo 39 é absolutamente imperativa quando for feita no primeiro grau de jurisdição, pois no segundo não é com essa intensidade, quando a intimação feita pela imprensa. (ALVIM, 2003).

Segundo Arruda Alvim o advogado tem direitos os seguintes direitos:

O advogado tem direito, em face do Código de Processo Civil, de examinar em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo seja de natureza civil, criminal, trabalhista, militar, ou administrativa, e requerer como procurador vista dos autos, retirar os autos do cartório ou secretaria sempre que neles lhe competir falar.

O artigo 40 irá falar dos direitos dos advogados no exercício do mandato judicial. São os seguintes: de examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo, salvo o disposto no artigo 155, requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de 5 dias e retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles por determinação do juiz, nos casos previstos em lei (THEODORO JUNIOR, 2004).

Independente de postular em nome de qualquer um dos participantes do processo, tem direito a vista dos autos em cartório, ou secretaria. Aos que funcionam como advogado das partes, faculta-se requerer a vista dos autos , pelo prazo de 5 dias, podendo se manifestar, independentemente de qualquer manifestação judicial nesse sentido, sobre algo que aconteceu, ou que se vai acontecer no processo, como a retirada pelo prazo legal sempre que lhe competir se manifestar. (MITIDIERO; MARINONE, 2008)

1.5 Estatuto da Ordem do Advogado do Brasil

A Lei n.º 8.906/94 vai disciplinar a atividade da advocacia no Brasil, consagrando

direitos do Advogado, estabelecendo incompatibilidades e impedimentos, fins e organização da OAB, composição e estrutura do Conselho Federal da OAB, entre outros assuntos.

O artigo 32 da referida lei é quem vai determinar a responsabilidade civil do advogado, o qual irá responsabilizar-se pelos atos que, no exercício de suas atividades, venha a praticar com dolo ou culpa e cause danos a seu cliente. Como se sabe a advocacia é uma atividade de meio e não de resultado, o que implica na adoção da Teoria da Culpa para sua verificação, e para apurar se os meios foram manejados com negligência, imprudência ou imperícia, o que se verifica quando o procurador perde prazos, comete erros grosseiros, deixa de formular pedidos necessários, entre outros (CORREIA, 1999).

O que se tem visto hoje em dia perante o estatuto é o desrespeito por parte de muitos advogados aos seus clientes. Condutas desonrosas desses profissionais são consubstanciadas em erros grosseiros, como perda de prazo para recurso, não ajuizar ação e deixar transcorrer o prazo prescricional, não tomar providências cabíveis e necessárias, extraviar autos ou retê-lo por tempo indevido, onde se tem visto que eles buscam a quantidade diante da qualidade (CAVAZZANE, 2008).

Diante disso, será analisado a partir de agora os artigos que são considerados como os mais importantes para o exercício da advocacia dentro do estatuto. Em seu primeiro capítulo, o estatuto elenca a atividade da advocacia.

O artigo primeiro do referido capítulo fala que as atividades privativas da advocacia são postular em órgão do Poder Judiciário e nos juizados especiais, fazer atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica. Assim, só pode exercer essas atividades citadas no artigo quem estiver legalmente habilitado para tal. Ainda segundo o referido dispositivo, não se inclui na atividade privativa da advocacia a impetração de habeas corpus (BRASIL, 1994).

Quanto aos atos e contratos constituídos por pessoa jurídica, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogado. É vedado a ele a divulgação da advocacia com outra atividade (BRASIL, 1994).

Habilitado para exercer a atividade judiciária, o advogado, de acordo com o artigo segundo do estatuto, é indispensável à administração da justiça. Ele presta serviço público e exerce uma função social. No processo judicial, o advogado contribui na postulação da decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus publico* (BRASIL, 1994).

No exercício de sua profissão o advogado é inviolável por seus atos e manifestação, nos limites da lei. Assim, por ser o único habilitado para exercer esse tipo de atividade, segundo o artigo quarto, são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não

inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativos, assim como, os atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia (BRASIL, 1994).

No seu capítulo segundo, o estatuto, elenca os direitos dos advogados. O artigo sexto fala que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos (BRASIL, 1994).

No artigo seguinte o estatuto irá elencar os direitos do advogado. Fala o artigo que é direito, exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional, ter a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia, comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis (BRASIL, 1994).

Deverá ter o advogado em caso de prisão em flagrante, por motivos ligados ao exercício da advocacia, a presença de representante da OAB, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB, não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar (BRASIL, 1994).

Pode o advogado ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados, nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares, em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado, em qualquer assembléia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais (BRASIL, 1994).

Quanto a suas atitudes, diz o estatuto ser direito do advogado permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença (BRASIL, 1994).

Dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada (BRASIL, 1994).

Usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas (BRASIL, 1994).

Reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento, falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo (BRASIL, 1994).

Examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos, examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais, retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias, ser publicamente desagradado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela, usar os símbolos privativos da profissão de advogado, recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional, retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo (BRASIL, 1994).

O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação punível, qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável (BRASIL, 1994).

Em casos de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do

ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator (BRASIL, 1994).

Alem de direitos e deveres do advogado, o capítulo sete do estatuto vai abordar algumas incompatibilidades e impedimentos no exercício da profissão. Segundo o estatuto a incompatibilidade determina à proibição total, e o impedimento a proibição parcial do exercício da advocacia, mesmo em causa própria (BRASIL, 1994).

São impedidos de exercer a advocacia segundo o estatuto, os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora, os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Não ficam impedidos de exercer a atividade advocatícia os docentes de curso jurídico (BRASIL, 1994).

Como forma de gerar responsabilidade, tema do presente trabalho, o advogado deve agir com ética no exercício de sua profissão, não passando despercebido o assunto no estatuto da advocacia. O advogado, segundo o citado diploma, deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. Agindo com dolo ou culpa, no exercício da sua profissão, o advogado vai responder pelos seus atos (BRASIL, 1994).

Vai sofrer as sanções o advogado que exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos, manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei, valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros, assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado (BRASIL, 1994).

Representam, também, proibições ao advogado advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior, violar, sem justa causa, sigilo profissional, estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário, prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio, acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione, abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia, recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando

nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública, fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes (BRASIL, 1994).

Igualmente, é proibido ao advogado deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa, fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime, deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou de autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado, prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la, solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta, receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte, locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa, recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele (BRASIL, 1994).

Outrossim, não deve o advogado reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança, deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo, incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional, manter conduta incompatível com a advocacia, fazer falsa prova de qualquer dos requisitos para inscrição na OAB, tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia, praticar crime infamante, praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação (BRASIL, 1994).

1.6 Código de Ética e Disciplina da OAB

Após se fazer uma análise do estatuto do advogado, se faz necessário realizar um estudo do código de ética da ordem dos advogados, pois ele também ira gerar sanções nos casos em que o advogado venha a ter que responder civilmente pelos atos realizados com dolo ou culpa no exercício de suas atividades, devendo ele observar sua conduta na realização das atividades de sua profissão.

Em seu primeiro artigo o código de ética fala que a conduta do advogado, no exercício de suas atividades, deve ser compatível com os preceitos deste código, do estatuto, do regulamento geral, dos provimentos, e com os demais princípios da moral individual, social e profissional, deixando bem claro a forma em que o advogado deve agir perante sua atividade (OAB, 1995).

No artigo seguinte, ele diz quais os deveres do advogado segundo o código de ética. São dever de preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade, atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade dignidade e boa-fé, velar por sua reputação pessoal e profissional, empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional, contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis, estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial (OAB, 1995).

Na relação com seu cliente o advogado deve informar, de forma clara, e inequívoca quanto a eventuais riscos das pretensões, e das conseqüências que poderão advir da demanda. Caso queira desistir da causa, deve o advogado, com ou sem a extinção do mandato, devolver bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento (OAB, 1995).

Em caso de renúncia ao patrocínio, implicará em omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado ou escritório de advocacia, durante o prazo estabelecido em lei; não exclui, todavia, a responsabilidade pelos danos causados dolosa ou culposamente aos clientes ou a terceiros (OAB, 1995).

Já se a revogação for por vontade do cliente, não o desobriga do pagamento de verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado (OAB, 1995).

Quanto à informação Silvo Salvo Venosa fala (2010, p.294):

O advogado deve informar ao cliente de todos os percalços e possibilidades que a causa traz e das conveniências e inconveniências das medidas judiciais a serem propostas. Essa informação deve ser progressiva, à medida que o caso se desenvolva. Ou seja, em cada situação ainda que não entre em detalhes técnicos, o advogado deve dar uma noção das perspectivas que envolvem o direito do cliente e a mudança de rumo que a hipótese sugere.

Quanto ao sigilo profissional o código fala que é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte. Assim, ao assumir uma causa, deve o advogado, em nome de sua profissão, guardar total sigilo, no que for relacionado ao seu cliente, não podendo sair falando sobre o que é o caso.

CAPITULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Noções Históricas da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil vem cada vez mais atraindo a atenção dos juristas, e cada vez mais os tribunais vem reconhecendo as diferenças de modalidades de danos patrimoniais e morais. À medida que a sociedade se torna mais complexa, ampliando-se as relações e a interdependência das pessoas, a probabilidade de danos cresce. Nas palavras de Pamplona Filho, Stolze Gagliani (2010, p.52), a forma inicial de reparação de dano era a vingança privada:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romana, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível na ponte de vista humano como lidima reação pessoal contra o mal sofrido.

O sentimento de se fazer justiça acompanha o ser humano desde os tempos primitivos. Em tempos imemoriais, as reações eram de varias formas de agressões ou danos eram imprevisíveis. Não existia na época um critério a ser observado e seguido, o revide se achava consagrado nos costumes e se fazia de acordo com a ira e na medida das forças da vitima ou de pessoa que estava ligada a ela. A vingança era pessoal, existia uma vingança privada (NADER, 2009).

Acerca do tema Roberto Gonçalves (2003, p.4,) afirma:

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava reação imediata, instintiva e brutal do ofendido Não havia regras, nem limitações. Não imperava ainda o direito. Dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez mais humana, da reação espontânea e natural contra um mal sofrido; solução comum a todos os povos as suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Considera-se que na fase primitiva a justiça era feita com a própria mão, sem a intervenção do Estado. Foi com a Lei de Talião que surgiu o primeiro critério de ressarcimento de danos, que não se apoiava na moral natural. Haveria igualdade entre o mal infligido e a consequência a ser aplicada pelo agente, no qual a lei foi praticada pelos Hebreus. A vingança pessoal e a pena de talião integraram a fase da justiça privada, que não

se norteou pela idéia de *justiça substancial* ou pelo *jus naturae*. A pena do talião foi absorvida apenas por algumas legislações (NADER, 2009).

Saindo desta fase primitiva se evoluiu para uma fase mais humana e racional. Inicialmente houve a composição voluntária, quando o lesado estipulava o resgate, que se fazia mediante pagamento *in natura* ou por certa importância em dinheiro, dando as partes por encerrado o litígio. Essa transformação demonstra a participação mais direta da sociedade na solução de conflitos. Em Pontes de Miranda (*apud* NADER, 2009, p.45): “À medida que os círculos sociais se consolidam (tribos, nações de tribos, cidades, estados), as composições voluntárias são substituídas pelas composições legais. O interesse do ofendido passa a ser menos relevante que o da coletividade” (NADER, 2009).

Neste estágio mais avançando, onde já existia uma soberana autoridade, o legislador veda a vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando o ofensor irá pagar um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo. Assim, o estado assume para ele só a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o estado, surgiu a indenização, onde a responsabilidade civil tomou o lugar ao lado da responsabilidade penal (GONÇALVES, 2003).

Embora se possa ver na lei das XII Tábuas o estado como autoridade detentora do *jus puniendi*, o embrião da responsabilidade civil foi com a *Lex Aquilia*. Segundo Paulo Nader (2009, p.45):

Na *Lex aquilia*, para a caracterização do *damnum injurua datum*, de acordo com José Carlos Moreira Alves, fundamentado em textos clássicos, era necessária a conjugação de três requisitos: a) a *injuria*, ou seja, a conduta do agente deveria ser contrária a ordem jurídica. Assim, caso o dano resultasse de um ato de legítima defesa ou estado de necessidade, aquela figura não estaria presente; b) a *culpa*, que poderia se revelar pela voluntariedade da conduta, ou simplesmente por imprudência ou negligência; c) o *damnum*, isto é, a ocorrência de prejuízo causado diretamente pelo agente.

Como observa Alvino Lima (*apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANI, 2010, p.52):

Este período sucede o da composição tarifada, impostos pela lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema de delito privado, nota-se entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares. A lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. O *actio de reputeis sarcindi*, que alguns

afirmam que consagrava um princípio de generalização de responsabilidade civil, é considerada, hoje como não contendo tal preceito.

A edição da *Lex Aquilia* foi um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, cuja importância foi tão grande que deu o nome a nova designação da responsabilidade delitual ou extracontratual. Sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Ensina Alvino Lima (*apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANI, 2010, p.53):

Partimos como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da idéia de pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a idéia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio de sua aplicação diminuir, a vista da admissão, cada vez mais crescente, da obrigação delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim de indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.

Ao tratar da *Lex Aquilia* Silvio Salvo Venosa (2010, p.19) aduz:

De qualquer forma a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípios, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção de responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão denomina-se também a *responsabilidade aquiliana* essa modalidade, embora exista hoje um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual. A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.

Na história constata-se uma permanente mutação, no sentido de aperfeiçoamento das leis ao fato de cada época, sejam como processo de adaptação às novas condições, ao progresso, seja na busca de aprimoramento dos valores éticos. Não apenas a ciência e a tecnologia induzem as modificações na ordem jurídica, também a conclusão dos filósofos em sua interminável busca do conhecimento do ser humano, de sua essência, da dignidade que

lhe é inerente. Tais considerações não autorizam, entretanto, a conclusão de que nada há de peregrino nas instituições jurídicas, pois as leis devem ter como ponto de partida a estação de chegada da pessoa humana que, em essência, se conserva inalterável. (NADER, 2009)

O instituto vem passando por transformações legislativas e jurisprudenciais, nas palavras de Paulo Nader (2009, p.55):

As transformações legislativas ou jurisprudenciais por que o instituto vem passando decorrem de uma prudente tentativa de conciliação de dois valores fundamentais: justiça e segurança jurídica. Pensamos que este último constitui valor fundante e o outro valor fundado. Ou seja, para haver justiça é indispensável investir em segurança jurídica. É verdade que o foco atual da responsabilidade civil está centrado na vítima, visando a salvaguardá-la de qualquer dano, mas a imputação de responsabilidade deve seguir critérios seguros, a fim de não se perpetrarem injustiças quando o objetivo é justamente o *sum cuique tribuere*.

2.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Para Sílvio de Salvo Venosa (2010, p.1) o termo responsabilidade civil está atrelado a idéia de indenização:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Nas palavras de José De Aguiar Dias (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.43), “toda manifestação de atividade humana traz em si o problema da responsabilidade.” A responsabilidade civil é a forma em que o direito busca responsabilizar o indivíduo por um dano moral ou material causado a outrem e tem como requisitos essenciais a existência de um prejuízo e o nexo de causalidade. A teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. A reparação do dano é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária. Em alguns se exigindo a culpa e, em outras, prevalece a teoria do risco. Não se confundem as noções de obrigação e responsabilidade, não obstante ambas se vinculem. Para Paulo Nader (2009, p.06):

O vocábulo responsabilidade civil provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que significa garantir, responder por alguém, prometer. A nomenclatura responsabilidade civil possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumprir determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.

Stolze Gagliano; Pamplona Filho (2010, p.45) conceitua responsabilidade civil: “Responsabilidade, para o direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo, de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar de acordo com os interesses dos lesados”.

A responsabilidade civil pode ser simples ou complexa. A primeira é quando o agente se responsabiliza por uma conduta própria, como no caso da imprudência. Já a complexa se dá, por exemplo, quando um funcionário de uma empresa no desempenho de suas funções vem a causar um acidente. A empresa será a responsável pelo ressarcimento.

O que se busca, na realidade, em matéria de responsabilidade civil é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar. O que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ser cometido pessoalmente um ato antijurídico. Assim a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor. (VENOSA, 2010)

De acordo com Paulo Nader (2009, p.07):

A responsabilidade civil implica duas ordens de deveres: uma, de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever, como o de conduzir a causa de seu cliente com zelo e dedicação; outra, de ordem secundária, quando o agente descumprir o dever, gerando com a sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou a pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária.

Acerca do tema em deslinde, há que se fazer menção às fontes da responsabilidade civil. Paulo Nader as distingue em atos ilícitos absolutos e relativos. Nos primeiros, o dever jurídico emana da lei, se destina a todos que se encontram na mesma situação jurídica, dado o princípio da isonomia da lei, enquanto os relativos se impõem apenas as partes vinculadas em um negócio jurídico (NADER, 2009).

2.3 Responsabilidade Civil Objetiva

A lei determina alguns casos em que haverá à reparação do dano sem culpa, fazendo assim a responsabilidade ser objetiva, se satisfazendo apenas com o dano e nexos de causalidade. É também chamada de responsabilidade pelo risco, que descarta a existência de culpa, sustentando, para possível reparação, apenas o nexo causal. Neste caso não se exige prova de culpa para o agente reparar o dano. Em certas situações aquela é presumida pela lei.

Dentre várias teorias, uma das que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para ela, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro, devendo ser obrigada a reparar, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para uma idéia de risco, ora encarada como risco-proveito, que vai se fundar no princípio, segundo o qual, é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável, ora como risco criado, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2003).

A culpa nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira (*Apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2010, p.56):

Na tese de presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional e no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica de culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposos do demandado. Ao se encaminhar para a especialização de culpa presumida, ocorre uma inversão do *ônus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional. Em determinadas circunstâncias é a lei que anuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma idéia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.

De acordo com Pamplona Filho; Stolze Gagliano (2010, p.57) a regra que vai ser usada no Brasil é a dual de responsabilidade civil:

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do

dano(conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto pela atuação judicial), ex vi disposto no artigo 927, parágrafo único.

2.4 Responsabilidade Subjetiva

Para Pamplona Filho; Stolze Gagliano (2010, p.55)'' A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo''. A responsabilidade civil no nosso ordenamento jurídico é quando o dever de reparar é causado por culpa ou dolo do agente, e deve ser comprovada pela vítima para que surja o dever de indenizar. Pela responsabilidade subjetiva, não se pode responsabilizar alguém por um dano sem que se tenha tido culpa ou dolo.

Paulo Nader (2009, p.29) ao tratar sobre o tema afirma:

Na responsabilidade subjetiva, regra geral em nosso ordenamento, o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente. De acordo com esta orientação, se o dano for provocado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem.

O princípio da culpa dá sustentação tanto a responsabilidade fundada na prática de ato ilícito quanto à oriunda de inadimplemento de obrigação negocial. A responsabilidade subjetiva não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Há atividade no mundo dos negócios que implicam risco para a incolumidade física e patrimonial das pessoas; com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação, daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para salvaguarda das vítimas (NADER, 2009).

Para Roberto Gonçalves (2003, p.21) a responsabilidade subjetiva:

Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

2.5 Responsabilidade Contratual x Responsabilidade Extracontratual

Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, de que resulte um dano a outrem fica obrigado a indenizar aquele que foi lesado. Esse dever pode ter como fonte de relação jurídica obrigacional preexistente, o dever oriundo de contrato, ou pode ter por causa geradora de uma obrigação imposta por preceito geral do direito, ou pela própria lei. É com base nisso que se divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual (CAVALIERI FILHO, 2010)

A responsabilidade civil se origina da violação da lei, de onde se vai ter a responsabilidade extracontratual ou descumprimento de obrigação negocial e a responsabilidade civil contratual. De acordo com a doutrina em ambas as modalidades ocorrem à figura do ato ilícito. Haverá o ilícito extracontratual, quando o agente descumpra o dever jurídico imposto pela ordem jurídica, e o ilícito contratual, que emana do inadimplemento de uma obrigação de negócio jurídico (NADER, 2009).

Eis o que Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.25) fala acerca do assunto:

Quando a responsabilidade não deriva de contratos, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no artigo 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 de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana. Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e na contratual, descumpra o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Segundo Paulo Nader (2009, p.21) “o ato ilícito, essencial a responsabilidade civil, pressupõe a conduta intencional ou culpa *stricto sensu* (negligencia, imprudência, imperícia), de acordo com a prescrição do artigo 186 do código civil.”

A responsabilidade contratual corresponde à fase anterior ao ato negocial, quando ocorrem as tratativas, a celebração e a execução das obrigações assumidas, em todas as fases as partes devem atuar conforme a boa-fé objetiva. Apesar do artigo 422 do código civil se referir apenas nas fases de conclusão e de execução do contrato, a boa-fé objetiva se impõe também na fase pré-contratual, que não deve se confundir com o contrato preliminar. O código civil trata da responsabilidade contratual nos artigos 389 a 393. Entre as duas modalidades de responsabilidade não há distinção essencial, tanto na contratual como na extracontratual a obrigação de reparar pressupõe em ação ou omissão do agente, dano moral

ou patrimonial a outrem, nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano, culpa *lato sensu* ou *risco criado* (NADER, 2009).

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2010, p.15) o ilícito extracontratual é “a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei e o ilícito contratual é a violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato”.

Existem diferenças que podem ser vistas entre as duas espécies de responsabilidades. A primeira diz respeito ao ônus da prova, se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, o devedor só não será condenado à reparação do dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Já se a responsabilidade é extracontratual, o autor da ação é que fica com o ônus da prova que o fato se deu por culpa do agente. A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato. A segunda diferenciação diz respeito às fontes de que promanam. A contratual tem sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém. Outro elemento se refere à capacidade do agente causador do dano. E por último a diferenciação que poderia ser apontada no tocante a gradação da culpa (GONÇALVES, 2003).

Segundo Paulo Nader (2009, p.22) “para muitos autores a principal diferença prática entre as duas modalidades refere-se a prova da culpa. Enquanto na responsabilidade negocial ela é presumida, na extranegocial ela deve ser provada por quem pleiteia a reparação”.

2.6 Obrigação de meio x Obrigação de Resultado

Para Cavalieri Filho é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Para ele, obrigação é sempre um dever jurídico originário, já a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente a violação do primeiro. Por exemplo, numa prestação de serviço, o prestador assume a obrigação de prestar o serviço a outro, um dever jurídico originário. Caso não cumpra essa obrigação estará violando essa obrigação, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Assim, na obrigação se tem um dever jurídico originário e na responsabilidade um dever jurídico sucessivo. Sempre que se quiser descobrir quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a

lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado o dever jurídico preexistente. No código civil essa distinção é vista no artigo 389 quando ele fala que não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos. Esse dispositivo vai ser aplicado tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2010)

Ao tratar sobre a obrigação de meio, Pamplona Filho; Stolze Gagliano (2010, p.134) afirmam:

Obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. As obrigações do médico, em geral, assim como as do advogado, são fundamentalmente, de meio, uma vez que esses profissionais, a despeito de deverem atuar segundo as mais adequadas regras técnicas e científicas disponíveis naquele momento, não podem garantir o resultado de sua atuação

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2004, p.191):

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligências normais na prestação de certos serviços para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

Com o inadimplemento dessa obrigação se faz necessário a análise do comportamento do devedor, para se verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento, de modo que cabe ao credor demonstrar ou provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava adstrito. Isso porque nas relações obrigacionais o devedor apenas está obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor, assim, estará liberado da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrupulo, independentemente da consecução efetiva do resultado. O obrigado só será responsável se o credor provar a ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal. Um exemplo de obrigação de meio é a do advogado, a quem se confia o patrocínio de uma causa, uma vez que ele apenas ofereça sua atividade, sua cultura e talento na defesa dela, sem poder, contudo, garantir a vitória da demanda, pois esse resultado dependerá de circunstância alheia a sua vontade. O advogado não fica obrigado a ter o ganho de causa, mesmo sem ter o sucesso, fará jus aos honorários

advocáticos, que representam a contraprestação do serviço profissional, e não o preço de um resultado alcançado por esse serviço. (DINIZ, 2004)

Nas palavras de Pamplona Filho; Stolze Gagliano (2010, p.135) na obrigação de resultado:

Nesta modalidade obrigacional, o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente a produzir o resultado esperado pelo credor. É o que ocorre na obrigação decorrente de um contrato de transporte, em que o devedor se obriga a levar o passageiro, com segurança, até o seu destino. Se não cumprir a obrigação, ressalvada as hipóteses de quebra denexo causal por eventos fortuitos, será considerado inadimplente, devendo indenizar o outro contratante.

Existem vínculos obrigacionais em que o adimplemento se dá apenas quando o *debitor* produz o resultado definido contratualmente. Como o caso da contratação de um artista, a obrigação irá se concluir quando, por exemplo, um pintor, a sua obra de arte estiver concluída (NADER, 2009).

De acordo com Maria Helena Diniz (2004, p. 192) a obrigação de resultado:

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Com essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente. Assim, se inadimplida essa obrigação, o obrigado ficará constituído em mora, de modo que lhe competirá provar que a falta do resultado previsto não decorreu de sua culpa, mas de caso fortuito ou força maior, pois só assim se exonerara de responsabilidade, não terá porém, direito a contraprestação.

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

3.1 Noções Gerais

A responsabilidade civil do advogado, em razão de ser pouco estudada, apresenta uma grande complexidade. A doutrina traz algumas discussões acerca de pontos mais relevantes, fazendo direcionar o caminho a ser seguido. Jurisprudências começam a se firmar sobre determinadas matérias, envolvendo o exercício da advocacia e os danos que o advogado pode causar a seu cliente.

O estudo sobre a responsabilidade do advogado apresenta-se em fase inicial, sendo diversas as dúvidas e as divergências acerca do tema, frente às grandes situações em que os atos dos advogados podem gerar responsabilidade. Muito há que se estudar sobre o tema, muito a que se pesquisar (CAVAZZANI, 2008).

Quanto à responsabilidade civil do advogado, Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p. 3) afirma:

O advogado, no exercício de sua atividade profissional, pode cometer erros e causar danos ao seu cliente, seja pelo uso de técnica errada ou pela omissão de providências, gerando-lhe responsabilidade e dever de repará-los. Essa é a responsabilidade civil do advogado, cuja existência e proporção devem ser analisadas diante de cada caso concreto apresentado à apreciação do Judiciário, observando-se, para isso, a legislação pertinente à responsabilidade civil e ao exercício da advocacia.

A responsabilidade do advogado é, na grande maioria das vezes, contratual, decorrendo especificamente de mandato, podendo haver, portanto, um acordo prévio entre o advogado e o cliente, situação em que passa a ser extranegocial, ou estatutária como nos casos de defensores oficiais e os nomeados pelo juiz.

O estatuto do advogado estabelece as atividades dos advogados de consultoria, assessoria, direção jurídica e a postulação perante qualquer órgão do judiciário. A obrigação do advogado no litígio é uma obrigação de meio, ele está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito as vicissitudes intrínsecas ao processo. Porém pode ocorrer caso em quem o advogado ira assumir uma obrigação de resultado, como na realização de um contrato de

compra e venda, onde ele assume a obrigação de realizar o contrato e sua obrigação extingue com a conclusão deste.

A sua negligência ou imperícia podem surgir de várias formas. A ineficiência deve ser vista no caso concreto. Em síntese, o advogado deve responder por erro de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. Tudo deverá ser analisado no caso concreto, erros como perda de prazos, o ingresso em juízo com o remédio processual inadequado, por exemplo, são evidências de responsabilidade do advogado. Os erros que irão dar margem à indenização serão aqueles injustificáveis.

O artigo 32 do estatuto diz que o advogado é responsável por dolo ou culpa no exercício profissional. Ele responderá, em princípio, por erro de fato no desempenho do seu mister e por erro de direito quando incidir em culpa. Para que exista o dever à indenização, o erro cometido deve ser grave, inescusável e lesivo (VENOSA, 2010).

Segundo Rui Stoco quanto ao erro mencionado no artigo 32 (2001, p.360):

A primeira observação que se deve fazer é de que se não indenize por qualquer erro, pois este há de ser irrecusável. E mais, que não se indeniza pelo resultado adverso da demanda, pois a sua obrigação é de meio, regra que comporta, contudo, algumas exceções. Portanto, a conexão sintática entre o símbolo erro e o irrecusável pelo segundo símbolo, tempos uma definição denotativa, pois não é qualquer erro que se indeniza. Há de estar afetado de irrecusabilidade.

A obrigação do advogado, em geral, consiste em defender as partes em juízo e dar-lhe conselhos profissionais. Ele responde contratualmente perante o seu cliente, não sendo possível negar o contrato existente entre ambos como autêntico exemplo de mandato.

O advogado não é oficial público, e sua responsabilidade é puramente contratual, salvo casos de assistência judiciária. Ele pode recusar, sem dúvida nenhuma, o mandato, sem aduzir os motivos por que o fazem, pois se respeita a liberdade profissional.

Ao advogado se impõe uma correção especial no exercício da profissão, por força do caráter *munus* público que tem sua função. Essas normas estão compendiadas no Código de Ética Profissional. É a repetição da violação do código que pode induzir a responsabilidade, em face do dano acarretado ao cliente. A orientação dos tribunais é no sentido de reconhecê-la mesmo em face de culpa leve. Não se pode esquecer que a obrigação do advogado não é sair vitorioso da causa e sim representar o cliente em juízo, defendendo da melhor forma possível os interesses que lhe confiou (DIAS, 2006).

Perante o cliente, o mandato impõe responsabilidade de natureza contratual ao advogado. A responsabilidade do advogado pode ser comparada ao do médico, pois ele não

pode assumir a obrigação de sair vitorioso da causa. São obrigações de meio decorrentes do exercício da profissão e não de resultado.

Como visto alhures, a responsabilidade dos profissionais liberais, entre eles figura o advogado, é em regra, de meio. Porém, o STJ, em recente julgado, decidiu que a responsabilidade do ortodontista é, em regra, de resultado, divergindo assim da orientação, até então vigente quanto a responsabilidade dos citados profissionais.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. EM REGRA, OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE RESULTADO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

1. As obrigações contratuais dos profissionais liberais, no mais das vezes, são consideradas como "de meio", sendo suficiente que o profissional atue com a diligência e técnica necessárias, buscando a obtenção do resultado esperado. Contudo, há hipóteses em que o compromisso é com o "resultado", tornando-se necessário o alcance do objetivo almejado para que se possa considerar cumprido o contrato. 2. Nos procedimentos odontológicos, mormente os ortodônticos, os profissionais da saúde especializados nessa ciência, em regra, comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos, de cunho estético e funcional, podem ser atingidos com previsibilidade.

3. O acórdão recorrido registra que, além de o tratamento não ter obtido os resultados esperados, "foi equivocado e causou danos à autora, tanto é que os dentes extraídos terão que ser recolocados". Com efeito, em sendo obrigação "de resultado", tendo a autora demonstrado não ter sido atingida a meta avençada, há presunção de culpa do profissional, com a consequente inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou mesmo que o insucesso se deu em decorrência de culpa exclusiva da autora.

4. A par disso, as instâncias ordinárias salientam também que, mesmo que se tratasse de obrigação "de meio", o réu teria "faltado com o dever de cuidado e de emprego da técnica adequada", impondo igualmente a sua responsabilidade.

5. Recurso especial não provido.

REsp Nº 1.238.746 - MS (2010/0046894-5), LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ, Quarta Turma, DJe Data: 18/10/2011.)

Sua obrigação, como regra geral, é defender as partes em juízo da melhor forma possível e dar conselho profissional ao cliente. Se as obrigações foram realizadas de forma correta e profissional, não tem porque lhe responsabilizar. O advogado vai responder pelos erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. É necessário que o erro em si se revista de gravidade para conduzir à responsabilidade do advogado (GONÇALVES, 2003).

No direito pátrio, as normas gerais que irão reger a responsabilidade civil do advogado são: Artigo 133 da Constituição Federal, artigo 159 do código civil, artigo 32 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e o artigo 14, § 4º do código de defesa do consumidor.

O artigo 133 da Magna Carta estabelece a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. É norma de exoneração de responsabilidade, não podendo os danos, daí decorrentes, serem indenizados, salvo no caso de calúnia ou desacato.

Essa peculiar imunidade é imprescindível ao exercício da profissão, que lida com a contradição e os conflitos humanos.

O artigo. 159 do Código Civil, regra básica da responsabilidade civil subjetiva, permanece aplicável aos profissionais liberais.

O artigo 32 da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), responsabiliza o advogado pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

O artigo 14, § 4º, do Código do Consumidor abre importante exceção ao sistema de responsabilidade objetiva, na relação de consumo dos fornecedores de serviço, ao determinar a verificação da culpa, no caso dos profissionais liberais (LÔBO, 2002).

O advogado é, na maioria das vezes, autônomo e no exercício de sua profissão é um fornecedor de serviço sujeito à legislação de tutela do consumidor. No exercício da sua profissão, havendo relação de emprego, a responsabilidade recai em seu empregador, em virtude da atividade permanente que exerce. Para o código de defesa do consumidor, ocorrendo dano em virtude do fato de serviço imputável será o fornecedor, não considerando a culpa, quando o profissional é liberal, o responsável é presumido (LÔBO, 2002).

As condições em que o profissional atende ao cliente são de forte importância para a definição da responsabilidade civil. Quando for profissional liberal, age por conta própria, assumindo o risco, subordina-se ao código de defesa do consumidor, como pode ser visto no artigo 14, parágrafo quarto do código de defesa do consumidor e no artigo 32 do estatuto da advocacia (NADER, 2009).

Desta forma, pelo artigo 14 do código de defesa do consumidor, o advogado só poderá ser responsabilizado quando, por dolo e intenção manifesta de prejudicar, venha a causar prejuízo ao cliente, ou houver culpa manifesta, agindo de modo insatisfatório, displicente, e imperito quando a relação causal entre esse agir e o resultado fique manifesta.

Do advogado inscrito na ordem dos advogados e credenciado a militar no foro judicial se exige apenas competência e dedicação na defesa de seu cliente, obrigando-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no código de ética e disciplinar. Caso ele perca a demanda, mas que fique comprovado que ele perdeu usando todos os meios previstos em lei, acompanhou todo o processo e atuou de forma correta, não tem do que lhe responsabilizar (STOCO, 2001).

Quanto aos serviços realizados pelo advogado, Paulo Nader (2009, p.413) fala o que se segue:

A generalidade dos serviços advocatícios é prestada por profissionais liberais, mediante contrato de prestação de serviços. Na eventualidade de alegações de danos causados ao cliente no desempenho de suas funções, o advogado responde por imprudência, negligência e imperícia.

Vindo o advogado a provocar prejuízo ao cliente na execução de seus serviços na condição de empregado, o empregador responde objetivamente de acordo com o artigo 932 do Código Civil. No caso de sociedade de advogado quem responde por eventual dano causado é a pessoa jurídica, quem possui o direito de reaver do culpado a importância desembolsada. O sócio vai responder subsidiariamente e ilimitadamente por sua conduta irregular no exercício da advocacia (NADER, 2009).

Decisão da quarta turma do STJ mostra que mesmo com vínculo empregatício, o advogado deve agir de conformidade com sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos.

RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A PARTE. OFENSAS IRROGADAS EM JUÍZO. RESPONSABILIDADE DO CAUSÍDICO: INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E ÉTICA. 1. O advogado, ainda que submetido à relação de emprego, deve agir de conformidade com a sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos que o regem. 2. Em decorrência, sua atuação em juízo, mesmo mantendo vínculo empregatício com a parte, será sempre relação de patrocínio, sem submissão ao poder diretivo do empregador, que não se responsabiliza por supostas ofensas irrogadas em juízo. 3. Recurso não conhecido. (RESP 200702075073, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:08/03/2010.)

3.2 Da perda de prazo

Paulo Nader considera a perda de prazo a maior negligência que o advogado pode causar (2009, p. 417): “Negligência maior ocorre quando o advogado, havendo recebido a procuração tempestivamente, perde o prazo para a resposta, causando, com isto, sensível e às vezes definitivos prejuízos”.

Estabelece o CPC que os atos processuais devem ser praticados nos prazos prescritos na lei e, em caso de omissão dessa, nos prazos fixados pelo juiz. Há prazos fatais e peremptórios e os que assim o são não podem ser dilatados. Em determinadas situações, poderá ser contado em dobro ou em quádruplo. Litisconsortes com procuradores diferentes

terão prazo em dobro para certos atos. E ainda, apresenta questão tormentosa no que tange ao termo *a quo* e ao termo *ad quem*. Há prazos que são suspensos ou interrompidos.

A perda de prazo é um dos erros mais comuns entre os advogados. Quando perde o prazo o advogado constitui em erro grave, pois os prazos encontram-se expressos na legislação ou então são determinados de forma expressa pelo juiz, é matéria legal, da qual o advogado deve ter conhecimento. Havendo dúvida, deve o advogado valer da doutrina e da jurisprudência. Neste caso, perdendo o prazo, e vindo a causar prejuízo ao cliente o advogado irá responder pela perda de um direito que o cliente sofreu pela não realização de um ato que não foi praticado pelo advogado, como, por exemplo, perde o prazo pra entrar com um recurso.

Não vai ser todo erro que vai gerar responsabilidade, vai ser o erro grosseiro que venha a gerar dano ao cliente. O advogado deve ser diligente e atento, não deixando perecer o direito do cliente por faltas de medidas ou omissão de providências (CAVAZZANI, 2008).

Quanto às perdas de prazo, José Aguiar Dias afirma (2006, p.425): “A perda de prazo é a causa mais freqüente de responsabilidade do advogado. Constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são do direito expresso e não se toleram que o advogado os ignore”.

Vai também responder o advogado pela omissão de providências que, tomadas a tempo, teriam impedido o perecimento, o sacrifício do direito do cliente. Quando ele não faz protesto de títulos que lhe foi entregue a tempo para cobrança, quando não pretenda logo iniciar a respectiva ação, quando não requeira a adoção de medidas cautelares ao juiz que seria competente para conhecer da causa, ainda que haja previsão do foro arbitral, ainda não instalado, quando não se habilita em falência ou concurso de credores, quando permite que outro credor, graças a sua incúria, se apodere da quantia sobre que poderia recair a execução do seu cliente, quando da causa a nulidade dos atos necessários a conservação ou ao reconhecimento dos direitos constituinte (DIAS, 2006).

Para Roberto Gonçalves a perda de prazo constitui erro grave (2003, p.383):

A perda de prazo constitui erro grave. Por constar expressamente da lei, não se tolera que o advogado ignore. Na dúvida entre o prazo maior ou menor, deve a medida judicial ser tomada dentro do menor, para não deixar nenhuma possibilidade de prejuízo ao cliente.

Quanto a inobservância dos prazos da parte pelo advogado, Humberto Theodoro Junior (2004, p. 232) fala que:

Compete ao advogado restituir os autos no prazo legal. Da inobservância dessa norma decorrem duas conseqüências: uma de ordem processual que é a preclusão, em decorrência da qual o juiz mandará de ofício, riscar o que neles houver escrito o faltoso e desentranhar as alegações e documentos que apresentar, outra, de ordem disciplinar que é a comunicação da ocorrência a Ordem dos Advogados do Brasil, para o procedimento adequado e imposição de multa.

Essa multa que será imposta ao advogado pela ilícita retenção dos autos, além do prazo legal, é de valor correspondente a metade do salário mínimo vigente na sede do juiz. Além da multa, se sujeita o causídico a perder o direito de novas visitas dos autos fora do cartório. Decisão da quarta turma do STJ mostra que a perda de prazo gera ao advogado responsabilidade de indenizar por danos materiais sofridos pelo cliente pela perda de uma chance.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(RESP 201000685378, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:22/11/2010 RDDP VOL.:00095 PG:00125.)

3.3 Responsabilidade civil por perda de uma chance

Buscando o diagnóstico da conduta do advogado que causou um dano a seu cliente, inevitável é a ocorrência de situação em que a lesão ao patrimônio jurídico do cliente tenha se dado por uma conduta omissiva do profissional. A casuística é infindável, falta de propositura da ação judicial, recurso ou ação rescisória, não formulação do pedido, omissão na produção de provas, extravio dos autos, ausência de contra-razões ou sustentação oral, falta de defesa.

De origem francesa a palavra chance significa “ocasião favorável, oportunidade”. Existem várias formas que pode vincular a teoria da perda de uma chance. A perda de um prazo para interpor recurso por exemplo, pairando a dúvida acerca de qual seria o resultado da demanda se o recurso tivesse sido interposto. Têm também casos onde o patrocinador da causa falha por omissão ou de forma que o efeito de sua conduta seja análogo ao de uma omissão, isto é, deixando o direito de seu cliente sem resposta judicial, acarretando uma perda de oportunidade ao constituinte, o qual deixa de ver apreciado um interesse seu em decorrência da falta de diligência e técnica profissional. A perda de uma chance pode vir de várias situações, de vários atos da atividade mal realizada pelo advogado, causando dano ao cliente (CAVAZZANI, 2008).

De acordo com artigo 1059 do Código Civil, como regra geral as perdas e danos abrangem o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, isto é, danos emergentes e lucros cessantes. Ainda segundo o artigo 1060 do mesmo diploma, devem decorrer direta e imediatamente na inexecução da obrigação do devedor. Porém, a perda de uma chance possui características diferentes da de perdas e danos. A perda de uma chance é específico para atuação do advogado (CAVAZZANI, 2008).

Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p. 3) em seu artigo publicado fala que:

Há, na doutrina, quem defenda ser aplicável a perda de uma chance ao advogado em circunstâncias especialíssimas, fundamentando esse pensamento no disposto no já mencionado art. 1.059 do CC, segundo o qual as perdas e danos só abrangem o dano emergente e o lucro cessante, alegando que nunca se saberá ao certo se a pretensão não apreciada pelo judiciário seria acolhida se o órgão julgador tivesse dela tomado conhecimento e decidido a causa, ou seja, não se sabe se o cliente teria sua pretensão acolhida e julgamento favorável. Existiram alguns julgados nesse sentido, mas, contemporaneamente, as soluções adotadas vêm observando a teoria da perda de uma chance e com base nela fundamentando as decisões.

Essa situação de perda de chance é relativa devido à incerteza do resultado da decisão judicial, caso houvesse sido levado à apreciação do judiciário a questão cuja chance é tida como perdida, para ainda se tentar saber se o advogado pode ou não ser responsabilizado pela perda de uma chance é ver se com base na doutrina, nos entendimentos, e na jurisprudência se ele tivesse continuado se a resposta teria sido positiva ao seu cliente. Porém, é impossível saber o resultado de uma demanda que não foi julgada, sabendo que envolve um juízo de valor e uma carga de livre apreciação que varia de magistrado para magistrado, pois cada um constrói seu juízo de valor baseado na sua percepção, interpretação da causa, experiência social, sendo claro que cada magistrado pode julgar a mesma causa de forma diferente (CAVAZZANI, 2008).

Para Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p.3) as decisões judiciais não são absolutamente incertas:

“Todavia, não quer dizer que as decisões judiciais sejam absolutamente incertas. É possível se fazer um juízo de probabilidade do resultado de uma decisão que não ocorreu por não ter o advogado levado ao conhecimento do magistrado à questão ou de alguma forma influenciado para que isto não tenha ocorrido. Para que se faça tal juízo de probabilidade, é importante levar em consideração, sempre, decisões razoáveis, que possa ser digna de apreço, a fim de não se contrariar o disposto na Súmula 400 do STF, que não admite o recurso extraordinário quando a decisão tenha dado razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor.

Assim, faz-se necessário analisar o entendimento da jurisprudência e as súmulas de tribunal superior ou do STF, para saber se o caso tivesse sido levado a conhecimento do poder judiciário se seguiria o respectivo entendimento, uma vez que fosse favorável ao que alega ter sido prejudicado, pelo advogado cujo cliente teve a perda de uma chance. Mas, se o entendimento utilizado era de que a pretensão do cliente não estava protegida pelo direito, o advogado não deverá ser responsabilizado, pois mesmo que tivesse feito o que era cabível, seu pedido não seria provido por estar em desacordo com o que diz os tribunais.

Para Sergio Cavalieri Filho (2010, p.408) a perda de uma chance se traduz no seguinte:

“Em suma, a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. A indenização por sua vez, deverá ser pela chance perdida, pela perda da possibilidade de auferir alguma vantagem, e não pela perda da própria vantagem; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. A chance da vitória terá sempre valor menor que a própria vitória o que deve refletir no valor da indenização.

A seguir, decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça demonstra que o advogado deve sim responder quando perde a chance:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. DANO MATERIAL. ESTATUTO DA ADVOCACIA. LEI 8.906/94 - ART. 32. ART. 159 DO CC/1916. 1 - O advogado tem o dever de acompanhar o processo em todas as suas fases e responde pelos danos que causar no exercício de sua profissão. 2 - É do advogado a responsabilidade pela indenização ao cliente, se - instado a se pronunciar sobre laudo de liquidação - silencia, deixando de apontar erro grosseiro cometido pelo perito. Tal responsabilidade não se divide com o perito e o juiz. (RESP 200101989390, HUMBERTO GOMES DE BARROS, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:12/06/2006 PG:00472 RDR VOL.:00040 PG:00398.)

3.4 Inversão do Ônus da Prova e as Hipóteses de Exclusão da Culpa do Profissional

O princípio da inversão do ônus da prova é um dos esteios do sistema jurídico de proteção ao consumidor. Ele transfere ao responsável pelos danos o ônus de provar que não teve culpa, ou dano, ou que o culpado foi exclusivamente a vítima. O artigo seis do código de defesa do consumidor, inciso oitavo, elevou a inversão do ônus da prova a direito básico do consumidor, transformando o princípio em regra geral. O juízo pode determiná-lo, mesmo quando não seja exigível, sempre que se convencer da verossimilhança das alegações do consumidor, passando a ser obrigatório quando resulta de responsabilidade por culpa presumida ou de responsabilidade objetiva (LÔBO, 2002).

O juiz no início do processo poderá inverter o ônus da prova a pedido da parte ou de ofício, quando caberá ao advogado demonstrar que atuou sem dolo, imprudência, negligência e imperícia (NADER, 2009).

3.5 Responsabilidade pelos conselhos dados aos clientes.

A mesma regra em que se apura a responsabilidade pelo desempenho de um mandato será aplicada ao advogado que fornece conselhos ao cliente. Um parecer ou conselho, desautorizado pela doutrina, pela lei ou jurisprudência acarreta, para o advogado, a obrigação

de reparar o dano resultante de lhe haver o cliente seguido o raciocínio absurdo de cuja extravagância não poderia aquilatar (DIAS, 2006).

São de muita importância, na responsabilidade do advogado, os conselhos e pareceres dados ao seu cliente e caso esses venham a lhe causar danos. Um conselho dado pelo advogado, que seja contra ou desautorizado pela doutrina, contra a lei, contra jurisprudência, se caso venha a causar danos, deve acarretar ao advogado a obrigação de reparar o dano causado.

Por ser um profissional gabaritado para defender os direitos e interesses das pessoas, uma vez que essas não detêm conhecimentos técnicos para se auto defenderem, e mesmo se tivessem conhecimento não estariam aptas a postular, tendo em vista que é preciso estar inscrito no quadro da OAB.

Assim, não se pode excluir a responsabilidade do advogado por conselhos e pareceres infundados, que venham a afrontar o sistema jurídico, por culpa e que venham a ocasionar danos ao outorgante do mandato, cabendo sempre, a prova da conduta lesiva, dos danos e do nexo causal. O fato é que a falta de informação, ou a má informação podem gerar danos incomensuráveis aos clientes, razão pela qual se faz necessário apreciar cada caso, de acordo com o padrão de conhecimento que se esperava do profissional que se habilitou a essa tarefa (CAVAZZANI, 2008).

3.6 Responsabilidade do Advogado no Período Anterior ao Contrato

As faltas de medidas necessárias e primordiais à conservação dos direitos do cliente, mesmo no início do mandato, ainda quando não há contrato firmado, podem fazer perecer o direito em questão. Deve o advogado tomar as medidas urgentes para que isso não ocorra. Faz-se com isso nascer o dever de reparar os danos proporcionados ao cliente pela inércia do profissional, o qual deve ser diligente e se valer dos devidos meios de proteção aos direitos do constituinte (CAVAZZANI, 2008).

Jose de Aguiar Dias (2006, p.414) ao tratar sobre o assunto em comentário aduz: “No período anterior ao desempenho do mandato, a responsabilidade do advogado se pode dar, ainda pela omissão de providências preliminares, destinadas a ressalva do direito do cliente”.

Depois que aceita a causa o advogado encontra-se obrigado a dedicar com maior zelo e atenção ao desempenho do mandato, dando ao cliente informações constantes e completas

de como estão as coisas, tomando ou fazendo tomar providências que se fizerem necessárias ao bom êxito da incumbência ou, pelo menos, na medida das possibilidades do desfecho favorável ao cliente, promover tudo que estiver ao seu alcance (DIAS, 2006).

3.7 Responsabilidade por erro de fato. O erro de direito e as condições em que acarreta a responsabilidade.

Carlos Roberto Gonçalves fala o que se segue sobre erro de fato e erro de direito: “O advogado responde pelos erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. Quanto aos últimos, é necessário que o erro em si se revista de gravidade, para conduzir a responsabilidade do advogado.” (2003, p.383)

Existe um questionamento para saber se o advogado deve ou não responder pelos erros de fato e de direito que cometer. A doutrina se divide em dois posicionamentos. Um que o advogado deve sempre responder pelos erros de fato e de direito quando forem graves. Outro posicionamento que será apenas responsável quando o erro seja inescusável (CAVAZZANI, 2008).

Jose de Aguiar dias (2006, p.424) entende o seguinte sobre o erro no desempenho do mandato:

O advogado responde pelos erros de fato cometidos no desempenho do mandato. É nossa opinião que não se escusa, mostrando que o erro não é grave. Quanto aos erros de direito, é preciso distinguir: só o erro grave, como a desatenção a jurisprudência corrente, o desconhecimento do texto expresso da lei de aplicação freqüente ou cabível no caso, a interpretação abertamente absurda, podem autorizar a ação de indenização contra o advogado, porque traduzem evidências incúria, desatenção desinteresse pelo estudo da causa ou do direito a aplicar ou, então, caracteriza ignorância, que se torna indesculpável, porque o profissional é obrigado a conhecer o ofício sem que seja obrigado a mostrar-se um valor excepcional na profissão.

Em regra, parte da doutrina acredita que o erro de fato irá sempre gerar responsabilidade ao advogado e que o erro de direito apenas quando for de natureza grave. Outra parte da doutrina entende que o erro só pode gerar responsabilidade ao advogado quando for inescusável, advindo de ignorância e despreparo, erros absurdos que venham a gerar prejuízo ao cliente.

3.8 Omissão de providências que poderiam ser tempestivamente tomadas

Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p.3) fala o que se segue quanto à omissão de providência que se deve tomar tempestivamente:

O advogado também é responsável pelas providências que deve tomar tempestivamente para resguardar os direitos de seu cliente, evitando o perecimento ou o sacrifício dos mesmos, sendo esta incumbência existente desde o período anterior ao contrato.

O advogado tem no exercício de sua profissão o dever de ficar atento, ser diligente, não deixando o direito do cliente por falta de omissão e providências acauteladoras. Deve ser responsabilizado, quando dá causa a responsabilidade do cliente e provoca imposição de sanção contra este (CAVAZZANI, 2008).

Não se tem dúvida que o advogado que, incumbido de uma causa difícil, de duvidoso êxito, em face da jurisprudência dominante, contra a opinião do próprio cliente, recusar o acordo proposto pela parte contrária, fica responsável, se vem, como tudo indica, a perder a demanda, pela quantia que o constituinte teria recebido, se não fosse a obstinação do seu procurador (DIAS, 2006).

Uma situação que enseja responsabilidade civil do advogado é quando ele se omite, não produzindo prova necessária, decisiva no tocante ao convencimento do magistrado sobre o direito do cliente. Ocorre a ausência de prova pericial, que pode ter sido pedida, mas não foi promovida pelo advogado, no caso em que deveria tê-lo feito, restando um dano ao cliente, que se vê privado do seu direito de ver a prova produzida.

Vai caber ao advogado, para não se ver condenado a indenizar pela perda da chance, demonstrar que mesmo que as provas referidas tivessem sido produzidas, o cliente não teria sua pretensão satisfeita, pelo fato do direito alegado não lhe pertencer, ou por outro motivo que mesmo produzindo a prova, não lhe daria o ganho da causa. Ao cliente, cabe demonstrar que a não produção de prova pelo advogado gerou a perda de sua chance de tentar, com a produção, sair vencedor da ação (CAVAZZANI, 2008).

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. O advogado que recebe e aceita mandato que veicula poderes para defender o seu constituinte em juízo assume os deveres e responsabilidades inerentes à sua nobre profissão enquanto atuar no patrocínio da causa. A omissão,

sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados do mandado judicial, quando os poderes foram conferidos para atuação em conjunto ou isoladamente de cada advogado. Recurso especial não conhecido.

(RESP 200301771026, CESAR ASFOR ROCHA, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:02/08/2004 PG:00411 RDDP VOL.:00019 PG:00120 RDR VOL.:00030 PG:00467 RSTJ VOL.:00181 PG:00330.)

3.9 Negligência como causa de danos

Para Paulo Nader (2009, p.417):

Negligência é omissão, desídia, pouco caso revelado diante da tarefa a serem cumpridas. A circunstância exige uma atuação positiva e o agente, por qualquer motivo se mantém inerte. Nada mais contrário ao dever do advogado! Este deve estar atento, em permanente vigília, preparado para agir diante da iniciativa das partes contrárias.

A negligência maior ocorre quando o advogado, havendo recebido a procuração tempestivamente, perde o prazo para a resposta, causando, com isto, sensível e às vezes definitivo prejuízo ao cliente. A não-interposição de recurso, havendo real possibilidade de êxito na superior instância, configura atitude negligente, passível de responsabilidade civil por danos morais ou patrimoniais, a não-interposição de recurso sujeita o procurador à responsabilidade civil por perda de chance que significa desperdício de oportunidade para se tentar reverter o julgado.

Outra forma de negligência é quando o advogado recebe a procuração do cliente e, injustificadamente, protela o ajuizamento da ação, às vezes deixando transcorrer meses ou anos. O não comparecimento em audiência é outra forma. Esse não comparecimento é de maior gravidade, pois compromete seriamente a produção de provas e com imprevisíveis conseqüências. (NADER, 2009)

Para Ricardo Duarte Cavazzani (2008), quanto à desobediência as instruções do cliente:

Há na doutrina quem entenda que a desobediência às instruções do cliente sempre pode acarretar a responsabilidade do advogado que assim se conduziu, pois esse, discordando daquele, pode renunciar ao mandato. Porém, parece não ser esta a melhor solução, devendo cada caso concreto ser analisado, levando-se em consideração quais os poderes conferidos ao advogado para sua atuação na defesa

dos direitos e interesses do cliente, tendo grande importância, para tal finalidade, a procuração e os termos nela inseridos.

Na hora da realização da procuração pode o cliente fazer com poderes limitados, ou pode fazer dando ao advogado totais poderes. Quando outorgada a procuração geral para o foro, o advogado pode praticar atos relacionados ao processo de acordo com seu conhecimento jurídico para atender da melhor forma o seu cliente. Mesmo com totais poderes, não se admite ao advogado praticar atos que sejam contrários ao desejo de seu cliente.

Tais poderes irrestritos devem ser utilizados quando o cliente não toma o conhecimento da prática de certos atos, mas tendo ele esse conhecimento e instruído o advogado para agir de maneira diferente, mesmo que dispondo ao contrário do que estabelece a procuração, aí sim, parece haver responsabilidade do patrocinador que desobedece as instruções do cliente, caso lhe cause prejuízo. Casos em que o advogado venha a realizar acordos sem poderes para fazer ou extrapolando os poderes que lhe foram conferidos para esse ato, gera danos materiais ao cliente será responsabilidade pela sua falta de diligência, devendo reparar os danos que causou ao cliente (CAVAZZANI, 2008).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. IMUNIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV, LIV e LV, E, 93, IX, DA CF. OFENSA REFLEXA. ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. I - Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 do STF. II - A orientação desta Corte, por meio da remansosa jurisprudência, é a de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição, quando demandar a análise de legislação processual ordinária, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da mesma Carta, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. Precedentes. IV - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão impugnado seria necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279 do STF, bem como a análise de norma infraconstitucional, sendo certo que a ofensa à Lei Maior, se ocorrente, seria apenas indireta. Precedentes. V - Agravo regimental improvido. (RE-AgR 627069, RICARDO LEWANDOWSKI, STF.)

3.10 Imprudência do Advogado

Para Paulo Nader (2009, p.409):

A imprudência na condução de uma causa, quando o advogado se precipita ao tomar uma atitude, como ao ajuizar uma ação sem antes consultar devidamente o cliente ou sem reunir os elementos probatórios necessários. Enquanto a negligência implica a inércia, a imprudência contém açodamento. Naquela, erra-se omissivamente. Nesta Comissivamente.

Vai cometer imprudência o advogado que, durante a audiência de instrução e julgamento, dispensa a oitiva de testemunha, potencialmente capaz de confirmar a versão do seu cliente, não dispondo de outro elemento probatório, revelando a falta de compromisso ético com a profissão e coma sorte do assistido (NADER, 2009).

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. I - A certidão de publicação do aresto recorrido constitui peça de traslado obrigatório ao conhecimento do agravo de instrumento. II - Segundo o disposto no art. 544, § primeiro do CPC compete à parte instruir o agravo, sendo de sua responsabilidade a não apresentação das peças tidas como obrigatórias. III - Ao interpor qualquer recurso, deve o profissional da advocacia observar os princípios da ética, mormente quando se dirige ao magistrado, não se admitindo a forma desrespeitosa usada pela causídica, colocando em dúvida o zelo com que são tratadas todos os processos dirigidos a esta Corte. IV - Envio de peças à OAB para os devidos fins. V - Agravo Regimental improvido. (AGA 199800463615, WALDEMAR ZVEITER, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:17/02/1999 PG:00151.)

3.11 A Não Obrigatoriedade de Sempre Recorrer da Decisão

Na responsabilidade civil do advogado há uma questão relativa a obrigatoriedade ou não desse profissional em sempre recorrer das decisões prolatadas nos processos de seu cliente. Sendo o advogado o primeiro juiz da conveniência de se ajuizar ou não a ação, deve sê-lo, também, da conveniência de recorrer. Zeloso do seu bom nome, não pode ser obrigado a interpor recurso manifestamente incabível. Não deve deixar de recorrer quando é indiscutível a necessidade, ou contrariando a vontade do cliente. Existe alguns que adotam o

pensamento no qual o advogado deve sempre recorrer, sob pena de se não o fizer ser responsabilizado (CAVAZZANI, 2008).

Em Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p.3) o posicionamento quanto ao dever ou não de recorrer do advogado:

Mas parece que o posicionamento mais adequado é o que defende que não se deve exigir que o advogado recorra sempre, esgotando todos os recursos postos à sua disposição. Para se saber quando deve recorrer e quando a não interposição do recurso tem o condão de gerar danos ao dono do direito discutido, deve-se fazer um juízo de valor sobre o caso. Todavia, este juízo de valor não é acerca da probabilidade de sucesso no recurso, mas antes um "juízo de valor objetivo, relativo à admissibilidade do recurso e à possibilidade de o mérito ser revisto e não quanto ao próprio resultado desse mérito, ou seja, quanto à solução da lide".

O certo é sempre deixar o cliente por dentro de todos os atos do processo e de todas as decisões a serem tomadas. No caso de interpor recurso ou não, aparece o que falamos aqui, a opinião do cliente deve ser levada em conta, após o advogado lhe explicar todas as vantagens e desvantagens. Sendo a opinião do cliente incisiva e expressa, no sentido de que o advogado deve recorrer se não fizer irá incorrer em responsabilidade, deixando claro que se houver divergência entre o advogado e o cliente, este poderá renunciar ao mandato (CAVAZZANI, 2008).

Quanto a conveniência ou não de recorrer Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 409) fala que:

No que respeita a conveniência ou não de recorrer, entendemos que sendo o advogado primeiro juiz da conveniência de se ajuizar ou não a ação, deve sê-lo, também, da conveniência de recorrer, mormente tratando-se de recurso especial ou extraordinário, sujeitos a requisitos rigorosos e específicos. O advogado, principalmente quando zeloso do seu bom nome, não pode ser obrigado a interpor um recurso manifestadamente incabível. Não deve, entretanto, deixar de recorrer no caso de indiscutível necessidade, ou contrariando a vontade do cliente. Neste último caso, se tem convicção jurídica contrária, o caminho será a renúncia.

3.12 Violação do Sigilo Profissional

Segundo o artigo 34, parágrafo 7 do estatuto, violar sem justa causa, sigilo profissional é infração disciplinar. Assim, o advogado tem o direito de recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado a

pessoa de quem seja ou foi advogado. Ainda, é crime a violação de sigilo profissional, tipificado pelo artigo 154 do código penal. Assim, se violar o sigilo profissional, o advogado poderá ser responsabilizado civilmente, pela sua conduta, além de sofrer sanção civil, deverá sofrer sanção por parte da OAB e ainda pode chegar a responder criminalmente (CAVAZZANI, 2008).

3.13 Extravio de Autos

Para Ricardo Duarte Cavazzani (2008, p.3) pode ocorrer dos autos serem extraviados:

Pode ocorrer a hipótese de os autos serem extraviados, cabendo ao advogado, mesmo que não tenha sido ele o responsável por tal extravio, promover a restauração dos mesmos. Se não requerer, dentro um prazo razoável, a restauração dos autos extraviados, estará faltando com seu dever de diligência, podendo ser responsabilizado civilmente, caso advenha danos ao cliente por causa dessa sua omissão em requerer a restauração dos autos.

Ocorrendo o extravio dos autos, o dano pode ser causado pela demora que o extravio venha acarretar na solução do feito. Pode também ocorrer a extinção do processo em razão de tempo que os autos ficaram extraviados e o processo ficou parado, sem a prática dos atos necessários. Caso ocorra o extravio e o cliente venha a sofrer danos, o advogado pode ser condenado, mesmo não sendo ele o responsável pelo acontecimento, pois é sua obrigação cuidar de toda documentação. Caberá ao cliente neste caso, demonstrar a falta de diligências do advogado pela perda da chance e os conseqüentes danos que a conduta venha causar, já ao advogado compete demonstrar a inexistência de nexos causal, prova que requereu a restauração dos autos, mas que por algum motivo não conseguiu, e ainda que não houve perda de chance, pois a ação não teria sucesso (CAVAZZANI, 2008).

CONCLUSÃO

O advogado é o profissional capacitado e habilitado para realizar as atividades de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes, e atividades de consultoria e assessoria em matérias jurídicas.

Porém, ao se comprometer com uma causa é preciso fazer um mandato judicial, no qual fará com que ele tenha poderes limitados ou ilimitados para representar seu cliente. Para representar o cliente diante do poder judiciário é preciso ser um advogado habilitado e registrado no quadro da OAB.

Contudo, ao se comprometer com a causa do seu cliente, o advogado deve agir de forma ética e profissional, fazendo de tudo que estiver ao seu alcance para conseguir lograr êxito na causa e conseqüentemente assegurar o bem da vida ao cliente, observando os princípios éticos, estatuto da ordem dos advogados, leis e as jurisprudências.

Mas, nem todos os advogados agem de forma ética e profissional. Ao agir com culpa ou dolo, o advogado vai responder pelos danos causados ao seu cliente. Daí que surge a responsabilidade civil, que tem a grande preocupação de resolver danos que possam sofrer pessoas que por atos ilícitos de outros acarretem prejuízos. No presente trabalho monográfico estudou-se os danos que o advogado, agindo com culpa e dolo, causou a seu cliente.

Por ter uma obrigação de meio, o advogado ao assumir uma causa não está obrigado ao resultado, devendo fazer tudo que for possível para conseguir o sucesso, pois não serão todos os juízes que vão ter a mesma idéia para determinada causa, ficando o sucesso do processo determinado pela filosofia de decisão do juiz, que poderá ter pontos de vista diferentes conforme a prova dos fatos e o que as normas disciplinem naquele caso concreto.

Assim, chegamos ao entendimento que o simples insucesso do processo, pugnando o órgão julgador pelo indeferimento do pedido, não vai gerar responsabilidade civil de reparar o dano pelo advogado ao seu cliente. Mas, vai responder civilmente o advogado que agir com culpa e dolo durante o processo, como na perda de prazo, quando ele interpõe um recurso intempestivo, por exemplo, que é considerado por muitos a maior negligência que pode realizar um advogado. Outra forma é pela perda de uma chance quando o advogado age de forma omissiva causando lesão ao patrimônio do seu cliente.

Ainda vai responder o advogado quando ele defende em parecer um conselho ao cliente estando em desconformidade com a doutrina, com a lei ou jurisprudência, acarretando

ao advogado a obrigação de reparar o dano resultante de haver o cliente seguido o raciocínio absurdo de cuja extravagância não poderia aquilatar.

Vai também o advogado ser responsável civilmente por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. Todavia, quanto ao último, é necessário que o erro em si se revista de gravidade, para conduzir à responsabilidade do advogado.

Outra causa de responsabilidade há quando o advogado age com negligência, que é uma omissão, e imprudência, que é quando na condução de uma causa, o advogado se precipita ao tomar uma atitude, como ao ajuizar uma ação sem antes consultar devidamente o cliente ou sem reunir os elementos probatórios necessários.

Não se pretende aqui esgotar todas as formas de responsabilização civil do advogado perante o seu cliente, pois ainda há algumas formas que não foram vistas neste trabalho. O que se pode deixar claro, é que o simples fato do advogado que agiu de forma ética, respeitando todos os preceitos legais e de sua profissão, não conseguir sucesso no processo não vai gerar responsabilidade a ele, pois irá responder o causídico que agir com culpa ou dolo, não respeitando a ética da sua profissão, os preceitos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, as leis, a jurisprudência, e com isso causar dano a outrem.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 5. Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 out. 2011.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de jul. 1994. Disponível: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 13 de nov. 2011.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo 199800463615. Relator: Waldemar Zveiter. 17 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=199800463615&b=ACOR>. Acesso em: 27 de out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1238746/MS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 18 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=1238746+&b=ACOR>. Acesso em: 27 de out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 200101989390/RS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 12 de junho de 2006. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=200101989390&b=ACOR>. Acesso em: 27 de out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 200301771026. Relator: Cesar Asfor Rocha. 02 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=200301771026&b=ACOR>. Acesso em: 27 de out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 200702075073. Relator: Min. Luis Salomão. 08 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=200702075073&b=ACOR>. Acesso em: 27 de out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 201000685378/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 22 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=201000685378&b=ACOR>. Acesso em: 27 de out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28627069.NUME.+OU+627069.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 out. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. **Responsabilidade civil do advogado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1953, 5 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11927>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

CORREIA, Jadson Dias. **Responsabilidade civil do advogado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/662>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Revista Jus Vigilantibus, 2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/42>>. Acesso em: 13 de nov. 2011.

MARINONE, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 7, 2009.

OAB. Código de Ética e Disciplina da OAB. **Diário da Justiça**, Brasília, 01 de mar. 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.