

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

MARCIO SILVA PRATA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO COMO PROFISSIONAL
LIBERAL**

**Aracaju
2012**

MARCIO SILVA PRATA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO COMO PROFISSIONAL
LIBERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe –
FANESE, como um dos pré-requisitos para
obtenção de grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:
PROF. CARLOS ANTONIO ARAUJO
MONTEIRO

Aracaju
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Prata, Marcio Silva

Responsabilidade civil do advogado/ Marcio Silva Prata. – 2012.

78f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, 2012.

Orientação: Prof. Carlos Antonio Araujo Monteiro

1.Dano 2. Advogado 3.Cliente 4. Responsabilidade civil 5. Obrigação I. Título

CDU 347(813.7)

MARCIO SILVA PRATA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO COMO PROFISSIONAL
LIBERAL

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em: 26/06/2012.

BANCA EXAMINADORA

Professor Especialista Carlos Antonio Araujo Monteiro
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Professor Mestre Pedro Durão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Professor Mestre Vladimir de Oliva Mota
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho a minha mãe, Luzia, por ser meu exemplo de vida e por seu incentivo incansável para conclusão do meu curso e ao meu filho, João Marcelo, que mesmo sem saber, me passa uma força indescritível para seguir sempre em frente. Amo vocês incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que com toda sua magnificência me deu o bem mais importante que possuo: a Vida. A Ele agradeço por todo o percurso e, desde já, por tudo que ainda agradecerei ao longo dessa longa jornada.

Aos meus pais **Wilson Amarante** e **Luzinete Silva Amarante** pelo porto seguro que representam em minha vida, pela minha criação que muito influenciou meu caráter e principalmente pelo amor com que me nutriram até o presente momento.

Aos meus **Nailson Oliveira Silva** e **Lucivania Oliveira**, principalmente à minha irmã Rosana Amarante, por ter sempre me inspirado com sua inteligência e apoiado minhas decisões.

Aos meus amigos **Lívia Cunha**, **Kayma França**, **Luciana** e **Udine Brandão**, que, direta ou indiretamente, me acompanharam durante esta trajetória, torcendo pela minha vitória.

Ao orientador, Professor **Carlos Antonio Araujo Monteiro**, pela orientação, colaboração e atenção a mim dedicadas.

A Justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

Considerando que possíveis danos podem ser causados por advogados a seus clientes, e embasado no Código Civil e leis a que se expõem estes profissionais, esta monografia tem como tema a Responsabilidade Civil do advogado. Mesmo não tendo como obrigação vencer uma causa ao aceitá-la, o advogado tem como obrigação agir de forma a obter o melhor resultado, visto que sua ação ou omissão poderão causar danos ao seu cliente. Como as obrigações do advogado são de meio, este será responsabilizado em caso de dolo ou culpa, existindo ainda a possibilidade de erro, como a perda de uma chance de seu constituinte. Ao magistrado caberá julgar os casos concretos, responsabilizando civilmente tais profissionais.

Palavras Chave: Dano. Advogado. Cliente. Responsabilidade civil. Obrigação.

ABSTRACT

Considering that several losses can be caused by lawyers to their clients, and based on Civil Code and laws which these professionals are exposed, this monograph has as its theme Liability Attorney. Even without a win as a obligation when a cause is accepted, a lawyer has the obligation to act the better way that brings better results to his client, since his action or omission may cause losses to the clients. As the lawyers' obligation are means, they will be responsabilized in any case of fraud or negligence, and there is the possibility of mistakes, as the loss of a chance of their constituent. To the magistrate judge fits theses specifics concrete cases, caviling responsabilizing these professionals.

Keywords: Loss. Lawyers. Clients. Liability attorney. Obligation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	O ADVOGADO E A ADVOCACIA.....	14
2.1	Breve Histórico da Advocacia.....	14
2.2	Conceito de Advogado e Advocacia.....	18
2.3	A Ética do Advogado.....	20
2.4	Relação entre Cliente e Advogado.....	21
2.5	Legislação Aplicável.....	23
2.5.1	Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei Nº 8.906/94.....	24
2.5.2	Código de Ética e Disciplina da OAB.....	26
2.5.3	Constituição da República Federativa do Brasil.....	28
2.5.4	Código de Processo Civil.....	30
2.5.5	Código de Defesa do Consumidor – Lei Nº 8.078/90.....	32
3	DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	35
3.1	Evolução Histórica da Responsabilidade Civil.....	35
3.1.1	Da Vingança Coletiva e Individual	35
3.1.2	Da Composição Voluntária	36
3.1.3	Da <i>Poena</i>	36
3.1.4	Da Composição Obrigatória	37
3.1.5	Da <i>Lex Aquilia Damno</i>	38
3.1.6	Do Direito Francês	38
3.1.7	Código Napoleônico	39
3.1.8	Direito Pátrio	39
3.1.9	A Responsabilidade Civil no Código Civil de 1916	41
3.2	Dos Conceitos e Pressupostos.....	42
3.2.1	Do Conceito.....	42
3.2.2	Dos Pressupostos.....	43
3.2.2.1	Comparativo da Responsabilidade Civil e Penal.....	44
3.2.3	Elementos da Responsabilidade Civil.....	45
3.2.3.1	Da Ação.....	46
3.2.3.2	Do Dano.....	46
3.2.3.3	Dano Patrimonial.....	46
3.2.3.4	Dano Moral.....	47
3.2.3.5	Nexo de Causalidade.....	49
3.2.3.6	Dos Excludentes de Causalidade.....	49
3.2.3.7	Culpa Exclusiva da Vítima.....	50
3.2.3.8	Culpa Concorrente da Vítima e do Agente.....	50
3.2.3.9	Culpa de Terceiro.....	50
3.2.3.10	Caso Fortuito e Força Maior.....	50
3.3	Da Culpabilidade e Imputabilidade.....	51

3.4	Exceções à Imputabilidade.....	52
3.4.1	Menoridade.....	53
3.4.2	Alienação Mental Grave.....	54
3.5	Excludentes de Ilícitude (ou Antijuricidade).....	56
3.5.1	Da Anuência da Vítima.....	56
3.5.2	Do Exercício Normal de um Direito.....	56
3.5.3	Legítima Defesa.....	57
3.5.4	Estado de Necessidade.....	57
3.6	Espécies de Responsabilidade Civil.....	58
3.6.1	Responsabilidade Contratual.....	58
3.6.2	Responsabilidade Extracontratual.....	58
3.6.3	Responsabilidade Objetiva.....	59
3.6.4	Responsabilidade Subjetiva.....	59
3.6.5	Responsabilidade direta e indireta.....	60
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.....	62
4.1	Visão Geral.....	62
4.1.1	O Mandato Judicial.....	63
4.1.2	A Obrigação de Meio.....	65
4.2	Da Responsabilidade Civil do Advogado.....	66
4.2.1	Do Advogado Profissional Liberal.....	66
4.2.2	Do Advogado Empregado.....	68
4.2.3	Da Sociedade de Advogados	69
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
	REFERENCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

A importância das relações de consumo, visto que tal prática é inerente ao homem e atos de consumo fazem parte de seu cotidiano, fez com que o tema da Responsabilidade Civil do Advogado fosse objeto de estudo nesta monografia. A relevância deste tema é acentuada pois o profissional do direito, o advogado, tem por obrigação agir com zelo ao defender o direito alheio, sendo assim extremamente competente em suas atribuições, visando não acarretar prejuízos aos seus clientes.

O profissional liberal em questão, bem como seus clientes, ou consumidores de seus serviços possuem direitos e deveres, e ambos possuem obrigações advindas desta relação. Como a relação do advogado é contratual em relação ao seu cliente, sua obrigação é de meio e não de resultado e sua responsabilidade é subjetiva.

Para tratar sobre o referido tema, dividimos o trabalho em três capítulos, onde o primeiro aborda o Advogado e a Advocacia, inicialmente percorrendo sobre o histórico da advocacia, conceituando advogado, abordando a ética deste profissional e sua relação com o cliente. E por fim exibindo a legislação aplicável na profissão do advogado. Este capítulo teve como objetivo esclarecer os fundamentos da profissão e uma visão geral de sua evolução.

Posteriormente, no capítulo seguinte, foi abordado o instituto da Responsabilidade Civil, sua evolução histórica, passando pelos vários códigos e formas de reparação de dano utilizadas ao longo do tempo até alcançarmos o patamar atual, seu conceito e pressupostos, bem como os requisitos para que se possa comprovar ou descaracterizar o dano, de modo a apontar os casos em que se faz necessária a reparação, concluindo tal trecho com as espécies de responsabilidade civil que podem ser atribuídas aos advogados.

O trabalho é aprofundando no capítulo seguinte, apresentando considerações sobre o tema da responsabilidade civil do advogado, primeiramente um arcabouço generalizado, permitindo melhor compreensão dos tópicos seguintes, que descrevem o procedimento da responsabilidade civil dos advogados profissionais liberais, empregados e nas sociedades de advogados.

Concluí-se, com o último capítulo, as considerações finais, onde são destacados pontos importantes, ponderados ao longo do trabalho, fomentando à continuidade das pesquisas sobre a Responsabilidade Civil do Advogado, por tratar-se de assunto extenso e complexo.

O presente trabalho foi dirigido pelas seguintes hipóteses:

- a) Os pressupostos da responsabilidade consistem na ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ou violação de direito, bem como ser causa de dano a outrem, ainda que moral, cometendo assim um ato ilícito.
- b) O advogado empregado responde, perante seu cliente, como um advogado profissional liberal, pelo dano causado. O empregador responde perante terceiros, porém pode demandar ação de regresso ao causador do dano.
- c) Quanto à responsabilidade civil da sociedade de advogados, quem responde é a sociedade, seus sócios respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados.
- d) Caso tenha sofrido sanção disciplinar, por descumprimento de obrigação ou desatenção às normas reguladoras da profissão, o advogado poderá figurar como pólo passivo em ação indenizatória, impetrada por cliente prejudicado por sua má atuação.
- e) Tratando-se de sociedade de advogados e de advogado empregado, se este for causador de dano, responderão solidariamente e respectivamente a sociedade e o empregador.

A metodologia usada foi iniciada pelo recolhimento de dados na fase de investigação, organizados sob o método indutivo, seguido da fase de tratamento de dados sob o método cartesiano (evidenciar, dividir, ordenar e avaliar), e a conclusão do trabalho, apresentada nas conclusões finais, foi baseada na lógica indutiva.

2 O ADVOGADO E A ADVOCACIA

2.1 Breve Histórico da Advocacia

Cada sociedade tenta assegurar uma determinada ordem social, implementando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Tais normas traduzem o grau de evolução e complexidade de seu sistema jurídico.

Pode-se dizer que existe certo mistério, até falta de explicação cientificamente correta e respostas conclusivas acerca das origens de grande parte das instituições jurídicas no período pré-histórico. Há um consenso sobre o fato de que os primeiros textos jurídicos estejam associados ao aparecimento da escrita, portanto não podemos considerar a presença de um direito entre os povos que possuíam formas de organização social e política primitivas, mas que não chegaram a dominar a técnica da escrita. Tampouco podemos ignorar a existência de práticas legais com características primitivas e outras que expressam até um certo nível de desenvolvimento em sociedades desconhecedoras da escrita, em que a base geradora do jurídico encontrava-se, primeiramente, nos laços de consangüinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unidos por crenças e tradições.(WOLKMER, 2006).

Dessa forma vemos que o direito antigo nasceu espontânea e inteiramente nos antigos princípios que constituíram a família, derivando das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e as vontades. As práticas primárias de controle eram transmitidas oralmente, marcadas por revelações sagradas e divinas, e tinham os sacerdotes como legisladores, sendo estes os primeiros intérpretes e executores das leis, ligando profundamente as sanções legais às sanções rituais.(WOLKMER, 2006).

Assim o direito primitivo passou por uma longa progressão constituída pela comunhão de grupos, sendo objeto de consenso, manifestando-se não por um conteúdo, mas pelas repetições de fórmulas, através de atos simbólicos, palavras sagradas, gestos solenes e rituais. Então o direito continuou evoluindo conforme os adventos históricos do surgimento das cidades, a invenção e o domínio da escrita, o surgimento do comércio e posteriormente da moeda

metálica, passando de sua forma arcaica para as formas de direito exercidas pelas primeiras civilizações da Antiguidade.

A advocacia, no seu sentido primordial de defesa do interesse das pessoas, seus direitos e bens, nasceu na Suméria, três mil anos antes de Cristo. Este era exercido por sábios em leis que forneciam argumentos e fundamentos a quem precisasse de defesa diante das autoridades nos tribunais. Tradição idêntica era empregada pelos judeus, como visto no Antigo Testamento. (WOLKMER, 2006)

Cerca de 1700 anos de Cristo, devido ao caráter urbano e comercial das sociedades mesopotâmica e egípcia, passaram a possuir um grau de complexidade que exigia a vigência de um código, deixando de basear-se somente no simples costume ou tradição religiosa. Como exemplo enfático dessa necessidade consta o Código de Hammurabi, um conjunto de leis oferecido ao povo da Babilônia pelo Deus Samas, o deus da justiça, por intermédio do rei Hammurabi, um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados, visando estimular o direito no país, arruinar o malfeitor e impedir que o forte maltrate o fraco. Tal código ainda era emanado do poder divino, bem como no Egito o faraó era a encarnação da divindade e dele emanavam todas as normas. (WOLKMER, 2006).

A Grécia antiga, especialmente Atenas, foi considerada como berço da advocacia, devido a generalização e difusão de grandes oradores que atuavam constantemente no interesse das partes, como Demóstenes, Péricles e Isócrates, ainda no que diz respeito à evolução da parte processual e ao material usado na época para reprodução das leis escritas e aos discursos dos oradores, permitindo acesso do povo ao material escrito. O direito grego influenciou não só o direito romano, como deixou o legado de alguns conceitos modernos e práticas jurídicas que utilizamos atualmente. (MATOS, 1999).

O povo romano foi o primeiro a conceber a autonomia da ciência jurídica, tendo nisso treze séculos de experiência que nos legou o que hoje se denomina Direito Romano. Divididos em períodos que definem a historiografia jurídica em etapas cronológicas bem delimitadas. (WOLKMER, 2006).

No primeiro período que corresponde a Realeza surgem algumas instituições político-jurídicas ainda muito vinculadas à existência de um Estado Teocrático. O cargo do rei assume caráter de magistratura vitalícia, sendo ao

mesmo tempo chefe político, jurídico, religioso e militar, ou seja, o rei era o magistrado único, vitalício e irresponsável. O Senado funcionava como uma espécie de Conselho do Rei, com função consultiva e não deliberativa. O direito era essencialmente costumeiro, sendo a jurisprudência monopolizada pelos pontífices.(WOLKMER, 2006).

No período da República, as magistraturas passaram a ganhar mais prestígio, e caracterizavam-se por serem temporárias, colegiadas, gratuitas e irresponsáveis. Nesse período as fontes do direito são o costume, a lei e os editos dos magistrados.No período do Principado surgem os comícios centuriatos, agrupados em cinco classes divididas de acordo com a riqueza imobiliária, de modo que a classe privilegiada terminavam por prevalecer às votações.(WOLKMER, 2006).

Já no Império, o progresso econômico, as dificuldades sociais e as vastas conquistas provocaram uma crise política que desencadeou na centralização de todos os poderes, mantendo-se as instituições da República. Nesse período se destacam alguns dos maiores jurisconsultos e criadores de conceitos tópicos da ciência jurídica romana, Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino. Neste último período ocorre a cristianização do Império, e também a decadência política e cultural, a fonte de criação do direito passa a ser a constituição imperial. (WOLKMER, 2006)

Por tradição cultural, usualmente vinculamos ao mundo do romano traços evolutivos da advocacia, desdobrando-a entre os advogados, como patronos e representantes das partes, e os jurisconsultos. Originalmente, em Roma, a advocacia nos tribunais era exercida somente pelos patrícios, visto que somente eles tinham acesso ao direito, desempenhando o papel de patronos de seus pares e clientes (*patronus*). A incerteza na aplicação do direito, por parte dos magistrados patrícios, levou a plebe a pleitear a elaboração de leis escritas. Por volta de 450 anos antes de Cristo, após a Lei das XII Tábuas, com a vitória política da plebe, o monopólio ao direito cessa, aumentando o número de advogados leigos e plebeus atuando em juízo (*advocatus*). (WOLKMER, 2006).

Do processo de decadência do Império Romano, surge uma nova estrutura econômica, jurídica, política e cultural: o feudalismo, dando espaço para as monarquias absolutistas e posteriormente ao renascimento comercial

européu, criando necessidade de um direito privado moderno a partir de um sistema mais abstrato, formal e adaptado às exigências do direito civil e comercial surgidos, fixando uma comunidade jurídica feudal, instaurada nas universidades medievais eclesiásticas. Nestas universidades havia grande influência do direito romano, já que este foi um dos maiores fenômenos culturais de todos os tempos, e considerando que os juristas romanos eram homens práticos, menos afeitos a questões filosóficas que os gregos. O grau dessa influência variou de país para país, sendo maior na Itália, Península Ibérica e Alemanha, menor na França, pequeno nos países escandinavos e bálticos, e quase nulo na Inglaterra, onde se desenvolveu a *common law*.(WOLKMER, 2006).

Prosseguindo com o processo mercantilista, verificamos a geração de um surto de pluralismo jurídico, representado pela convivência e dualismo concomitante de um direito europeu para os não indígenas, e para os indígenas evoluídos; e outro, do tipo arcaico, para as populações autóctones.

A início da história do direito no Brasil confunde-se com a história do direito português, ou simplesmente, constitui-se parte dela. Temos como primeiro advogado brasileiro Duarte Peres, conhecido como o bacharel da Cananéia, por ter sido degredado deixado em Cananéia em 1501. Os elementos formadores da cultura em geral e do direito especificamente, no Brasil Colonial, tiveram origem em três etnias ou raças distintas. A contribuição lusa dos brancos foi a maior, visto que ocupavam o posto de colonizadores, abusando de todas as possibilidades de conformar o direito às suas concepções e vontades, em relação aos indígenas e negros, que eram postos na condição de objeto, influenciando muito menos que os portugueses. (SODRÉ, 1991).

A partir da Revolução Liberal de 1820, e sobretudo após a separação das duas nações lusíadas, em setembro de 1822, que os diretos português e brasileiros trilham caminhos distintos, nessa época em Portugal as mudanças aconteciam ao sabor dos acontecimentos, e o afastamento do Brasil pelo oceano Atlântico permitiu uma evolução diferente de algumas instituições jurídico-privadas, conservando um sistema jurídico muito mais próximo das tradições portuguesas, e liberto das influências estrangeiras.(WOLKMER, 2006).

Com a consolidação da independência, a advocacia identifica seu início como profissão reconhecida no país, com a criação de dois cursos de ciências jurídicas e sociais, em 11 de agosto de 1827, em São Paulo, no convento de São Francisco e Olinda, no mosteiro de São Bento, respectivamente. Até então a formação em direito era cursada na Universidade Portuguesa de Coimbra, de onde saíram os nossos primeiros grandes juristas, ou qualquer pessoa idônea poderia advogar, fora da corte, tirando Provisão.(WOLKMER, 2006).

A fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 1843, e finalmente, a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, simbolizam etapas evolutivas importantíssimas da advocacia brasileira, agora consagrada com o Estatuto da Advocacia, que pela primeira vez recebe essa nomenclatura, Lei Nº 8.906 de 04 de abril de 1994.(LOBO, 2002).

2.2 Conceito de Advogado e Advocacia

O termo advogado tem origem no latim *advocatus*, particípio passado da palavra *advocare*, que significa chamar à si, apelar para, dar assistência, consulta judiciária, reunião ou assembléia de defensores de um acusado, já que este profissional é chamado para ajudar seu cliente quando necessário. Os diversos sentidos dessa palavra estão ligados à história romana da advocacia.(AGUIAR, 1991).

A origem da advocacia enquanto representação está ligada a necessidades públicas, como às da liberdade, tutela ou qualquer ameaça aos direitos dentro de uma sociedade. A privatização da prática da advocacia tem origem histórica nas práticas políticas e econômicas da Europa e suas colônias. A advocacia não é uma mera atividade profissional, tampouco conceituá-la é uma tarefa simples, devido à variedade de critérios de observação científica que são usados para construção de um conceito abundante, incluindo influências humanísticas e políticas.(AGUIAR, 1991).

Reunindo os diferentes critérios, pode-se conceituar advocacia como a atividade jurídica exercida pelos guardiões das liberdades humanitárias, políticas e filosóficas, propiciando a defesa de tais interesses como também de pessoas envolvidas em conflitos sociais, principalmente perante o Poder Judiciário, seguindo normas pré-estabelecidas pela linha de poder dominante

em determinada sociedade contida num certo espaço temporal. Lembrando ainda que para termos uma conceituação completa, é importante fixar que esta é uma das funções essenciais à justiça.

O papel fundamental do advogado é garantir que a advocacia seja exercida plenamente, pois esta é atividade privativa do bacharel de direito, legalmente habilitado, que cumpre sua função social, na medida que não é simples defensor judicial de seu cliente, mas assegura a este a provocação da jurisdição em seu favor, mediação de conflitos, consultoria e assessoria em matéria jurídica, a fiscalização da regularidade de contratos e, ainda projeta seu ministério em dimensões comunitárias, tendo sempre presente que o interesse individual que o patrocine seja pautado no interesse comunitário. (LOBO, 2002).

Por ser uma profissão vicária e monopolista, o advogado exerce obrigatoriamente poder por delegação de outrem e é indispensável para a concretização de um conjunto de atos jurídicos.

Portanto, o advogado é parte condicionante necessária ao exercício da advocacia, porém é insuficiente para promoção da igualdade entre os cidadãos, já que pleiteia o direito de terceiros judicialmente, e visto que é uma prática dependente, pois seus resultados contenciosos são dados pelo judiciário, no âmbito do contraditório, tendo seu trabalho concretizado por terceiros.

Pode-se concluir que o advogado no exercício de suas atividades, atua na administração pública da justiça, mesmo sem ser agente estatal, cumprindo sua função social, quando não atua somente como defensor de seu cliente, concretizando a aplicação do direito, e não apenas da lei, e participando ainda da construção da justiça social.

2.3 A Ética do Advogado

A etimologia latina da palavra advogado já traz em seu significado a defesa e chamada à razão, conduzindo o outro à verdade e à sabedoria. Como guardiões da justiça, os advogados significam em si mesmos a afirmação da dignificação de valores essenciais, que precisam ser respeitados e defendidos, esclarecendo e contribuindo para um discernimento verdadeiro e justo. O

advogado é o sujeito do discernimento, isto supõe a apuração da verdade dos fatos, tendo a honestidade por princípio e baseando seus atos em valores éticos, implicando em atitudes e comportamentos que transcendem o simples respeito a valores fundamentais e regras de moral social aplicadas ao plano laboral, mas também à sua vida pessoal.

A ética é um dos atributos fundamentais ao exercício da advocacia, porque da sua observância ou inobservância resultará uma imagem positiva ou negativa sobre toda a classe, como ocorre com qualquer profissão, e também pelas conseqüências que sua falta acarretar à própria construção da sociedade, em razão da importância que o advogado tem nesse processo.(FARAH, 1996).

A ética e o direito andam juntos, ambos visando a conduta humana. A vida ética pressupõe um esforço ininterrupto direcionado à obtenção da perfeição e da justiça, e mesmo com as delimitações atuais por parte da religião, moral e direito, não se admite que o Direito possa ser imoral, antiético.

Importante tocar que em todos os universos profissionais, em seus diversos gêneros, nos depararemos com profissionais dignos de devido respeito, por agirem com a devida índole e dignidade, bem como com aqueles que percorrem o caminho da desonra. Por conta deste tipo de profissional é que cada instituição viu-se obrigada a criar um código de Ética para respectiva profissão. Cada código deve ser seguido a risca por sua classe, sob pena de sanções.

Dessa forma, o perfil de advogado desejado pela OAB e necessitado pela sociedade brasileira é obrigatoriamente formado por alguns valores pessoais e profissionais somados ao cumprimento de determinadas regras éticas e deontológicas. Com este intuito surgiu o Código de Ética e Disciplina da OAB, onde suas regras deontológicas estão dispostas em 48 artigos, alcançando o advogado no foro, na rua, em seu escritório, ou qualquer local público onde seu comportamento possa repercutir no prestígio ou desprestígio da advocacia. (PASOLD, 2001).

O Estatuto da OAB, em seu artigo 33, estabelece:

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.
Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do

advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusado patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares. (BRASIL, 1994, [n. p.]).

Ainda no Código de Ética e Disciplina da OAB observa-se que não há recomendações de bom comportamento, mas normas jurídicas que devem ser executadas com rigor, caso contrário o advogado cometerá infração disciplinar, punível com sanção de censura (artigo 36 do Estatuto da OAB), isto se não houver pena mais grave aplicável.

Vale ressaltar que além do comportamento ético, é importante que o advogado mantenha-se atualizado e qualificado, afim de cumprir seu compromisso social, visto que a inaptidão pode causar muito mais prejuízos sociais e individuais que a própria desonestidade, muitos deles irreversíveis. Portanto ser um bom profissional, sempre ético e preeminente, é primordial visto que sua força está na palavra e na autoridade moral ostentada.

2.4 Relação entre Cliente e Advogado

A relação entre cliente e advogado baseia-se primordialmente na confiança e na fé depositada no profissional escolhido, já que aquele entrega a este seus bens, sua liberdade ou sua honra. Uma pessoa que tem um problema a ser resolvido jamais o entregará a outra em quem não acredita e não confia. É uma relação de confiança entregue a uma consciência, confiança que o cliente deposita no advogado, sem a qual este não poderá agir livremente, e consciência do advogado pautada nas normas éticas a que está sujeito. (VIEIRA JUNIOR, 2003)

Tal confiança é adquirida conforme a força da integridade do advogado, dando à profissão o alto moral de que está revestida, e selando o patrocínio através dos princípios de confiança e consciência.

Para o cliente o advogado pode ser a última esperança para não perder um bem, ou até não ser preso, restando confiar ao máximo neste afim de obter êxito em seu intento. Para o advogado, o cliente é sua base econômica, apesar disso muitos esquecem que são empregados nessa relação e acabam perdendo o respeito pela pessoa que procurou seus serviços. Aqui, mais uma

vez, entra em questão a ética profissional que os advogados devem ter, adquirindo antes de mais nada a confiança de seus clientes, para que possam melhor representá-los, visto que necessitam ter acesso a diversas informações confidenciais no decorrer do pleito.(SODRÉ, 1991).

Um dos mais notáveis problemas enfrentados pelos advogados é a desconfiança dos clientes em relação à sua capacidade, pois sempre imaginam que estes não estão fazendo o suficiente para o êxito da demanda. Por isso, além de demonstrar notada integridade e honestidade, o advogado deve preocupar-se em saber expressar bem, tanto em sua escrita quanto oralmente, para que não reste dúvidas sobre sua capacidade.(VIEIRA JUNIOR, 2003).

No que diz respeito ao empenho, o advogado deve, por obrigação, esforçar-se ao máximo, estudando a causa com toda sua sabedoria e cuidado, de forma que nada escape de sua observação, na medida do possível.

Observa-se que o advogado é o depositário de confiança de seus clientes, sem essa não poderá exercer com eficácia a defesa dos interesses a ele entregues, portanto é fundamental informar ao cliente, de forma clara e objetiva, a existência de riscos contidos em sua pretensão, coma também das conseqüências que poderão suceder durante a demanda.

Conforme especifica o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 8º:“Art. 8º O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüênciasque poderão advir da demanda.”

Outro preponderante princípio a ser seguido é o da independência, que é o pilar da profissão, visto que, fundamentalmente, o advogado deve ser independente em relação ao seu cliente. O profissional deve ser severo consigo mesmo, não cedendo a injunções, não pactuando nem se curvando a solicitações, donde quer que partam, mantendo sempre a liberdade de ação, de expressão e de julgamento como requisitos básicos ao seu trabalho. Segundo ordenamento expresso no Código de Ética, é o advogado quem conduz a causa e assim zelará pela competência exclusiva na condução da demanda. (SODRÉ, 1991)

É imprescindível que o relacionamento cliente-advogado, seja ele temporário ou permanente, esteja sempre assentado em contrato escrito, explícito, abrangente e cauteloso, em que estejam preservadas a dignidade

profissional, e definidos sem dubiedade ou condições elásticas, o direito aos honorários e a garantia de seu recebimento.

Concluí-se então que ao advogado que agir com consciência da sua importância na vida das pessoas, pautando sempre suas atividades na ética e na justiça, mantendo ainda a proficiência e lealdade como virtudes essenciais na escolha adequada de relacionamento com o cliente, poderá iniciar um vínculo profissional profícuo e duradouro, talvez até conquistar o cliente para toda vida.

2.5 Legislação Aplicável

As regras que disciplinam a vida profissional do Advogado encontram-se fundamentalmente no Estatuto da Advocacia e da OAB estabelecidos pela Lei N° 8.906/94, no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, baixado através de Resolução do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no Código de Ética e Disciplina da OAB, além das disposições relacionadas à Advocacia encontradas na Constituição da República Federativa do Brasil, no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Salienta-se que o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB não será objeto de estudo, por tratar-se de documento meramente normativo, que compõe as regras que regulam as normas legais, constantes no Estatuto da Advocacia e da OAB, de forma que não há nenhum elemento importante para o tema ora estudado. O estudo será aprofundado sobre o restante da legislação vigente, afim de ampliar o conhecimento acerca da profissão.

2.5.1 Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei N° 8.906/94

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, lei n° 8.906, de 4 de julho de 1994, regulamenta as atividades profissionais dos advogados, substituindo a lei 4.215, de 27 de abril de 1963.

Neste Estatuto encontram-se disposições aos deveres e direitos dos advogados, da obrigatoriedade da inscrição na OAB, dos honorários cobrados pelos serviços prestados, da ética no exercício da profissão, das infrações e sanções disciplinares a que os advogados estão sujeitos, bem como sobre os fins e a organização da Ordem dos Advogados do Brasil, entre outras normas ligadas ao seu funcionamento e à atividade da advocacia.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, estabelece que o acesso à justiça e o direito à petição são fundamentais, ou seja, é vedado o direito de ação sem a presença de um advogado, visto que este é considerado indispensável à administração da justiça, com as ressalvas legais, enfatizando os artigos 1º e 2º do Estatuto, que falam sobre as atividades privativas do advogado e sua indispensabilidade à administração da justiça, respectivamente. Referindo-se especificamente à Responsabilidade Civil, temos o artigo 32, que diz:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.
Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado e ação própria. (BRASIL, 1994, [n. p.]).

A atuação do advogado deve ser norteadada no sentido de aplicar os maiores esforços possíveis, sempre seguindo padrões éticos, afim de defender os direitos que lhe foram confiados por seus clientes, contudo, sem obrigar-se quanto a obtenção dos resultados pretendidos, lembrando que a natureza de suas funções está sujeita à uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados.

O estatuto encerra uma responsabilidade subjetiva e de origem contratual. Subjetiva pois exige configuração do dolo ou da culpa, para que se caracterize a responsabilidade do advogado; e de origem contratual, já que é contrato de prestação de serviços instrumentalizada pelo mandato outorgado pelo cliente, a partir do qual fica obrigado a oferecer conselhos profissionais e a defender seus direitos. Nas palavras de Lôbo (2002, p. 39):

É comum que o contrato de mandato esteja subjacente ao contrato de prestação de serviços profissionais, onde se regula a forma de remuneração do advogado. Em verdade, a um só tempo, o contrato

que se ajusta com o advogado é sempre misto típico fusionado, fundindo-se com elementos de três outros: prestação de serviços profissionais, mandato e honorários.

Faz-se necessário destacar a situação da sociedade de advogados, pois neste caso, conforme preceitua o artigo 15, § 3º do Estatuto da OAB, o mandato deve ser outorgado de forma individual, ou seja, não pode ser outorgado à sociedade em sua totalidade, mas a cada advogado individualmente.

Já que o advogado é o 1º juiz da causa, é esperado que este faça um estudo prévio das possibilidades de êxito, além da eleição de via adequada de ação. Infelizmente, atualmente é comum vermos, por inexperiência, afoiteza ou despreparo de alguns advogados, o ajuizamento de ações improváveis e impróprias, defeitos que são detectáveis rapidamente, não ultrapassando o despacho saneador, quando são trancadas então. A pretensão deduzida até seria atendível, porém com a má escolha da ação, o autor, mesmo com o melhor direito, torna-se sucumbente. Certamente o profissional incompetente ou despreparado deve ser responsabilizado, em caso de danos causados aos clientes.(GONÇALVES, 1995).

O advogado não poderá ser responsabilizado se os meios utilizados forem jurídica e honestamente sustentados, independente de ter obtido êxito ou não na causa. Nestes casos deverá ficar caracterizado o despreparo técnico, cultural e a inabilidade de condução do interesse que lhe foi confiado ao patrocínio.

Ainda há várias causas em que o advogado deve submeter-se ao ressarcimento aos seus clientes, podemos citar com exemplo a perda de prazo como situação praticamente inescusável.

2.5.2 Código de Ética e Disciplina da OAB

O Conselho Federal da OAB, com base nas atribuições que conferem os artigos 33 e 54, inciso V do Estatuto vigente, aprovou e editou o Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado em primeiro de março de mil novecentos e

noventa e cinco.

De acordo com as considerações introdutórias ao Código, este é norteado por princípios que ensejam formar a consciência profissional do advogado e representar imperativamente a sua conduta, tais como: lutar sem receio pelo primado da Justiça; defender o cumprimento da Constituição e respeito à Lei, para que esta seja interpretada com retidão, em sintonia com os fins sociais a que se reportam e às exigências do bem comum; agir com lealdade e boa-fé nas relações profissionais e em todos os atos de seu ofício; empenhar-se com afincamento na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio; comportar-se com independência e altivez, defendendo com a mesma importância humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável profissionalismo, porém com desprendimento, não permitindo jamais que o anseio por ganhos materiais se sobressaia à finalidade social de seu ofício; buscar aprimoramento cultural, não só juridicamente mas também dos princípios éticos, afim de conquistar a confiança dos clientes e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, enfim, com a dignidade de pessoas de bem e correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe. (OAB, 1995, [n. p.])

Vale ressaltar que o Código de Ética não é constituído de meras recomendações, sem força obrigatória, mas de normas jurídicas, de caráter coercitivas, dotadas de sanção específica. Deste modo o Código não é apenas um catálogo de deveres e interdições, não se limita apenas a dizer o que o advogado pode ou não fazer, pois é muito mais amplo seu conteúdo, abrangendo a moral profissional e apoiando os princípios dos problemas de consciência moral de cada profissional. (CORTEZ, 2000)

Ele está dividido em XII seções contendo os seguintes temas: deveres fundamentais; primeiras relações com o cliente; exercício da advocacia; relações pessoais com o cliente; relações em juízo, relações com a administração; desistência do mandato; honorários; observância do Código; extensão do Código; modificação e eficiência do Código.

As normas contidas no Código amparam e asseguram a independência do advogado, sem esgotar todo campo moral profissional, como demonstra precisamente o seu preâmbulo: “Este Código acrescenta às normas gerais da Ética as que o advogado deve especialmente observar, o nosso código de ética

foi uma emanção da própria consciência da classe.”(OAB, 1995, [n. p.]).

É importante salientar que a violação a qualquer preceito do Código de Ética e Disciplina constitui infração disciplinar, punida com a censura, conforme disposição do artigo 36, inciso II do Estatuto da Advocacia e da OAB: “Art. 36 A censura é aplicável nos casos de:[...] II – violação a preceito do Código de Ética e Disciplina.”(BRASIL, 1994, [n. p.]).

Um Código de Ética Profissional só tem eficácia quando o cumprimento de suas normas esteja assegurado em lei, possibilitando a punição do infrator. Caso contrário não passam de preceitos morais que estariam subordinados os advogados, mas sem nenhuma sanção cabível à sua inobservância. Ou seja, a associação de classe delegada para isso, pelo poder público, deve zelar pela sua fiel aplicação, bem como possuir a faculdade coercitiva de punir o advogado faltoso. Na falta da existência desse poder de punir, as normas éticas tornam-se platônicas, letra morta, caindo o nível moral da profissão. (SODRÉ, 1991).

Referente a natureza jurídica da OAB, que a princípio nos aparece como um Conselho de Classe, que tem por objeto regular e fiscalizar atividades advocatícias. Ocorre que já foi ponto controvertido a sua natureza jurídica a ponto do STF – Supremo Tribunal Federal -, na ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade - nº 3.026/DF, decidir que a OAB é uma exceção, com feições de entidade “ímpar”, “suígeneris”, sendo um serviço público independente, sem classificar nas classes já existentes em nosso ordenamento vigente, muito menos constituinte da Administração Indireta ou Descentralizada. Impreterível é a transcrição de parte da ementa da citada ADIN, cuja relatoria foi do Ministro Eros Grau:

Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. (BRASIL, 2006, [n.p.]).

Percebe-se, então, que a OAB, sob a ótica do STF é, além de uma

entidade independente, uma entidade cuja missão é institucional de natureza constitucional. Diante de tal categorização, a OAB não tem paralelo em face às demais autarquias profissionais, tendo regras próprias, quais sejam, não se sujeitar ao mandamento de realização de concurso público, sendo que seu corpo de funcionários está regido pela CLT, as contribuições pagas pelos inscritos não possuem natureza tributária, se sujeitando ao processo de execução comum – não mais fiscal – e não se submete a fiscalização seja de natureza contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial exercido pelo Tribunal de Contas.

Paulo Luiz Netto Lobo (2002) corroborando com tudo que foi dito aponta brilhantemente que “ se a OAB apenas exercesse serviço público estatal típico, poder-se-ia cogitar de *jus singulare*, porque seria tutelada por norma posta contra *tenorem rationis*, na peculiar formulação do *Digesto*. Ou seja, se tivesse natureza ampla de autarquia, seria *sui generis* ou independente, estando desligada ou desvinculada da Administração Pública. Mas não é o caso, porque as finalidades da OAB são muito mais amplas e extra-estatais.”

2.5.3 Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 133, dá à Advocacia o caráter de indispensabilidade e de inviolabilidade: “Art.133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”(BRASIL, 1988, [n. p.]).

O mencionado artigo 133 deixa claro que o advogado é parte integrante e componente indispensável do sistema de prestação jurisdicional por ela instituído, não apenas colaborador do sistema ou simples profissional de queixas, ao qual a lei facultou a mediação entre o jurisdicionado e o Poder incumbido de dizer o direito. Sendo assim, com a promulgação da Constituição Federal, o advogado passou a elemento insubstituível e indeclinável em todas projeções do termo justiça no sentido de “direito”, tornando indispensável a presença do advogado, para que este administre o interesse de quem o postula, respeitando os limites e o cumprimento da legislação pertinente,

inclusive dos estatutos da classe.

De certo que a advocacia não é uma profissão superior ou mais nobre que as outras, visto que todas as profissões e atividades laborativas humanas são importantes na medida que colaboram para o progresso social, porém o advogado, servidor ou auxiliar da justiça, é um dos elementos da administração democrática da justiça, situando-se sempre do lado contrario do autoritarismo. Além disso a advocacia é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos poderes do Estado: o Poder Judiciário. Tais fatos provavelmente conduziram o constituinte à elaboração da regra do artigo 133.

Considerando a inviolabilidade mencionada no artigo 133, esta não é total. Muito pelo contrario, o advogado só é amparado em relação aos seus atos e manifestações no exercício da profissão, visto que essa inviolabilidade não é um privilégio profissional. Na realidade, essa questão da inviolabilidade serve para proteger os clientes, visto que este confia ao advogado documentos e confissões da esfera íntima, de natureza conflitiva, normalmente objeto de reivindicação alheia, que necessitam ser resguardados e protegidos de maneira qualificada.

A Constituição da República Federativa do Brasil ainda garante o direito à indenização por dano moral e material, conforme disposição do artigo 5º, incisos V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, à vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988, [n. p.]).

Esses dispositivos também asseguram aos clientes o direito à indenização caso sofram danos morais ou materiais, decorrentes da má atuação de seus procuradores.

2.5.4 Código de Processo Civil

Em se tratando do Código de Processo Civil, encontramos algumas normas elencadas no Título II, Capítulo III, compreendidas nos artigos 36 a 40 que valem ser ressaltadas.

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.(BRASIL,1973, [n.p.]).

Neste artigo temos a solução para casos ocorridos em comarcas quase despovoadas, onde muitas vezes o único habilitado foi escolhido para juiz, visto que o Brasil é uma pais de território muito extenso. Mas tal regra só se refere ao local, no caso de ser julgado algum recurso há de se constituir advogado para sustentação em instancia superior. Ainda assim não é permitido que no tribunal deixe de ter advogado. E com as facilidades atuais, estes casos tendem a ser cada vez mais raros.

Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze) dias, por despacho do juiz.
Parágrafo Único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.(BRASIL, 1973, [n. p.]).

Neste artigo vê-se que o advogado é constituído para representar os interesses de seus clientes através de procuração por estes outorgadas. Porém, em caráter excepcional, como meio de urgência, o Advogado poder intentar ação sem o referido instrumento, se obrigando a cumprir os prazos estabelecidos. Em seu Parágrafo único ainda vemos que em caso de descumprimento dos prazos, os advogados serão responsabilizados, e responderão pelas despesas, perdas e danos causados ao clientes.

No artigo 38, nota-se a importância da procuração, sendo esta de instrumento público ou particular, habilitando o advogado a agir em interesse de seu cliente, exceto para receber a citação inicial, a partir desta o advogado

pode representá-lo formalmente em outros atos.

O artigo 39 discorre sobre as obrigações do advogado, ou da parte, quando advogar em causa própria, sobre a declaração correta de endereço ou mudança deste, sob a pena de ter sua petição indeferida, ou no caso da desatualização de endereço, a perda das intimações, visto que estas serão enviadas para o endereço desatualizado.

Visando facilitar o trabalho do advogado, o artigo 40 prevê os direitos que o advogado tem durante o processo, sendo estes de examinar os autos; requerer vista dos autos; retirar os autos por determinação judicial. Ainda prevendo em seus parágrafos as normas para retiradas dos autos.

Em relação aos deveres das partes e dos seus procurados, temos ainda o disposto no artigo 14 do Código de Processo Civil:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo Único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (BRASIL, 1973, [n. p.]).

Ainda neste artigo é prevista a responsabilidade das partes, incluindo a do advogado, inclusive no que diz respeito ao bom andamento do processo, fazendo com que a agilidade judicial não acarrete danos ao cliente.

2.5.5 Código de Defesa do Consumidor – Lei N° 8.078/90

Neste Código há várias providências com tendências a proteger o consumidor contra abusos de responsabilidade dos fornecedores, salientando

que o Advogado é equiparado ao conceito de fornecedor, visto que este presta serviços aos seus clientes:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e secundária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990, [n. p.]).

Como consumidor consideramos, conforme o Código, pessoa física ou jurídica. O consumidor pessoa física não precisa ser maior ou menor de idade, independe do sexo, bastando ser participante na relação de consumo com o papel de comprador de um produto ou usuário de um serviço, na qualidade de destinatário final. Obviamente, em certas operações, por sua natureza ou vulto, é exigido que o consumidor seja maior de idade e capaz de assumir direitos e obrigações, porém em sua grande parte o consumidor pode ser um menor de idade.

O profissional liberal é aquele que, mediante remuneração, realiza trabalho de caráter principalmente intelectual, com independência, sem continuidade e sem vínculo empregatício. Porém este não é impedido de contrair a condição de empregado de concluir contrato regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas. É desnecessário ressaltar que o profissional liberal, bem como ocorre com os demais autônomos, é um fornecedor de serviços e estão sujeitos a disposição deste código. Ainda temos como fornecedor de serviços a sociedade constituída de profissionais liberais. (SAAD, 1999)

É necessário, no entanto, destacar que caso não haja remuneração não haverá incidência do CDC, pois é condição essencial para configuração desse serviço. Esse também é o entendimento do STJ com relação ao advogado de sindicato e sindicalizado, decidiu por maioria a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento realizado no último dia 6 de dezembro de 2011. Nessa decisão o STJ proferiu que a relação não pode ser

vista como de consumerista, porque "partidos políticos, os sindicatos e as associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil". (CFJ, 2005, p. 56)

Convém advertir que diferente da sentença, os ministros do STJ concluíram que o caso em tela não tem previsão legal, o que faz recair o prazo prescricional de dez anos, de acordo com o artigo 205 do Código Civil de 2002: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor." (BRASIL, 2002, [n. p.]).

O ministros Marco Buzzi, bem como a ministra Isabel Gallotti, divergiram da maioria por entender que a relação entre cliente e profissional liberal é de consumo: "A relação entre advogado (não empregado) e cliente/filiado ao sindicato tendo por objeto a prestação de serviços jurídicos encontra-se regida pelo CDC." (SOBRENOME, ano, p.).O que é confirmado pelo Recurso Especial Nº 1.150.711 – MG (2009/0143715-5):

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ADVOGADO - PROFISSIONAL LIBERAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - SINDICATO - PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - EQUIPARAÇÃO - PRETENSÃO REPARATÓRIA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - SENTENÇA CASSADA. A relação do profissional liberal com o seu cliente se exerce dentro do contexto do Código de Defesa do Consumidor. O sindicato, que oferece serviço de assistência jurídica aos seus sindicalizados, deve responder nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Nas ações de indenização decorrentes de relação de consumo, deve incidir a prescrição quinquenal prevista na legislação consumerista. Recurso provido e sentença cassada. (fl. 230) (BRASIL, 2009, [n.p.]).

Percebe-se que em sua argumentação, o ilustre ministro afirma que o fornecimento de serviços "abrange qualquer atividade desenvolvida no mercado de consumo mediante remuneração (direta ou indireta), inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ressalvadas as atividades decorrentes de relações de caráter trabalhista".

Esse ponto como se pode observar, não é pacífico e a linha é bastante tênue para aferir num dado caso concreto, se um dado serviço aparentemente gratuito não tem um caráter oneroso implícito ou se tendo, como no caso ora citado, por não possuir finalidade lucrativa, ficaria se afastaria da incidência do Código de Defesa do Consumidor.

O Código determina que a responsabilidade pessoal do profissional

liberal será apurada mediante a constatação da culpa, como vemos em seu artigo 14, § 4º:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa(SOBRENOME, ano, p.).

Ainda, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, se tratarmos a atuação de cada profissional como um fornecimento de serviço, verificamos que a Lei de Consumo está lotada de disposições que enquadram devidamente os atos ou omissões do profissional em condições que possam ensejar responsabilidade e conseqüentemente, reparação dos danos.

De acordo com o artigo 6º:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;(BRASIL, 1990, [n. p.]).

Compreende-se, portanto, que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicadas à atividade da Advocacia, exceto as sanções administrativas, elencadas nos artigos 56 a 60, visto que a competência para imposição de sanções aos Advogados cabe exclusivamente à OAB, conforme determinado pelo artigo 44, inciso II, do Estatuto da Advocacia:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

[...]

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1994,[n. p.]).

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

A vida moderna propõe um complexo de relações que tornam viáveis interesses de toda ordem, porém há vezes em que alguns interesses protegidos pelo direito são lesados, fazendo-se necessário o ressarcimento por quem o feriu. Quando a natureza de tal ressarcimento é patrimonial, temos configurada a responsabilidade civil, tornando-a diferenciada da responsabilidade penal. Na área cível determina a obrigação de reparar ou ressarcir um dano, quando este é injustamente causado a outrem. Vamos analisar sua evolução histórica, para esclarecer como chegamos às reparações de danos morais ou materiais causados a terceiros, praticadas hodiernamente.

3.1.1 Da Vingança Coletiva e Individual

Em tempos remotos, quando os homens ainda viviam em pequenos grupos, a lei que imperava era da vingança coletiva, de modo que se alguém causasse dano a outro, era penalizado por todos os membros desse grupo rudimentar, onde normalmente a sanção se dava com sua exclusão ou até mesmo com sua morte. Sem regras nem limites o resultado normalmente, era a morte do indivíduo da maneira mais atroz possível.

A sociedade aos poucos foi evoluindo e com isso também a vingança que antes era coletiva passou para a fase da esfera privada, Assim o indivíduo lesado tinha o direito de reprimir dada agressão com outra agressão, de modo que causasse igual dano como uma forma de igualar a relação e punir aquele que o lesara. Imperava, nessa época, a famosa Lei de Talião, na qual determinava que cada homem tinha direito a reação proporcional ao dano que lhe fora causado, com suas próprias mãos, seguindo a fórmula do "olho por olho, dente por dente", ou seja, a autotutela. (GONÇALVES, 2007)

3.1.2 Da Composição Voluntária

Fazendo uma análise crítica o que ocorria, na verdade, era a produção de dois danos e isso não trazia nenhum tipo de reparação, pelo contrário, implicando em prejuízo para ambos, o que era ruim para a vítima que não teria o prejuízo mitigado e para a própria sociedade que agora teria dois bens jurídicos lesados e que poderiam afetar inclusive suas próprias famílias, que ficavam sem os proventos no caso de o chefe provedor ser o lesante já que nessa época o castigo corpóreo era a forma de punição mais eficaz e como bem diz a ilustre autora Maria Helena Diniz (2006, p. 10), a qual faz referência ao tema apontado que "para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou".

Faz-se necessário destacar que em tal contexto histórico a responsabilidade era observada apenas no plano objetiva, ou seja, baseada unicamente na aparência de nexo de causal verificado entre a ação e o dano, não vislumbrando, assim, a necessidade de comprovação da culpa do agente.

3.1.3 Da *Poena*

Com o passar do tempo o homem vem a perceber que não tem vantagem alguma na retaliação, já que a mesma não lhe permite compensar pelo dano causado, dando o direito apenas de criar um novo dano como forma de castigo. Assim, a vítima começa a valorar ainda mais os bens materiais, ocorrendo assim a mitigação de seu instinto animal de vingança, que vigorara na era primitiva, dando lugar à recuperação do prejuízo por meio de bens materiais. Conforme leciona José de Aguiar Dias, afirmando que "o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação, seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *Poena*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido". A *poena* poderia ser paga tanto em dinheiro como em objetos, fixada pela vítima. É a chamada composição voluntária.

3.1.4 Da Composição Obrigatória

A sociedade é dinâmica e continua avançando ainda mais, de modo que a composição voluntária vai se mostrar, aos poucos, vulgarizada. Então ocorre o que até então não era observado, que é a intervenção da autoridade pública com providências tomadas pelo legislador, originando assim a composição obrigatória, vedando à vítima, daí em diante, fazer justiça pelas próprias mãos, compelindo-a a aceitar a composição fixada pela autoridade, ou seja, a autoridade pública retira o direito de agir com a própria força para fazer valer o direito de modo a transferir a tutela dos bens jurídicos relevantes para a alçada do Estado, vedando a autotutela, ressaltando os casos que vigoram até hoje como a legítima defesa. (DIAS, 1979)

Ocorre aí um grande avanço com o advento da Lei das XII Tábuas, cuja ideia era uniformizar cada delito em um rol taxativo prevendo a cada um sua respectiva reparação. É o chamado sistema tarifado, que no início se mostrou bastante eficiente, entretanto não havia tarifação para uma série de composições como as ofensas à honra, por exemplo. Assim, o causador do dano, deveria pagar certo valor, seja por meio de dinheiro, bens ou até mesmo com a prestação de serviços, pela morte ou transtornos de um membro de um homem, seja ele livre ou escravo. (GONÇALVES, 2007).

Contudo a autoridade pública começou a perceber que também era lesada por alguns danos causados particulares, pois em determinadas situações eram causados danos que passavam da pessoa do ofendido, e com isso perturbavam a ordem pública.

Assim, decidiu-se dividir os delitos em duas categorias sendo a primeira dos delitos públicos, elencando as ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, e a segunda dos delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, sendo que nos delitos privados a pena em dinheiro caberia ao lesado.

3.1.5 Da *Lex Aquilia de Damno*

O advento da Lei Aquilia foi base para o crescimento da atual responsabilidade civil fundamentada na culpa. Por meio desse documento legal

passa a vigorar um princípio comum que regula a reparação do dano, mas chama-nos atenção o ilustre José de Aguiar Dias apontado que, "embora se reconheça que não contivesse ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria".

A Lei Aquilia se desfragmenta em três capítulos, sendo que no primeiro havia a regulamentação dos casos de morte de escravos e de quadrúpedes que pastam em rebanho; no segundo, o dano causado por um credor menor ao credor principal, que conseguia a quitação de sua dívida em prejuízo do credor principal; e no terceiro, que é o que nos interessa, tratava do *damnum injuria datum*, que compreende o dano por ferimento causado aos escravos e animais do primeiro capítulo e a destruição ou deterioração de coisas corpóreas. Este terceiro capítulo é a parte mais importante da lei, pois foi por meio dela que os jurisconsultos e pretores fundamentaram a verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual. (DINIZ, 1998).

Foi tal instrumento legal que veio a introduzir o elemento subjetivo da culpa, um grande avanço para época, de modo que a partir de então passou a ser necessária a presença desse requisito para configurar a intenção da pessoa querer causar lesão à outra, excluindo-se o objetivismo arcaico do direito primitivo.

3.1.6 Do Direito Francês

Aperfeiçoando as ideias romanas, vem o direito francês como pressuposto para a reparação do dano à prática de um ato ilícito, e tornou comum o princípio aquiliano *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, que descreve que haverá a obrigação de indenizar mesmo que a culpa seja levíssima. Assim, torna-se pressuposto necessário apenas que a culpa seja caracterizada, independentemente da sua gravidade. (GONÇALVES, 2007).

Jean Domat, jurisconsulto francês, criou algumas diferenças, como a existente entre a responsabilidade civil, caracterizada pelas ofensas mais leves, ocorrendo à reparação perante a vítima, e a responsabilidade penal, que abrangiam as ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, ocorrendo à reparação perante o Estado e, ainda, entre a culpa contratual,

oriunda das pessoas que descumprem as obrigações, e a culpa extracontratual, originada da negligência ou imprudência fora das relações obrigacionais. (GONÇALVES, 2007).

3.1.7 Código Napoleônico

Tal instrumento normativo editado em 1804 foi a fonte que influenciou fortemente a legislação moderna, sendo seus artigos 1.382 e 1.383 fundados nos ensinamentos de Domat e Pothier. O artigo 1.382 traz o preceito básico da responsabilidade civil extracontratual, tendo como base a culpa efetiva e provada. Nesse mesmo diploma jurídico ocorre ainda a sistematização da teoria da culpa e vem a diferenciar a culpa contratual e extracontratual. (DIAS, 1979).

3.1.8 Direito Pátrio

No Brasil colonial, vigorava as Ordenações do Reino, sendo que a reparação, pena e multa eram tratadas de modos distintos, facilitando sua diferenciação. Já em 1830, entra em vigor o Código Criminal do Império do Brasil, Lei N° 30 de 16 de dezembro de 1830. Nesse *codex* era possível perceber bases legais que antecipavam à época o que é utilizado até hoje nas decisões contemporâneas, como se pode vislumbrar em seu Título I, Capítulo IV, com o título *Da Satisfação*, como aponta o ilustre José de Aguiar Dias destacando as regras a que nossos tribunais brasileiros, mesmo com o passar do tempo, poderiam recorrer, como orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil. (DIAS, 1979).

Faziam parte deste título a necessidade de satisfação em sua forma mais completa possível, sendo o dano avaliado em todas as dimensões e consequências e, no caso de ensejar dúvida, a mesma era norteadas a propiciar o ofendido. Conforme o artigo 22:

Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido.
Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequencias. (IMPERIO DO BRAZIL, 1830, [n. p.]).

Em casos de restituição, esta se dará pela própria coisa ou pelo seu equivalente, conforme disposto no artigo 23: “Art. 23. No caso de restituição, far-se-ha esta da propria cousa, com indemnização dos deterioramentos, e da falta della, do seu equivalente”.(IMPERIO DO BRAZIL, 1830, [n. p.]).

No artigo 24, fica instituída a apreensão da coisa em poder de terceiro: “Art. 24. Se a propria cousa estiver em poder de terceiro, será este obrigado a entregal-a, havendo a indemnização pelos bens do delinquente”.(IMPERIO DO BRAZIL, 1830, [n. p.]). Verifica-se o uso da contagem de juros no artigo 26: “Art. 26. Na satisfação se comprehenderão não só os juros ordinarios, os quaes se contarão na proporção do damno causado, e desde o momento do crime, mas tambem os juros compostos”. (IMPERIO DO BRAZIL, 1830, [n. p.]).

Temos a idéia de solidariedade dos delinquentes e a hipoteca de seus bens desde o momento do crime no artigo 27:

Art. 27. Quando o crime fôrcommettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos, freando porém cada um delles solidariamente obrigado, e para esse fim se haverão por especialmente hypothecados os bens dos delinquentes desde o momento do crime.(IMPERIO DO BRAZIL, 1830, [n. p.]).

A transmissibilidade do dever de reparar o dano até o valor dos bens herdados dos sucessores do delinquente e do direito de receber a reparação aos herdeiros do ofendido consta no artigo 29:

Art. 29. A obrigação de satisfazer o damno na fórmula dos artigos antecedentes, passa aos herdeiros dos delinquentes até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros dos offendidos. (IMPERIO DO BRAZIL, 1830, [n. p.]).

Esses são alguns dos muitos avanços contemplados nesse inovador diploma legal, em que apreciamos ampla influência até atualidade.

Ainda sobrevieram a Consolidação de Teixeira de Freitas, que sob o título *Do Dano Esbulho*, voltava a usar basicamente o Código Criminal de 1830 em sua parte de reparação, porém acrescentou a obrigação dos menores de 14 anos e dos loucos de todo gênero de repararem o dano que provocarem, embora não pudessem ser punidos, obrigando o curador do louco a reparar o mal que este fizer a alguém, se houver culpa ou negligência de sua parte entre

outras; e também a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho que, junto com o primeiro, formam um marco evolutivo no direito brasileiro. (DIAS, 1979).

Essa Nova Consolidação trazia sob o título *Da responsabilidade civil e da reparação do dano*, além das já consagradas normas descritas acima, deve-se remeter lembrança o exemplo da obrigação do estalajadeiro de reparar os danos causados por seus empregados aos hóspedes e de que os funcionários públicos respondiam por seus erros, não se responsabilizando a União pelos mesmos, salvo nos casos de lesão de direitos individuais ou subjetivos causados por autoridades administrativas, além de tantas outras normas.

3.1.9 A Responsabilidade Civil no Código Civil de 1916

Baseado no que certifica a ideologia da época, ou seja, mergulhada num liberalismo exorbitante, é editado o Código Civil de 1916, cujo projeto é conferido ao ilustríssimo Clóvis Beviláqua, quando era Ministro da Justiça, e ao jurista e futuro Presidente da República Epitácio Pessoa. Apesar do projeto ser datado de 1899, só foi promulgado mais tarde, em 1916, e vigeu até o advento da Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, passando a vigorar em 11 de janeiro de 2003. Tal documento traz em seu bojo a responsabilidade civil que se baseava no código napoleônico, consagrando o princípio geral da teoria da culpa, mas também admitindo situações especiais de responsabilidade sem culpa, quer seja, a responsabilidade objetiva.

Assim dispõe o artigo 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.(ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1916, [n.p.]).

A noção primordial da responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado pela culpa do agente. O ato ilícito, fundamento da reparação do dano, tem na imputabilidade do agente o pressuposto que gera o dever de indenizar. O agente responde pelo seu ato voluntário, seja este por ação ou omissão.

Porém deve se observar que se o evento danoso, no caso concreto, se originar de um fato involuntário, este carecerá da conduta, pois a mesma

não será considerada face ao fato da mesma ser desprovida do *animus* do agente, conhecidos doutrinariamente caso fortuito ou de força maior a depender da força causadora que o provocou, podendo ser eventos naturais ou até mesmo gerados pelo homem.

Nesses casos, bem como outros que envolvam escusas da responsabilidade, a exemplo da legítima defesa. Assim, em apertada síntese, para que se verifique dada responsabilidade, fundada na doutrina subjetiva, é mister a coexistência de três requisitos essenciais, a saber: conduta voluntária do agente, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a culpa que serão analisadas em momento oportuno.

3.2 Do Conceito e Pressupostos

A responsabilidade civil é um dos temas mais problemáticos da atualidade jurídica em detrimento da surpreendente evolução no direito moderno de modo que o tema em pauta mostra-se ilimitado, não havendo, portanto, entendimento uniforme da doutrina e tampouco da jurisprudência acerca da definição de seu alcance, da enunciação de seus pressupostos, enfim, de sua própria natureza.

3.2.1 Do Conceito

O termo responsabilidade vem do latim *respondere*, que é o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Para Maria Helena Diniz, responsabilidade civil "é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal".(SOBRENOME, ano, p.).

Como observa-se nesta definição da eminente autora, há a menção tanto do dano moral como o patrimonial, a responsabilidade civil objetiva, que independe da verificação da culpa para sua configuração, sendo suficiente, apenas, a existência do dano e o nexo de causal; e a subjetiva, que se funda no elemento accidental culpa.

Já Álvaro Vilaça Azevedo (s/d, 336) aponta a seguinte definição: "A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão".

Já nessa definição pode-se observar a inclusão da responsabilidade civil contratual e uma abrangência total de responsabilidade ao remeter ao sistema normativo, de forma a englobar todos os tipos de responsabilidade que estiverem no texto normativo, assim sendo, a responsabilidade extracontratual subjetiva e objetiva e todas as outras que vierem a ser integradas ao sistema o que torna tal definição deste ilustre autor tão brilhante.

Numa análise sob o plano das funções da responsabilidade civil no atual contexto, é possível identificar pelo menos duas, sendo a primeira e mais eminente que é a de resguardar o direito do lesado à segurança. Num segundo momento a função seria de figurar como sanção civil, de cunho compensatório, punindo o causador da lesão e desestimulando o cometimento de novos atos danosos.

3.2.2 Dos Pressupostos

A responsabilidade jurídica abrange, em regra, duas espécies de responsabilidade, quais sejam a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, sendo que há ainda doutrinadores que acrescentam a esse rol a responsabilidade administrativa.

3.2.2.1 Comparativo da Responsabilidade Civil e Penal

Num estudo entre os pressupostos das responsabilidades civil e penal, verificamos que esta última requer a existência da infração aos deveres dos cidadãos para com a sociedade, ou seja, violação de uma norma penal, de direito público, implicando, pois, dano social. Para o restabelecimento do equilíbrio, faz-se mister a aplicação de uma pena ao transgressor. Assim sendo, a principal característica da responsabilidade penal é o seu caráter pessoal, ou seja, intransferível, haja vista que o réu responderá, em regra, com

a privação de sua liberdade. Faz-se necessário ventilar que a pena imposta não pode passar a pessoa do infrator consoante ao artigo 5º, XLV, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (BRASIL, 1988, [n.p.]).

Já em relação à responsabilidade civil, esta possui caráter patrimonial, porquanto será o patrimônio do devedor que responderá pelas suas obrigações. Assim, em regra, ninguém pode ser privado de sua liberdade em face da insatisfação obrigacional, salvo o devedor de obrigação alimentícia, já que a figura do depositário infiel não sofre mais esse tipo de sanção.

Costuma-se dizer que tanto a culpabilidade quanto a imputabilidade recebem tratamento distinto no âmbito cível e no criminal. A culpabilidade, na seara cível se mostra muito mais ampla, uma vez que a culpa levíssima tem o condão de ensejar o dever de reparar, tratamento diverso é dado no âmbito penal onde se verifica a culpa em certos graus de intensidade.

No tocante a imputabilidade na esfera criminal, somente responderão os maiores de 18 anos, ao passo que no âmbito cível é possível que os incapazes sejam responsabilizados pelos prejuízos causados, de modo mitigado, se os responsáveis por sua guarda ou vigilância não puderem fazê-lo, desde que o menor e aqueles que dele dependam, não fiquem privados do necessário consoante o artigo 928 do CC: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

É possível que determinados atos tenham repercussão tanto na seara cível quanto na criminal. Nesse caso haverá dupla reação a um determinado comportamento por parte do ofensor, a saber, a imposição da respectiva reprimenda ao infrator da norma e em outro plano, quer seja cível, a necessidade de reparação do dano a vítima.

Contudo, é importante destacar que a responsabilidade civil independe da criminal, conforme o exposto no artigo 935 do código civil, que

aponta que a responsabilidade civil deve ser imposta sem prejuízo da criminal. Alerta-se, no entanto, que não se pode questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. Assim, tal independência se mostra relativa.

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.(BRASIL, 2002, n. p.).

3.2.3 Elementos da Responsabilidade Civil

Como já foi destacado, o pressuposto da responsabilidade civil é a existência do dano, contudo esse dano só será relevante atendendo a alguns requisitos já mencionados, mas tratados de maneira superficial anteriormente. Cabe aqui uma análise um pouco mais detalhada.

3.2.3.1 Da Ação

Ação consiste em todo ato humano, seja ele comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Ainda hoje, a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, baseada na culpa, é a que predomina. Esta responsabilidade é derivada de um ato ilícito, sendo que este ato ocorre quando se contraria algum ordenamento jurídico, causando prejuízo a outrem. A responsabilidade subjetiva pode ser tanto extracontratual, quando se desrespeita dever geral que está inserido no ordenamento jurídico, ou contratual, que ocorre quando não se cumpre uma obrigação ajustada.

Ambas as figuras de responsabilidade civil estão fundadas, de maneira genérica, na inteligência clara do artigo 186 do Código Civil, in verbis: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”,(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Quando se fala em culpa se trata da culpa em sentido amplo, ou

seja, a que engloba tanto a culpa propriamente dita como o dolo. Mas há também a responsabilidade fundada no risco. Em tal hipótese, se verifica quem causou o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o autor, não se verificando se houve culpa de alguém, ou seja, se a responsabilidade é fundada na teoria do risco essa é caracterizada sem o elemento accidental culpa.

A atividade é lícita, apenas pagando o autor pelo dano causado por sua atividade que é perigosa. Assim, de um lado temos a culpa, e de outro, o risco por força de lei.

3.2.3.2 Do Dano

Não há que se falar reparação com ausência de prejuízo, de modo que o dano é um dos elementos indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil. O dano pode ser patrimonial ou moral como observaremos mais detalhadamente a seguir.

3.2.3.3 Dano Patrimonial

O dano patrimonial consiste em uma lesão ao patrimônio material da vítima, em que há uma desvalorização ou destruição do mesmo, sendo passível de avaliação pecuniária e de indenização. O dano patrimonial é calculado pela diferença entre o bem deteriorado e o real valor do bem. Pode haver tanto o ressarcimento em dinheiro ou a restituição natural da coisa quando possível.

O dano material engloba tanto o dano emergente, ou seja, a diminuição do patrimônio do titular do bem atingido pela deterioração ou destruição, bem como o lucro cessante, quer seja tudo aquilo que o titular do bem deixou de perceber com a ocorrência do fato danoso. Assim, para calcular o valor fiel da operação, é importante verificar se houve ou não o dano emergente e/ou o lucro cessante.

O ressarcimento do dano emergente procura devolver suprir à vítima o valor de seu patrimônio antes da ocorrência do dano. Já o lucro cessante visa

compensar o lesado pelo lucro que ele deixou de ter em detrimento do dano ocorrido.

3.2.3.4 Dano Moral

Conhecido também como extra patrimonial, o dano moral se configura em face de eventual lesão provocada a interesses de cunho não patrimoniais suportado pela vítima. Nota-se, no entanto, que não é qualquer dor ou sofrimento que é indenizável pelo direito, mas somente àqueles decorridos de deterioração ou a própria destruição de algum bem jurídico sobre o qual a vítima teria algum interesse tutelado juridicamente.

Assim como o dano patrimonial, este deve atender à presença dos requisitos essenciais, como a ação, o dano e o nexo causal, e por vezes esses são de fácil constatação. Contudo há uma grande questão a ser trabalhada, diferentemente do que ocorre no dano patrimonial, onde há a possibilidade, em regra, de aferir pontualmente o valor exato da reparação, no dano moral, tal entendimento é diverso, pois este é de árdua mensuração.

Podemos evidenciar entre outros problemas, no tocante a indenização por dano extra patrimonial: constatação da real existência e dimensão do dano; determinar o valor ideal ao ressarcimento do lesado; quantificar o número de sujeitos que suportaram tal lesão; bem como a intensidade da lesão de forma individualizada.

Nessa qualidade de dano há também a possibilidade da reparação natural, que nada mais é do que a reconstituição natural do dano suportado, como na situação, por exemplo, de imposição de contrapropaganda no afã de restaurar a publicidade equivocada ou abusiva, como prevê a Lei N° 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. É uma espécie de sanção administrativa e está prevista no artigo 60, em seu parágrafo 1°:

Art. 60 A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o

malefício da publicidade enganosa ou abusiva. (BRASIL, 1990, [n. p.]).

Entretanto, é muito comum que a reparação do dano moral seja executada pelo meio pecuniário. Adverte-se, no entanto, que aqui não se procura pagar o sofrimento da vítima, pois este é, como vimos anteriormente, quase impossível em face da dificuldade de ser aferido. Portanto o que se busca, na verdade, é compensar a dor que ela teve com satisfação, prazer, alegria, ou seja, com um sentimento positivo, buscando entregar ao lesado à contingência de adquirir algo ou tudo àquilo que compensasse por seu sofrimento.

Faz-se necessidade da lembrança de que o termo a ser dito é o de indenizar, e diferente do que ocorre quando falamos de dano material, onde o termo é reparar, justamente pela diferença entre tais espécies de dano, em face de possibilidade ou não de aferir sua amplitude.

Tal entendimento pode ser muito bem vislumbrado pelo que aponta o autor Clayton Reis citando Alcino de Paula Salazar (ano, p.) em sua perfeita colocação, afirmando que “Com a prestação pecuniária o que se visa não é diretamente extinguir a dor com a aplicação de um preço ou antídoto; não é extraí-la pondo-lhe no lugar a moeda, como ficou esclarecido. O que se faz é outra coisa, é procurar para o lesado um conjunto de sensações agradáveis, motivo de satisfação e de emoções, segundo a sua inclinação e o seu temperamento, de sorte a criar condições que, se não chegam a suprimir o sentimento de pesar, de certo possa atenuá-lo, tornando-o mais suportável e menos prolongado”.

Deste modo, num dado caso concreto, será o juiz da causa quem vai deliberar se a reparação deverá ser pecuniária ou não, bem como o *quantum* a ser indenizado, patenteando, por conseguinte, a importância de seu papel, acentuando que, por ser humano, estará suscetível a probabilidade de erro. Deverá ele, no entanto, traçar uma análise criteriosa das circunstâncias fáticas, bem como a existência e a dimensão do dano moral suportado.

Evocando ainda que, num dado caso concreto, a configuração e, por conseguinte, a aferição da existência de um dano, seja ele material ou moral, não excluirá a existência do outro, ou seja, sempre haverá a possibilidade de

cumulação entre os danos, desde que o fato aponte de maneira afirmativa para tanto.

3.2.3.5 Nexo de Causalidade

O último, não menos importante, dos pressupostos essenciais para averiguação da responsabilidade civil, é o nexo de causalidade entre a ação e a lesão. A lesão deve ser oriunda da conduta do lesante, ou seja, de sua ação ou omissão. O nexo causal é o liame subjetivo imprescindível entre o fato danoso e a ação que o produziu. Há que se reconhecer, portanto, se a lesão não ocorreria se a ação do lesante não tivesse acontecido. Assim, basta que a ação do lesante seja apenas condição para a criação do dano, para que este responda pelo dano que causou.

3.2.3.6 Dos Excludentes de causalidade

No mundo dos fatos podem surgir situações em que apesar de incidência do dano não haverá a obrigação de compensação, em face de inexistir conexão causal entre a ação e a lesão. Dadas situações são chamadas de excludentes de causalidade.

Sendo a causalidade um dos pressupostos essenciais, havendo a quebra em face às excludentes, o indivíduo pode ficar isento ou responder apenas proporcionalmente àquilo que deu causa. São elas: Culpa Exclusiva da Vítima, Culpa Concorrente da Vítima e do Agente, Culpa de Terceiro, Força Maior e Caso Fortuito.

3.2.3.7 Culpa Exclusiva da Vítima

Acontece quando o dano se origina por ação exclusiva da vítima, de modo que não há, portanto, nexos de causalidade entre a ação do agente e o dano, pois o agente foi mero instrumento do acidente. Assim, neste caso, a vítima arcará com todos os prejuízos.

3.2.3.8 Culpa Concorrente da Vítima e do Agente

Já nesse caso há a culpa tanto por parte do autor da ação como do próprio lesado, ambos promovendo um mesmo dano, mas cada um com seu próprio ato independente entre si. Assim, cada um deverá responder pelo dano na proporção de seus atos. De modo que difere do que ocorre com a culpa exclusiva, aqui não há a exclusão da causalidade e sim uma mera circunstância atenuante.

3.2.3.9 Culpa de Terceiro

A responsabilidade, como ocorre na culpa exclusiva da vítima, é excluída totalmente, desde que sua gênese seja provocada por terceiro e não haja participação culposa do lesante. Contudo este responderá por eventos provocados por terceiro, no caso do mesmo ser responsável como ocorre com o seu tutelado, preposto, empregado, etc.

3.2.3.10 Caso Fortuito e Força Maior

A força maior é um evento completamente independente da vontade humana, sendo oriunda de um fato natural, como tsunamis, inundações, erupções vulcânicas, desmoronamentos, epidemias, etc. Já o caso fortuito é advindo essencialmente de um fato humano, não obstante seja difícil determinar o autor responsável, como na guerra, por exemplo. Ainda, o caso fortuito e a força maior são vislumbrados por meio de dois requisitos: a inevitabilidade do evento (objetivo) e a total ausência de culpa na ocorrência do acontecimento (subjetivo).

Embora a doutrina não tenha um entendimento pacífico com relação à definição desses dois termos, ambas não apresentam conflitos na questão de exclusão do nexo de causalidade. Parte da doutrina entende que ambas são sinônimos indicados para os dois casos retro mencionados. No entanto, ficamos com a segunda corrente, não aceitando que tais expressões sejam sinônimas.

3.3 Da Culpabilidade e Imputabilidade

Grande parte da doutrina entende que a imputabilidade seja elemento constitutivo da culpabilidade. Entretanto, sob o fundamento do direito alemão, a doutrina hodierna vem se inclinando à ideia de que a imputabilidade seria pressuposto da culpabilidade.

A importância dessa distinção se perfaz no sentido de que a responsabilidade por ato ilícito exige a presença dessas duas situações, sendo que a imputabilidade deve ser anterior à culpabilidade. Deste modo, é imputável o agente que ao tempo do ato ilícito encontra-se absolutamente capaz de discernir a ilicitude de sua conduta e, por conseguinte, será culpável aquele que atuou efetivamente com culpa *lato sensu*, ou seja, que inclui o dolo (SOBRENOME, ano)..

Por meio dessas conjecturas, podemos vislumbrar que a imputabilidade é uma propensão característica ao sujeito, quando se certifica sua “sanabilidade” como também circunstâncias de caráter pessoal ou até mesmo no plano espiritual, ou seja, se está apto ou não para praticar atos ilícitos e suportar seus efeitos. Portanto, ato imputável são todos aqueles praticados por uma pessoa, de maneira livre e consciente.

Já a análise no plano da culpabilidade ou culpa em sentido amplo - pois engloba o dolo e a culpa em sentido estrito - conceitua a ilustríssima Maria Helena Diniz (ano, p.) que a culpabilidade “é a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela”.

Ao contrário do que ocorre no direito penal, na responsabilidade civil a culpa não demanda tanta relevância já que a mesma não é aplicada para mensurar o dano e o ressarcimento, pois para isto se utiliza a amplitude do dano.

Adverte-se, no entanto, que não se deve confundir culpabilidade com ilicitude, pois a segunda é objetiva e tem como sinônimo a antijuricidade. O dever de indenizar, então, vai pressupor a culpabilidade do autor do dano, que pressuporá a ilicitude do ato do agente.

3.4 Exceções à Imputabilidade

Como já vimos, a imputabilidade é, pois, a aptidão de discernir que tenha aquele que, agindo com culpa e realizando ato ilícito, deverá compensar o concernente à lesão provocada. Tal capacidade de discernimento, então, reside e sinaliza a responsabilidade civil, que dela subordina integralmente.

Kelsen(1992, p. 95) esclarece que:

A palavra imputação carrega, é verdade, a ideia de que um evento ou outro é atribuído ou posto em conexão com certo indivíduo. Mas a imputação que está em questão aqui não é a relação entre um indivíduo e uma ação sua, mas a relação entre a sanção jurídica e a ação, e, assim, indiretamente o próprio indivíduo atuante. O que não pode ser posto em conexão com um indivíduo juridicamente irresponsável é a sanção e não o fato que seria um delito caso cometido por outra pessoa. O conceito de imputação refere-se à relação específica entre delito e sanção.

O artigo 186 do Código Civil parece mesmo não deixar qualquer dúvida a respeito da imprescindibilidade do elemento imputabilidade na conformação da responsabilidade civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Importa salientar que a obrigação de compensar danos tem, por pressuposto, a presença da livre deliberação da vontade do agente. Assim, dados fatos criados do dever de ressarcir, implicarão na imputação de seu autor.

Portanto, a imputabilidade, como requisito da culpa, resigna-se como substancial para sua gênese, pois, em matéria de responsabilidade subjetiva, não há responsabilidade sem culpa.

No entanto, tal aptidão de discernir, isto é, a capacidade de produzir uma ação livre e voluntária, por vezes poderá não ser vislumbrada, em face de certa circunstância de determinado agente. São as chamadas circunstâncias da inimputabilidade, circunstâncias de exceção, que abduzem a culpabilidade. As exceções à imputabilidade são analisadas a seguir.

3.4.1 Menoridade

Consoante o código civil, não serão imputáveis os menores, por faltar-lhes a capacidade civil, sendo responsáveis pelo ressarcimento do dano resultante de ato ilícito, os pais, que têm o direito e o dever de vigiar constantemente seus filhos, enquanto incapazes de se conduzirem por si mesmos, tudo como decorrência do exercício do poder familiar, mediante contexto do artigo 932, I, Código Civil: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Lopes (2001, p. 198-199) discute “no concernente à incapacidade do menor e à sua carência de imputabilidade, há de considerar que a noção do bem e do mal é sempre no homem um elemento precursor da maturidade do espírito e da necessária experiência da vida, em razão de que a sua imputabilidade se concretiza a partir do momento em que nele houver um desenvolvimento de espírito suficiente a torná-lo apto a compreender o alcance dos seus atos.” Assim, a carência de discernimento do menor torna necessária a sua inimputabilidade, a exprimir que seu comportamento, ainda que danoso, estava despojado de vontade, simplesmente porque a lei não conferiu a propensão necessária para que ela – vontade – produzisse efeitos jurídicos”.

A inimputabilidade, pois, restringe a vontade, e sem vontade não sobrevém à prática de ato ilícito e, por conseguinte sem ato ilícito como pretexto da lesão, não haverá responsabilidade civil, relativamente ao inimputável.

3.4.2 Alienação Mental Grave

No tocante a conhecida responsabilidade dos amentais, advém duas concepções *a priori*, que devem ser aludidas. Num primeiro plano, surge de pronto a ideia de que o amental não é imputável e, por conseguinte não é responsável. Inclusive há entendimento de que a ação danosa do amental equipara-se ao caso fortuito. Contudo, e em segundo plano, instala-se a ideia

de que é injusto deixar sem ressarcimento a vítima, principalmente se na situação, o amental for pessoa abastada.

A jurisprudência demonstra certa tendência no sentido de determinar que o patrimônio do amental responda pelo dano. Vejamos, senão, um exemplo jurisprudencial recente prolatada pelo Tribunal do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL N. 35990098176

APELANTE: ADALBERTO PEREIRA DE CARVALHO representado por sua curadora ELENITA PEREIRA DE CARVALHO APELADA: LOIDE LIMA PEREIRA E OUTROS RELATOR: DES. SUBST. IZAIAS EDUARDO DA SILVA C Ó R D A OCIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. APELAÇÃO CÍVEL. INCAPAZ INTERDITADO. ELEMENTOS ENSEJADORES DO DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE PESSOAS CAPAZES E INCAPAZES PARA FINS DE RESPONSABILIDADE CIVIL (ART. 159CC/1916). DOLO NATURAL. EXISTÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO CIVIL. PRESCINDÍVEL A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL. IDONEIDADE DO PATRIMÔNIO DO INCAPAZ. PENSÃO A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2007, [n.p.]).

A decisão foi fundada com base no artigo 159 do antigo Código Civil de 1916, hoje o artigo 186 do Código Civil de 2002, que, in verbs: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002, [n. p.]).

Assim, como pode-se perceber que tal artigo não faz diferenciação entre pessoas capazes e incapazes para fins responsabilidade civil, apesar de que em ambas as situações, recomenda a lei, haja uma conduta voluntária, omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, causadora do dano.

Conclui, então, que a culpabilidade contemporânea, a partir dos aportes da teoria finalista da ação, não mais tem em si o dolo e a culpa. O dolo deixou de ser normativo, para ser dolo natural, isto é, a simples consciência de que se está praticando certa conduta, sem que se faça necessário, para sua configuração, que haja consciência da antijuridicidade da conduta. Outra razão relevante para ensejar a responsabilidade civil dos amentais repousa na necessidade de reparação do dano, tendo por foco a vítima de um lado e, de outro, não a pessoa do amental, mas seu patrimônio. A responsabilidade patrimonial não importa na aptidão de compreensão para suportar os efeitos

patrimoniais, mas apenas ponderar sobre a capacidade do patrimônio para suportar os efeitos da responsabilidade, sendo esta a razão determinante, pela qual o legislador tem alicerçado como premissa a existência de patrimônio, em montante considerável, ao ponto de também prover as necessidades do agente motivador do dano, ou seja, que haja patrimônio capaz de recompor o dano, sem prejuízo de suportar o atendimento das necessidades do incapaz.

De acordo com Lopes (2001, p. 200), tratando da questão da demência, levanta também a problemática impugnada no que tange à imputabilidade das pessoas, explanando também sobre as complexidades e diferenças do juízo cível e do criminal. A demência deve existir no momento do ato e no de sua realização, sob o imperativo de um padecimento ou de uma influência retirando-lhe a inteligência ou o domínio dos seus próprios atos.

Percebe-se, então, que a mesma problemática vislumbrada pelo juízo civil se apresenta do juízo criminal, dada a necessidade de indagar até que ponto incutiram os distúrbios mentais do motivador do dano. Contudo, há uma diferença de situações entre o civil e o penal a ser destacada, pois o juiz criminal, devendo aplicar uma pena, em caso de dúvida será levado a absolver o acusado ou a poder atenuar-lhe a pena em detrimento do princípio do *in dubio pro reu*, ao passo que o juiz civil, ao contrário, a não ser no caso de uma demência fortemente configurada, deve se recusar, em regra, a comportar a inimputabilidade.

O Novo Código Civil (Lei N° 10.406/02) trata da matéria no artigo 928, dispondo que:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Assim, ao deliberar que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. O parágrafo único do mesmo artigo determina que a indenização, “que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele

dependem". Percebe-se, então, que a ideia de que a vítima não deve, ou não pode, remanescer irressarcida é a ideia que mais se desenvolve a cada dia.

3.5 Excludentes de Ilicitude (ou Antijuridicidade)

Existe em nosso ordenamento jurídico, determinadas justificativas legais que ponderam algumas ações ou omissões que originam danos como sendo lícitas. São elas: anuência da vítima, exercício normal de um direito, legítima defesa e o estado de necessidade.

3.5.1 Da Anuência da Vítima

Caso o lesado consentir em suportar a lesão, não há de se falar em responsabilidade, pois não haverá a quebra da relação de causalidade. Não existe, portanto, ilicitude se o causador do dano agiu autorizado. A doutrina usa como exemplo a situação da pessoa que perdeu o segredo do cofre e contrata serviços de um profissional para arrombá-lo com dinamite, mediante termo de responsabilidade, inutilizando-o e até correndo o risco de perder alguns bens que estão dentro do cofre.

3.5.2 Do Exercício Normal de um Direito

Já neste caso, o agente comete um ato lesivo por razão prevista em lei, não configurando contrariedade ao direito. Não são ilícitos os atos praticados no exercício regular de um direito, pois não geram imputabilidade, excepcionando a responsabilidade do autor do ato lesivo. Usando outro exemplo doutrinário vemos o caso do proprietário que construiu em seu terreno prejudicando a vista do vizinho. Ele está agindo dentro do seu direito, pois sua é a propriedade, não gerando responsabilidade alguma. Ele não pode ter a intenção de prejudicar alguém, senão terá que ser responsabilizado pelas perdas e danos que causar, pois estará praticando um ato ilícito.

3.5.3 Legítima Defesa

A legítima defesa também afasta a ilicitude do ato lesivo, pois está prevista em lei. Assim, se consoante o artigo 21 do Código Penal, o agente usar moderadamente os meios necessários para repelir injusta agressão, que seja atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, estará agindo legitimamente, de forma que não cria a responsabilidade civil e, por conseguinte uma possível indenização.

3.5.4 Estado de Necessidade

O estado de necessidade, assim como a Legítima Defesa, está previsto no código repressor em seu artigo 23, I. Não havendo ilicitude aos atos cometidos nesse estado. Nada mais é do que uma ofensa a direito alheio para remover um perigo iminente, quando for absolutamente necessário e dentro dos limites para remover o perigo. Procura-se salvaguardar um direito em face de outro direito alheio, não sendo necessária a igualdade entre eles. Contudo, adverte-se que mesmo que a ação se mostrar lícita, ela poderá gerar o dever de indenizar, caso o dono da coisa destruída ou deteriorada não for culpado pela situação que gerou o estado de necessidade, conforme prevê o artigo 1.519 do Código Civil: “Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Com isso, pôde-se traçar um esboço meramente superficial da responsabilidade civil, observando-se sua gênese, o que é necessário para sua caracterização e algumas causas que excluem sua concretização.

3.6 Das Espécies de Responsabilidade Civil

3.6.1 Da Responsabilidade Contratual

A responsabilidade contratual decorre de relação obrigacional preexistente, presumindo a capacidade de contratar, resultando portanto em ilícito contratual, falta ou delonga no cumprimento de qualquer obrigação, ou infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes. É baseada na

obrigação de resultado, presumindo culpa, devido a previsível e evitável inexecução lesiva a outra parte. No caso da responsabilidade contratual é possível firmar cláusula redutora ou excludente de indenização, desde que não haja prejuízo à ordem pública ou aos bons costumes.

Se um contrato garante obrigações, o não cumprimento deste também acarretará. Excepcionalmente será permitido que um dos contratantes, em cláusula expressa, atribua o encargo de força maior ou caso fortuito. A obrigação contratual tem origem na vontade dos contratantes, diferente da obrigação de reparar o dano, que independe da vontade do devedor, que por sua vez deverá comprovar a inexistência de culpa ou excludente do dever indenizatório, como caso fortuito ou de força maior. Conclui-se então que a responsabilidade contratual difere da responsabilidade gerada pelo seu não cumprimento.

Em alguns casos concretos, a existência de um contrato não esboça de forma clara suas responsabilidades, gerando situações duvidosas, como no caso do transporte gratuito ou atendimento que um médico faz a um atendimento de urgência em via pública, porém isto não é empecilho ao dever de indenizar, devendo cada caso concreto ser julgado separadamente. O mesmo se dá quando o contrato é nulo.

3.6.2 Da Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade extracontratual resulta na prática de um ato ilícito, quer seja por capaz ou incapaz, fundamentada na conduta humana positiva ou negativa, sem que as partes estejam vinculadas por uma obrigação ou contrato. Tal obrigação é gerada pela inobservância da lei, ou seja, a lesão de um direito entre o ofensor e o ofendido por um comportamento socialmente reprovável, sem que haja qualquer relação jurídica preexistente entre eles.

O lesante tem o dever de reparar o dano causado por descumprir preceito legal ou infringir a obrigação de não prejudicar ninguém. O ônus da prova ficará por conta da vítima, que sem esta comprovação deixará de ser ressarcido. Além da responsabilidade baseada na culpa, ainda cabe a responsabilidade baseada no risco, devido à insuficiência da culpa cobrir todos os danos.

Importa evidenciar que os princípios reguladores da responsabilidade extracontratual e da responsabilidade contratual são os mesmos, visto que a idéia de responsabilidade é única.

3.6.3 Da Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade objetiva é baseada na teoria do risco, ou seja, aquele que cria um risco de dano para terceiro tem o dever de repará-lo, mesmo que seu comportamento seja isento de culpa. Neste caso há o deslocamento da idéia de culpa para a idéia de risco, ora analisado como “risco proveito”, fundamentado no princípio o qual a atividade beneficiadora ao responsável pressupõe dever de indenizar dano causado a outrem; e “risco criado”, quando a exposição de outrem a risco causador de dano, sem questionamento da culpa, gera o dever de indenizá-lo. (RODRIGUES, 2002).

A conduta culposa ou dolosa do agente é irrelevante, restando apenas a necessidade de comprovação de nexos causal entre a ação do agente e o prejuízo causado à vítima para que haja o dever de indenização.

3.6.4 Da Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva ou clássica é baseada na ideia de culpa, visto que depende do comportamento do sujeito. Portanto há necessidade, como elemento essencial, a comprovação da culpa em seu sentido amplo, dolo ou culpa em sentido estrito, para que haja o dever de indenizar.

Assim, a responsabilidade subjetiva deve ser encarada como norma, pois o indivíduo será responsabilizado pela sua ação ou omissão, seja dolosa ou culposa. Se tal elemento estiver ausente, não há como caracterizar responsabilidade civil, observando que há necessidade de um comportamento humano qualificado pelo elemento subjetivo culpa, ou seja, o autor da conduta tenha a intenção de causar prejuízo (dolo), ou pelo menos, viole um dever de cuidado (culpa em sentido estrito).

3.6.5 Da Responsabilidade Direta e Indireta

Nos diferentes sistemas jurídicos, há eventos em que pessoa, física ou jurídica, pode ser responsabilizada civilmente por danos ocasionados por terceiros. O que muda de sistema para sistema é a sistemática de responsabilização. Isto se dá principalmente porque o direito vem ampliando a cada dia a possibilidade de reparação de danos.

A primeira ideia de responsabilidade é a de que o próprio causador do dano deve proceder a reparação deste. Esta noção é considerada dentro do conceito de equidade e justiça, porém é limitada na análise da responsabilidade e coincidente com a punição do Direito Penal, tratando-se de responsabilidade direta do causador do dano.

Como muitas situações de dano ficariam irressarcidas se somente os seus causadores fossem responsabilizados pela sua reparação, em algumas situações descritas em lei, é possível que terceiros arquem com o pagamento de tais prejuízos, mesmo que não tenham participado diretamente do evento. Nestes casos é admitida a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, possibilitando uma indenização mais abrangente para o lesado. Assim temos a culpa in vigilando de quem responde pelos danos mesmo sem tê-los praticados. A vítima ainda terá que provar a culpa do agente causador do dano, sendo responsável automaticamente o terceiro indicado na lei. Portanto não se trata de responsabilidade sem culpa, mas de presunção relativa de culpa derivada da lei.

Em seu artigo 933, o Código Civil prevê que os pais, o tutor e curador, o empregador constituído responderão pelos atos de seus filhos, pupilos e empregados ou prepostos, “ainda que não haja culpa de sua parte”. Portanto só será justificada a responsabilidade de terceiros em casos contidos em lei.

A culpa do lesante, objetiva ou subjetiva, faz surgir a responsabilidade de terceiro previsto em lei. As dificuldades doutrinárias surgem do liame entre o causador direto do dano e o terceiro responsabilizado pela sua reparação. A questão é limitada pela responsabilidade extracontratual, pois tratando-se da responsabilidade contratual o que se discute é o não cumprimento de obrigação acordada.

O artigo 932 do Código Civil prevê:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Os terceiros só serão responsabilizados pela culpa material do dano, por não se tratar de responsabilidade sem culpa. Cabe ao terceiro provar que o agente não agiu com culpa.

A lei estabelece privilégio a favor da vítima, que não é obrigada a acionar o responsável pela vigilância, de modo que nada a impede de ir diretamente contra o causador direto do dano. Praticamente, isto não acontece com frequência, pois na maioria das vezes o agente não possui patrimônio para suficiente para responder pelo dano.

O terceiro, que arca com o pagamento da indenização, tem direito à ação regressiva contra o causador do dano, para que tenha de volta a importância paga. Apenas o ascendente que paga por dano efetivado por seu descendente, absoluta ou relativamente incapaz, não possui esta prerrogativa, pois é responsabilidade do pátrio poder, sendo deste modo uma obrigação moral, constituindo uma obrigação natural, independente de ser justo, já que é possível que o patrimônio do descendente seja maior que o do ascendente.

Nos casos de indenização por danos ocasionados por terceiros no direito público, atua-se da mesma forma como no direito privado. A diferença consiste na análise da culpa, que no direito público segue caminho diverso, já que o ente público responde pela teoria do risco administrativo, e o servidor, causador direto do dano por culpa, responderá pela ação regressiva movida contra ele pela Administração.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

4.1 Visão Geral

Como qualquer indivíduo que causar dano a outrem está obrigado a repará-lo, como já vimos, o advogado, como qualquer outro profissional, responderá pelos erros cometidos no desempenho de suas funções. Iniciando nesta área, faz-se necessário lembrar que além das normas a que estão sujeitos os cidadãos comuns, os advogados devem seguir ainda o Estatuto da OAB e o Código de Ética e Disciplina da OAB. Cabendo ressaltar o que diz o artigo 32 do Estatuto da OAB: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.(BRASIL, 1994, [n. p.]).

Portanto, é observado que além da responsabilidade disciplinar, o advogado responde civilmente pelos danos que causar aos seus clientes, nos quais ensejar dolo ou culpa.

A Constituição Federal assegura a este profissional inviolabilidade por seus atos e manifestações, nos limites da lei, proporcionando condições necessárias ao exercício de sua profissão, conforme contido em seu artigo 133, citado anteriormente.

De acordo com a relevância de seu papel social, visto que a profissão é uma das funções essenciais à Justiça, e em sintonia da grandeza do encargo público que exerce, é necessário uma conduta irrepreensível, compatível com as prerrogativas especiais previstas em legislação, para melhor defender seus clientes.

4.1.1 O Mandato Judicial

Considerando que o advogado atua segundo a vontade de seu cliente, tal atuação ocorre através do instrumento de mandato, e este impõe responsabilidade de natureza contratual perante seu cliente. Conforme preconiza o Estatuto da OAB, em seu artigo 5º: “Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato”.(BRASIL, 1994, [n. p.]).

Já conforme colocado pelo Código Civil, em seu artigo 653: “Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

O mandato é um contrato consensual, não solene, intuitupersonae e usualmente gratuito. A diferença entre o mandato judicial e o comum é que o primeiro é oneroso, remunerado, enquanto o segundo tem duplo caráter, englobando a representação e a prestação de serviços.

O Mandato Judicial só pode ser firmado por advogado legalmente habilitado, e a prova de tal mandato se dá através da apresentação de seu instrumento, que é a procuração, como vemos descrito nos artigos 36 e 37, do Código Civil:

Art. 36 A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Art. 37 Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exigir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze dias), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos como inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.(BRASIL, 2002, [n. p.]).

Tais disposições são reforçadas pelo § 1º do artigo 5º do Estatuto da OAB. Já em seu § 2º, preceitua que a procuração para foro geral habilita o advogado a praticar quaisquer atos judiciais, em qualquer juízo ou estância, exceto os que exijam poderes especiais:

Art. 5º. O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

§ 1º O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período.

§ 2º A procuração para o foro em geral habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer juízo ou instância, salvo os que exijam poderes especiais.(BRASIL, 1994, [n. p.]).

Conforme o Código de Processo Civil, em seu artigo 38, ordena quais poderes especiais são exigidos:

Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.(BRASIL, 1973, [n. p.]).

No concernente à sociedade de advogados, o Estatuto impõe que a procuração deve ser outorgada individualmente, citando a sociedade da qual participam.

Cabe observar ainda os artigos 34, inciso XI, e 36, inciso I, do Estatuto da OAB.

Art. 34. Constitui infração disciplinar: [...]

XI – abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia.

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

I – infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do artigo 34. (BRASIL, 1994, [n. p.]).

Os artigos supracitados esclarecem a efetividade de infração disciplinar em casos de abandono de causa sem motivo justo, bem como é preceituado no Código de Processo Civil, quando dispõe que o juízo de conveniência e renúncia é do advogado, porém este é limitado pelos imperativos da Ética Profissional. Para tal é exigido a permanência em sua função durante o prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o cliente foi devidamente notificado. A notificação deverá ser feita expressamente pelo advogado, bem como este é responsável pela junção aos autos do comprovante de seu recebimento por seu constituinte. Tal prazo poderá ser reduzido se o advogado for substituído antes que chegue a termo. A necessidade de tal representação durante o prazo estipulado, conforme o CPC, se dá em virtude de evitar qualquer prejuízo ao outorgante.

4.1.2 A Obrigação de Meio

Para que seja possível determinar a natureza da culpa contratual, é necessário

analisar as diferenças entre a obrigação de meio e resultado.

Semelhante a responsabilidade dos médicos, a responsabilidade do advogado, litigiosamente, é uma obrigação de meio. O advogado é obrigado a empenhar-se ao máximo na defesa da causa, porém não se obriga pelo resultado, visto que este é defectível e sujeito aos reveses intrínsecos ao processo.

Na impossibilidade de prever um resultado, a obrigação de meio requer que o advogado aja com prudência e zelo na prestação do serviço, evitando que seja imputada alguma responsabilidade em caso de insucesso na causa, visto que o profissional não se vincula diretamente ao resultado, apenas tem como obrigação dedicar seus esforços com o objetivo de alcançar a vitória desejada.

Há casos em que alguns seguimentos da advocacia podem ser caracterizados como obrigação de resultado, dependendo do tipo de serviço prestado, como a elaboração de um contrato ou escritura, já que nesses casos o advogado se propõe a obter diretamente o resultado. Porém a matéria é controversa e somente o caso concreto poderá indicar se há dever de indenização em caso de eventual falha.

Como o ônus da prova depende do tipo de obrigação, vale ressaltar que, nos casos de obrigação de meio, cabe ao cliente comprovar a culpa do advogado, enquanto nos casos de obrigação de resultado, cabe ao advogado provar que não agiu com culpa.

4.2 Da Responsabilidade Civil do Advogado

4.2.1 Do Advogado Profissional Liberal

A liberdade profissional é estabelecida em nossa Carta Magna, no artigo 5º, inciso XIII:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII – É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;(BRASIL, 1988, [n. p.]).

Deste modo, o advogado que exerce sua atividade com caráter autônomo, é profissional liberal competente para exercer a advocacia, apto a representar as pessoas que desejam solução de determinado conflito ante o juízo, e que celebra contrato com seu cliente como forma de aferição de sua responsabilidade civil.

Os profissionais liberais, em regra, não são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, além de outras normas diversas, como o código ou estatuto da categoria. Tais normas visam defender os interesses dos consumidores, já que o erro de certos profissionais podem chegar a ser fatais, prescrevendo assim a necessidade do preenchimento de requisitos legais para exercício profissional, que vão desde a diplomação em curso universitário, como a inscrição em órgão especial. Todavia tais requisitos não eximem os profissionais das responsabilidades de responder por danos que vierem a causar por violação de seus deveres profissionais.

Além das normas legais, a relação entre os profissionais e seus clientes são regidas pelas normas morais, uma servindo para completar a outra. Entre estas, temos as normas de cunho ético, que na profissão do advogado, é regida pelo Código de Ética e Disciplina da OAB, que prescreve normas disciplinares, além de infrações e punições para quem não as cumprir.

Assim, presume-se que a pessoa que decide seguir determinada profissão conheça os meandros para fazê-la a contento, reconhecendo que o desvio de tais parâmetros, quando ocasionam danos a outrem, ensejem no dever de indenizá-los.

Afora as normas próprias, a Constituição de 1988 ordenou princípios norteadores para a reparação de danos, nosso atual Código Civil modernizou a aplicação da responsabilidade civil, tanto em questão de fundamentação quanto de abrangência, mas não resta dúvida de que o profissional é um fornecedor de serviços e seus clientes são, dessa forma, consumidores, sujeitando a relação entre eles ao Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o serviço do advogado, configurado como uma obrigação de meio, quando exercido com negligência, imprudência ou imperícia, como em casos de erros grosseiros, ou perdas de prazos, ou ainda quando deixa de

formular pedidos necessários, configura culpa acarretando danos ao cliente.

A regra prescrita no artigo 14, caput, do nosso Código Consumerista, propõe a responsabilidade objetiva, sem necessidade de prova de culpa:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.(BRASIL, 1990, [n. p.]).

Porém para os profissionais liberais, fornecedores de serviços, o mesmo artigo, em seu § 4º, estabelece como exceção à regra, o fundamento da prova de culpa, explicitando assim uma responsabilidade subjetiva: “§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990, [n. p.]).

Após receber a procuração, o advogado tem como dever contratual acompanhar o processo em todas as suas fases, observando prazos e cumprindo a imposição do patrocínio, cumprindo as legítimas instruções recebidas, e ainda mantendo o sigilo profissional, constituído pelos segredos e informações que o cliente o confiou para melhor atuar em sua defesa.

Em relação ao sigilo profissional, estabelece o Estatuto da Advocacia, em seu artigo 34, VII: “Art. 34. Constitui infração disciplinar: [...]VII – violar sem justa causa, sigilo profissional”.(BRASIL, 1994, [n. p.]).

Há, acima de tudo, uma relação de confiança entre cliente e advogado, já que o primeiro confia-lhe segredos e deixa sua defesa nas mãos do segundo, estabelecendo que o primeiro dever do advogado é ser-lhe fiel. Se o advogado quebrar tal sigilo, traindo a confiança de seu cliente, está cometendo o crime de prevaricação, não importando se quebrou um segredo profissional ou se o ofereceu à parte contrária. O advogado, antes de mais nada, é livre para poder recusar a causa, porém ao aceitá-la, deverá ser digno da confiança nele depositada.

Observa-se ainda no artigo supramencionado que o sigilo pode ser quebrado mediante justa causa, o que ocorre quando o cliente autoriza o advogado a quebrar o sigilo, ou, quando não autorizado, tem como intuito, proteger interesse relevante. O Código de Ética prevê como razões justas para quebra de sigilo a grave ameaça ao direito à vida; grave ameaça à honra, ao

próprio advogado ou a terceiro; e quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, considerando sempre os limites necessários à defesa.

4.2.2 Do Advogado Empregado

O advogado, mesmo sendo um profissional liberal, está apto a ter um vínculo empregatício, e com isso se subordina ao âmbito da CLT.

Com o crescimento extraordinário e complexidade da indústria, comércio e prestação de serviços em geral, consequências do dinamismo da vida moderna, destaca-se o aparecimento do advogado assalariado, visto que as grandes empresas passaram a ter necessidade de um departamento jurídico próprio, composto de advogados contratados mediante vínculo empregatício, ou terceirizando tal assistência aos escritórios de advocacia, que por sua vez também possuem advogados assalariados.

Assim o Estatuto da OAB, em seu artigo 1º, II, determina que as funções de chefia dos departamentos jurídicos das empresas devem ser exercidas por advogados: “Art. 1º. São atividades privativas de advocacia: [...] II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.(BRASIL, 1994, [n. p.]).

A regulamentação de tal opção profissional foi feita pelo Estatuto da OAB, em seu Capítulo V. Destarte, vale ressaltar a advertência contida em seu artigo 18:

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.(BRASIL, 1994, [n. p.]).

O artigo prescreve que o advogado tem total autonomia para continuar exercendo de forma ética e tecnicamente correta a profissão e não há redução de independência profissional, de modo que o advogado pode se negar a executar qualquer ato que julgar irregular ou ilícito em nome da empresa, sem prejuízo de seu vínculo empregatício. Ainda fica claro que o profissional

empregado não está obrigado a prestar serviços de cunho pessoal aos empregadores, ou que fujam da relação de emprego.

Em relação à responsabilidade civil do advogado empregado, este responderá junto a seu cliente, pelo dano que lhe causar, não se desvinculando a regra do artigo 32 do Estatuto da OAB, bem como o advogado profissional liberal. Também neste caso, caracterizando a responsabilidade subjetiva, deve ser comprovado o dano resultante da culpa, e o nexo causal entre um e outro.

Há possibilidade do empregador descontar do salário do advogado empregado o valor indenizatório, mediante prévio acordo ou quando comprovado dolo ou despreparo por parte do empregado, casos em que este pode ser demitido por justa causa. O empregador pode ainda responsabilizar o ex-empregado pela sua má atuação perante o direito comum, segundo as regras da lei civil, baseada na responsabilidade subjetiva.

4.2.3 Da Sociedade de Advogados

Para enfrentar as condições de vida num mundo de rápidas transformações, foi concebida a sociedade civil de advogados, onde um grupo de advogados se unem para atuarem nas várias áreas do direito.

Estas sociedades estão regulamentadas no Capítulo IV do Estatuto da OAB, onde é importante ressaltar o artigo 15:

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no Regulamento Geral.

§ 1º A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

§ 4º Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

§ 5º O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados a inscrição suplementar.

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.(BRASIL, 1994, [n.p.]).

Sobre o contrato de sociedade, devemos observar o disposto no artigo 981 do Código Civil:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.(BRASIL, 2002, [n.p.]).

Essas sociedades são um novo instrumento de trabalho nas mãos dos advogados, onde os atos são praticados reciprocamente entre os associados, facilitando o trabalho destes, visto que os mesmos serviços prestados pelos advogados profissionais liberais são prestados com reciprocidade entre os sócios. Porém o uso de forma inadequada pode desfigurar sua finalidade.

A responsabilidade civil nesse caso é da sociedade e também está sujeita a comprovação de culpa no caso concreto, respondendo solidária e ilimitadamente, independente do capital individual integralizado, já que os bens de cada sócio respondem individualmente pelo total das obrigações, mesmo nos casos em que somente um dos sócios ou um advogado empregado causarem o dano individualmente. Destacando o artigo 17 do Estatuto da OAB:

Art. 17 Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.(BRASIL, 1994, [n.p.]).

Enfim, a sociedade como pessoa jurídica, diferentemente de seus sócios na vida civil, assume as obrigações decorrentes de suas atividades, visto que praticam os atos em nome de sua razão social, de modo que os sócios individualmente não causam dano a outrem, e sim a totalidade dos integrantes da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil do Advogado perante terceiro, está intrinsecamente ligada à sua liberdade profissional, bem como a condição de contratado, necessitando obrigatoriamente de um mandato, o que configura, dessa forma, uma responsabilidade contratual.

A legislação aplicada no exercício da profissão e os dispositivos aplicados na atividade do advogado estão contidos amplamente no Estatuto da Advocacia e da OAB, no Código de Ética e Disciplina da OAB, no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

O advogado deve exercer sua profissão sempre embasado nas regras de ética, contidas no Código de Ética e Disciplina, observando e guardando sempre uma conduta irreparável compatível com a condição constitucional, de essencial relevância para a aplicação da justiça, conferida pela Constituição Federal do Brasil.

Apesar de não ter obrigação de vencer a causa que lhe foi confiada, visto que sua obrigação é configurada como de meio e não de resultado, o advogado tem como dever conduzir e zelar pela causa da forma mais habilidosa possível, seguindo as disposições contidas no Estatuto da OAB e em seu Código de Ética e Disciplina, sob pena de incorrer em infração disciplinar, ou ainda sofrer demanda civil, impetrada por cliente lesado.

O advogado pode ser responsabilizado civilmente pela quebra de sigilo profissional, perda de uma chance, perda de prazo, entre outros, desde que comprovado dolo ou culpa, visto que sua responsabilidade é subjetiva, para que exista o dever de indenizar, conforme preceitua o artigo 32 do Estatuto da OAB.

Os pressupostos da responsabilidades são baseados na ação ou omissão voluntárias; negligência, imprudência ou imperícia no exercício da profissão; violação de direito; ou ainda causa de dano a outrem, seja este patrimonial ou moral, praticando deste modo ato ilícito, corroborado com o estabelecido no artigo 186 do Código Civil.

O advogado empregado responde perante seus cliente como um advogado profissional liberal, pelos danos que vier a causar, seguindo os mesmos requisitos de comprovação de dolo da responsabilidade subjetiva. O

empregador responde perante terceiros objetivamente por fato de outrem, visto que o advogado transfere para o empregador a responsabilidade civil, porém este possui o direito de demandar ação de regresso contra o causador do dano, inclusive demitindo-o por justa causa, nos termos da CLT. A sociedade de advogados responde pelos danos causados, subsidiaria e ilimitadamente com seus sócios, pelos danos causados, considerando o artigo 17 do Estatuto da OAB.

A aplicação de sanção disciplinar prevista no Estatuto da Advocacia e da OAB não prejudica ação indenizatória impetrada civilmente. Assim o advogado que sofreu sanção disciplinar por descumprir obrigação ou infringiu normas reguladoras de sua profissão, poderá figurar como pólo passivo em ação indenizatória, impetrada por cliente lesado por sua má atuação comprovada.

Ainda confirma-se que em caso de dano causado por advogado empregado e sociedade de advogados, responderão solidariamente o empregador e a sociedade respectivamente.

Concluí-se então que o bom advogado deve ser lúcido e atento, exercendo sua profissão com zelo, mantendo-se em constante estudo para não correr risco de ficar desatualizado, agindo de acordo com as normas reguladoras de sua profissão. Dessa forma desempenhará sempre bem seu ofício, não incorrendo em erros profissionais e não causando prejuízo à pessoa que lhe depositar confiança. Ainda denota-se a extrema importância da pesquisa e produção sobre o tema, e principalmente da conscientização sobre o papel do advogado na sociedade e no Estado.

REFERENCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3026 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 07/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df-stf>> Acesso em: 10 de maio de 2012.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia no Brasil** – diagnósticos e perspectivas. São Paulo, Alfa Omega, 1991.

APELAÇÃO CIVEL Nº 35990098176 ES 35990098176, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Data de Julgamento: 13/03/2007, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/04/2007. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5015158/apelacao-civel-ac-35990098176-es-35990098176-tjes>> Acesso em: 10 de maio de 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v.65, 1977.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 31 de março de 2012.

_____. _____. Código Civil. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 31 de março de 2012.

_____. _____. Código de Defesa do Consumidor. Lei Nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 12 de março de 2012.

_____. _____. Código de Processo Civil. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>

Acesso em: 31 de março de 2012.

_____. _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 12 de março de 2012.

_____. _____. Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil. Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em 11 de março de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA, Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJP, 2005. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf> Acesso em: 10 de maio de 2012.

CORTEZ, Guido Pinheiro, in **Ética na advocacia: estudos diversos**. Coord. Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979. v.1.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. 20 ed. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 131.

_____. _____. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v.7.

FARAH, Elias. **I e II Seminários de Ética Profissional da OAB/SP**. São Paulo LTR Editora Ltda, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

IMPERIO DO BRAZIL. Código Criminal do Império do Brazil. Lei Nº 30, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia**. 3 ed. Brasília. Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda. 2002.

MATOS, Marly de Bari (adap.). **Instituições de Justiniano**: origem do direito brasileiro. Trad. Sidnei Ribeiro de Souza e Dorival Marques. São Paulo: Ícone, 1999.

OAB, Código de Ética e Disciplina da OAB, Brasília-DF, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em <http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao_oab/codigodeetica.pdf> Acesso em 11 de março de 2012.

PASOLD, César Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3 ed. Florianópolis. OAB/SC Editora, 2001.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. 4 ed. São Paulo: Martins fontes, 2007

SODRE, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1991.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a 91, v. 797, mar 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Contratos em espécie. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.3.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história de direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.