UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

SÍMON ABRANTES PINHEIRO BARBOSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

SOUSA - PB
2006

SÍMON ABRANTES PINHEIRO BARBOSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2006

SIMON ABRANTES PINHEIRO BARBOSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em,_____

BANCA EXAMINADORA

_____

Profª. Esp. Geórgia Graziela Aragão
(Orientadora)

_____

Prof. Membro da Banca

_____

Prof. Membro da Banca

Sousa – PB
Novembro - 2006

Dedico a minha mãe Rosa pelo inesgotável apoio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, força vital que permeia tudo quanto é vivo e dotado de sonhos.

Aos meus pais, Sinval Abrantes Barbosa e Rosa Pinheiro de Abrantes, por todo o suporte humano e material com que apostaram na realização de um grande objetivo.

A toda minha família que direta e indiretamente contribuiu de alguma forma para este grande momento.

Ao meu tio Rodrigo Pereira da Silva, pela incessante preocupação e contribuição no meu aprendizado.

Ao primo Paulo "Paulinho" Abrantes de Oliveira, pelo constante apoio e fé depositada, apesar das desconcertantes camaradagens.

Aos colegas de Curso, em especial Afrânio Diniz, Geraldo de Magela, Giovanni Abrantes, Jefferson Dutra, Joaquim Augusto, Leonardo Freitas e Rodrigo Roberto, pela amizade incondicional.

Aos professores, pela dedicação à arte de propagar o conhecimento.

A mestra e orientadora Geórgia Graziela Aragão pela inestimável contribuição neste trabalho.

"Que os advogados de hoje e do futuro sejam homens de bem e de paz, tribunos da liberdade e da ética. Que sua atuação correta, altaneira e leal projete sobre os telhados das cidades frutos de transformação, construção e reconstrução de novos homens que exerçam e pratiquem a justiça com novo ardor, novos métodos e novo instrumental, para que o Direito possa verdadeiramente entregar a cada um o que é seu".

Antônio Laert Vieira Júnior

RESUMO

Quando as relações humanas estão intactas ou equilibradas, o espectro da responsabilidade permanece latente, não se configurando os pressupostos para sua ocorrência. Diz-se, então, que há normalidade sócio-jurídica. Outrossim, quando o princípio que rege a gênese da responsabilidade é violado – *neminem laedere* -, a responsabilidade tem, enfim, seus elementos reunidos, surgindo como obrigação de reparar o dano. Esse postulado fundamental da responsabilidade é de cunho geral, todavia, se coadunando mais intimamente com a esfera civil, devido sua natureza própria de reger as situações e os atos que permeiam a vida dos indivíduos. Nos tempos atuais um outro ramo do Direito de importantíssima existência também comporta perfeitamente o corolário da responsabilidade civil. Trata-se do Direito do Consumidor, um dos maiores avanços em nosso direito pátrio, que originou a partir de sua inclusão entre os direitos e garantias fundamentais na constituição Federal de 1988, para, três anos depois, ser regulamentado em lei específica – Lei nº 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor. No Código de Defesa do Consumidor o fato da responsabilidade civil avulta em importância na medida em que se relacionam os sujeitos trazidos em sua própria estrutura: o fornecedor e o consumidor, que na tônica do referido dispositivo são eqüidistantes entre si em função do domínio e preparo técnico de que dispõe o fornecedor em detrimento do consumidor, que sempre é presumido vulnerável, por não ser detentor do conhecimento e técnicas específicas de que se vale o fornecedor ao desempenhar suas atividades. Desse critério se origina a hipossuficiência. Se essa relação de consumo que é deveras complexa, é desequilibrada, consubstanciando-se dano para o consumidor, o *neminem laedere* foi quebrado, e a responsabilidade civil passa a existir. O Código de Defesa do Consumidor tem o mérito de disciplinar como princípio norte a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços, como medida de proteção e garantia ao consumidor em razão de sua vulnerabilidade. Nesses termos, o trabalho se propõe a discorrer acerca da relação entre advogado e cliente enquanto sujeitos da relação de consumo. O advogado é indispensável, inviolável e essencial à administração da justiça. Portanto, presume-se que o advogado é um profissional ético, responsável, conhecedor de seu ofício, com suporte técnico suficiente para prestar os serviços a que se propõe. Porém, não raramente essa presunção não se confirma. Objetiva-se realizar uma discussão acerca da responsabilidade civil do profissional do direito, com a particularidade de justapô-lo à relação de consumo. Interessa-se fazer um alerta aos estudantes e aos profissionais desta área sobre a necessidade de se implementar gradualmente na prática esse novo conceito de responsabilização, pois embora pouco discutido e adotado, é crescente em nosso país os danos causados aos clientes pela atuação nociva e negligente dos advogados nessa área.

Palavras-chave: Responsabilidade. Advogado. Profissional liberal. Código de Defesa do Consumidor.

SUMMARY

When the relations human beings unbroken or are balanced, the specter of the responsibility remain latent, if not configuring the estimated ones for its occurrence. One says, then, that it has partner-legal normality. Therefore, when the principle that conducts begin of the responsibility is violated - they *neminem laedere* -, the responsibility has, at last, its congregated elements, appearing as obligation to repair the damage. This basic postulate of the responsibility is of general matrix, however, according to more with the civil sphere, which had its proper nature to conduct the situations and the acts that to get into the life of the individuals. In the current times one another branch of the Right of more important existence also holds perfectly the corollary of the civil liability. One is about the Right of the Consumer, one of the biggest advances in our native right, that originated from its inclusion between the rights and basic guarantees in the Federal Constitution of 1988, for, three years later, to be regulated in specific law - Law nº 8.078/91, that it institutes the Code of Defense of the Consumer. In the Code of Defense of the Consumer the fact of the civil liability grow in importance in the measure where if they relate the citizens brought in its proper structure: supplier and consumer, that in tonic of related device is equidistant between itself in function of domain and preparation technician of that it makes use the supplier in detriment of the consumer, who always is vulnerable flaunter, for not being detainer of the knowledge and specific techniques of that if valley the supplier when playing its activities. From this criterion if it originates the vulnerable. If this relation of consumption that is indeed complex, is unbalanced, causing damage for the consumer, it they *neminem laedere* was broken, and the civil liability starts to exist. The Code of Defense of the Consumer has the merit to discipline as principle north the civil liability of the supplier of services, as measured of protection and guarantee to the consumer me reason of its vulnerability. In these terms, the work if considers to discourse concerning the relation between lawyer and customer while citizens of the consumption relation. The lawyer is indispensable, inviolable and essential to the administration of justice. Therefore, he is presumed that the lawyer is an ethical professional, responsible, expert of its craft, with support technician enough to give to the services the one that if considers. However, not rare this swaggerer does not confirm itself. Our objective work to carry through a quarrel concerning the civil liability of the professional of the right, with the particularitity of to stand together he in the consumption relation. Our bigger interest is to make an alert one to the students and the professionals of this area on the necessity of if implementing gradually in practical the this new concept of responsabilization, therefore even so little argued and adopted, it is increasing in our country the actual damages to the customers for the harmful and negligent performance of the lawyers in this area.

Word-key: Responsibility. Lawyer. Liberal professional. Code of Defense of the Consumer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

CAPÍTULO 1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 12

1.1 Lineamento histórico 13
1.2 conceito e pressupostos para a configuração da responsabilidade civil 16
1.2.1 Conduta ilícita – ação ou omissão 18
1.2.2 Culpa do agente 19
1.2.3 Dano indenizável 21
1.2.3.1 Dano material 23
1.2.3.2 Dano extrapatrimonial 24
1.2.4 Relação de causalidade 25
1.3 Responsabilidade civil e penal 26
1.4 Responsabilidade contratual e extracontratual 28
1.5 Responsabilidade na relação de consumo 30

CAPÍTULO 2 O ADVOGADO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS 34

2.1 O advogado e a administração da justiça 34
2.2 Cunho econômico da atividade advocatícia 37
2.3 Da atividade advocatícia 38
2.3.1 Importância da advocacia extrajudicial 40
2.4 Importância do advogado como profissional liberal no mundo moderno 41
2.5 O advogado como um dos sujeitos da relação jurídica de consumo 43

CAPÍTULO 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO 48

3.1 Código de Defesa do Consumidor – norma de caráter multidisciplinar 48
3.2 Natureza do dever jurídico do fornecedor de serviços advocatícios 50
3.3 Direitos básicos do consumidor/cliente 53
3.4 A problemática do § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – sua correta interpretação 55
3.5 Das obrigações de resultado 59
3.5.1 Atuação consultiva 61
3.5.2 Inversão do ônus da prova 62
3.5.2.1 Inversão do ônus da prova na responsabilidade extracontratual 63
3.6 Das obrigações de meio 65
3.6.1 Atuação contenciosa 66
3.7 Da responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço 67
3.8 Da decadência 69

CONSIDERAÇÕES FINAIS 71
REFERÊNCIAS 73
ANEXOS 74

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, enquanto instituto que compreende considerável esfera do Direito, encerra tormentosa, viva e constante discussão jurídica doutrinária e jurisprudencial, sobretudo quanto aos pressupostos exigidos para a sua configuração, iniciando-se com o uso da própria expressão.

Com efeito, diz-se na atualidade que o emprego da locução "responsabilidade civil" – que se origina do verbo latim *re-spondere*, no sentido de significar a circunstância de determinada pessoa ter se constituído garantidor de alguma coisa – encontra-se ultrapassado, em razão de tal expressão guardar conexão às noções de imputabilidade e culpa, não refletindo, portanto, a moderna concepção do dever de indenizar, assentado na efetiva busca de reparação de danos, a qual pode ocorrer, em diversas hipóteses determinadas por lei, independentemente da verificação do elemento subjetivo, ou seja, da culpa em sentido amplo (dolo, imperícia, imprudência e negligência).

Em que pese existir referida divergência quanto ao termo que melhor represente o conceito do instituto, nada obsta utilizar-se da expressão responsabilidade civil, de notório conhecimento e larga difusão no mundo jurídico, e já sedimentada no âmbito doutrinário e jurisprudencial no decorrer de longos anos até os dias de hoje, mas no sentido de significar o que representa em sua acepção atual, vale dizer, reparação de danos.

O estudo em exame tem por escopo analisar a incidência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor perante a relação estabelecida entre o advogado e seu cliente; vale dizer, enfrentar a polêmica discussão sobre a existência ou inexistência de relação de consumo entre mencionados personagens, especificamente no que tange à apuração de responsabilidade

profissional do causídico à luz da legislação consumerista. Em sede jurisprudencial constatou-se a escassez de discussão sobre a matéria, mas os parcos e mais atualizados pronunciamentos judiciais longe estão da convergência, como se demonstrará.

Destarte, procurar-se-á delimitar o campo de abrangência da responsabilidade civil do advogado, à luz das normas de regência da matéria, demonstrando-se as diversas posições da doutrina sobre a natureza desse dever de reparação de danos, indicando-se os fundamentos técnicos de cada visão e o respectivo sustentáculo legal. Pretende-se, ainda, modestamente apontar-se a tônica de responsabilidade civil que melhor se apresenta aplicável ao advogado, o que, às evidências, dependerá da situação fática ocorrida, sobretudo da espécie de obrigação existente e extensão dos danos causados ao cliente. Esta é a proposta a que se destina o presente ensaio.

Para uma melhor compreensão do tema proposto, o estudo será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo terá por escopo uma análise objetiva sobre a parte geral da responsabilidade civil, assunto que frequentemente constitui o centro das atenções de doutrinadores, juristas, legisladores e filósofos devido a íntima correlação que mantêm com o fato social, pois a responsabilidade civil é acontecimento que sucede dia-a-dia nas relações intersubjetivas, embora imperceptível para os que não se defrontam diretamente com ela.

Caracterizar-se-ão seus princípios basilares e elementos configuradores, e confrontar-se-á as espécies que abrange, contratual e extracontratual. Também se fará uma comparação rápida, mas essencial, entre os ramos da responsabilidade penal e civil. Além de lançar foco sobre a moderna linha que assume atualmente com a recepção feita pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual institui a relação de consumo.

No segundo capítulo tratar-se-á da delimitação de um dos objetos nucleares do tema: o advogado. Argumentar-se-á sobre sua importância prática e o papel fundamental que desempenha como agente garantidor do pleno acesso à jurisdição. Demonstrará, nesse sentido, sua função pública e social.

Tratar-se-á de inseri-lo no plano das relações econômicas, identificando-o como profissional liberal, demonstrando que sua atividade se amolda perfeitamente àquela que ordinariamente encontra-se no mercado, com vistas a disponibilização para o consumo. Dessa forma, caracteriza-se como um dos sujeitos que compõe a relação de consumo: o fornecedor de serviços.

Por fim, o terceiro capítulo relacionará a conduta do advogado, verdadeiro fornecedor de serviços advocatícios, no âmbito da relação de consumo, dispondo sobre sua responsabilização civil conforme o regramento contido na norma consumerista.

Métodos utilizados para elaboração deste estudo: o histórico-evolutivo; direcionado na evolução da responsabilidade civil, das relações de consumo e do advogado; o método de estudo comparativo, utilizado com o intuito de traçar um parâmetro entre os elementos focalizados e por fim o método exegético-jurídico, para análise das proposições legais relativas ao tema. A metodologia utilizada consistiu no estudo bibliográfico (doutrina, legislação e jurisprudência).

CAPÍTULO 1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Todo campo das atividades humanas e das interações intersubjetivas está intimamente marcado pela idéia de responsabilidade. Onde quer que o homem vá ou atue, seja em seara filosófica, psicológica, religiosa, ética, social ou jurídica, a responsabilidade por seus atos segui-lo-á.

De modo que firmar com exatidão conceitual uma definição de responsabilidade é tarefa tormentosa, que exorbita nossas forças e pretensões, ao considerar-se que a mesma poderá assumir variadas acepções e nuances em função do campo humano ou científico que dela se ocupe ou da corrente filosófico – doutrinária seguida por aquele que se lança ao desafio de defini-la.

Todavia, estreitando essa gama de acepções e entendimentos diversos, oriundos de exaustiva análise e indagação do tema proposto, busca-se aqui uma compreensão jurídica do termo, tendo sempre em mente a estrutura basilar da responsabilidade civil, expressa no princípio *neminem laedere*, obrigação de a ninguém ofender, lesar, o que ocorrendo, abre respaldo para possível compensação (indenização).

Deve-se compreender, pois, que poucos campos do Direito têm evoluído e se transformado como a responsabilidade civil, sofrendo mesmo significativas alterações em curtos espaços de tempo; reconhecendo-se nela primacial e importantíssima função, que é a de garantir aos cidadãos, vítimas de danos (patrimoniais ou morais) a oportunidade de reorganizarem e reequilibrarem sua esfera jurídica, sob a égide dos valores hierarquicamente superiores, quais sejam, a segurança jurídica, a justiça e o bem comum, por meio da reparação ou ressarcimento que lhes seja devido.

Resta dizer, que nesses tempos durante ao quais os homens têm insistido em causar danos uns aos outros, a responsabilidade civil é tema deveras portentoso, merecendo ser discorrido com máxime precisão e acuidade, devido, como se disse, aos contornos que assume hodiernamente. Vê-se, então, que o fato da responsabilidade civil diz com equilíbrio social, modo análogo, é a responsabilidade fenômeno social.

1.1 Lineamento histórico

Desde épocas remotas, quanto inexistia um sistema jurídico apto a apaziguar os conflitos sociais decorrentes do choque de interesses humanos, a solução dos conflitos (fossem penais ou civis, embora ainda inexistisse tal distinção) era feita sob a emblemática da vingança de mão própria, também conhecida como vingança privada. Substancialmente, se tratava de auto-tutela, vez que o dano sofrido provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido.

É de perceber-se que não se cogitava ainda do fator culpa, um dos pressupostos, segundo a teoria clássica, para a configuração da responsabilidade civil.

Não havia regras nem limitações para essa retaliação imediata, de modo que a vingança privada, segundo Alvino Lima (apud Gonçalves, 2002) era "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido", uma solução comum a todos os povos nas suas origens para a reparação do mal pelo mal.

Posteriormente, sobreveio a fase da vendeta mediata, onde, embora a reação não pudesse acontecer desde logo, a prerrogativa da vingança não era obstada. Adveio desse período a pena de talião, sob a máxima "olho por olho, dente por dente".

Surge, a partir daí, a fase da composição, onde o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vendeta, pela compensação econômica.

Num estágio mais avançado, quando já existe uma autoridade soberana que chama para si a incumbência ou dever de punir, o legislador tolhe da vítima a prerrogativa que esta tinha de fazer justiça própria. Finalmente toma lugar a composição econômica, que de voluntária passa a ser obrigatória.

É quando, então, o ofensor paga certa quantia por membro atingido ou inutilizado, pela morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em decorrência, tarifações absurdas, resquícios históricos de nosso quantum indenizatório.

Mas um fundamento essencial, a distinção entre "pena" e "reparação" como fator distintivo da esfera penal e civil, só começou a ser esboçada no tempo dos antigos romanos, partindo da diferenciação entre delitos públicos (delitos mais gravosos, perturbadores da ordem) e os delitos privados. Naqueles, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, enquanto que no outro, a pena pecuniária era revertida em benefício da vítima.

O Estado concentrou, assim, nele só, a função ou prerrogativa de punir. Esclarece-nos Gonçalves (2002, p. 5) que "quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização, subsistindo, a partir desse marco, a responsabilidade civil ao lado da responsabilidade penal".

Mas é o direito francês, aperfeiçoando gradativamente as idéias e estudos da época, que fixa um princípio – norte para a responsabilidade civil, abstendo-se de capitular os casos de composição obrigatória, mas preocupando-se em criar inovadoras teorias nessa seara. É a vanguarda da responsabilidade civil. Concomitantemente vão sendo estabelecidos pressupostos inéditos que exercem influência na estrutura da responsabilidade, a saber: direito à reparação sempre que houvesse culpa (ainda que leve), apartando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das

pessoas que descumprem as obrigações) e a que não se liga a crime ou delito, mas se origina da negligência ou imprudência.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2002, p. 6) "era a generalização do princípio aquiliano: *in lege aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, a de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar". E continua: "a noção de culpa 'in abstracto' e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no código de Napoleão; a responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo".

Séculos depois de avanço sucessivo nos primeiras características que compõem a responsabilidade, suscitar-se-ão outras indagações. Foca-se a era do desenvolvimento econômico e industrial, onde o ritmo desenfreado do progresso, com conseqüente multiplicação dos danos originários desse contexto, favorecem o nascimento de novas teorias que buscam proteger efetiva e eqüitativamente as vítimas.

Para se ter noção de como avulta em importância a temática da responsabilidade civil, nos últimos anos, vem crescendo em adesão a chamada teoria do risco, que, sem a pretensão de extinguir a teoria da culpa, acoberta muitas hipóteses em que o apelo à concepções tradicionais se revela insuficiente para proteger a vítima.

A responsabilidade objetiva funda-se, conforme Gonçalves (2002, p. 7), "num princípio de equidade existente desde o direito romano: 'aquele que lucra ou toma proveito com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes'. Quem aufere os cômodos (lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)".

Entretanto, ainda se tem procurado, com certa ortodoxia, fundamentar a responsabilidade na idéia rigorosa da culpa, sendo esta sabidamente insuficiente para atender às imposições de uma sociedade orquestrada e dependente de um progresso sedento por constantes modificações nas relações intersubjetivas, cuja multifacetação dessas interações sociais tornam

cada vez mais complexos os conflitos humanos. Devendo-se, pois, fixarem-se casos especiais em que deve remanescer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção.

Nosso Código Civil atual em seu artigo 186 via de regra se manteve afeto á teoria clássica subjetiva, perquirindo pela culpa para que haja responsabilidade.

Doravante, em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva (com culpa presumida), exemplo disso é o código de defesa do consumidor, Lei nº. 8.078/90 é o avanço, também, dos institutos jurídicos, primando-se, assim, pela satisfação eqüitativa do direito violado, segundo as premissas básicas do *neminem laedere*.

1.2 Conceito e pressupostos para a configuração da responsabilidade civil

A obrigação de reparar o dano é resultado de um longo caminho histórico – jurídico percorrido pelo princípio ora colacionado (*neminem laedere*) de a ninguém ofender, lesar, princípio que, como anteriormente assinalado, partindo da vingança privada, passando pela Lei de Talião, Lei das XII Tábuas e Lex Aquilia, quando surgiu o espectro da culpa, tal qual como concebido em nossos dias, chegou ao Código Civil Francês de 1804 como responsabilidade civil subjetiva, evoluindo ainda hoje, especialmente na figura da responsabilidade objetiva, apresentada pela teoria do risco.

Sabe-se que existe latente no espaço sócio – jurídico a obrigação de não lesar – repita-se, *neminem laedere* – obrigação que implica na assunção de uma conduta negativa, melhor dizendo, que não ocasione dano ou prejuízo para outrem, através da violação de um direito, ou ainda, que não torne viável tal possibilidade, quando praticado um ato (conduta comissiva) ou não – ato (conduta omissiva).

Deriva dessa ação violadora o ato ilícito, e deste nasce, em tese (pois necessária a reunião de alguns pressupostos, embora nem tanto de outros), a obrigação de reparar o dano ocasionado. Origina-se dessa nova situação derivada da não observância da conduta negativa apregoada pelo postulado do *neminem laedere* uma obrigação positiva, a qual exige que dada pessoa fique adstrita a satisfazer uma prestação de natureza ressarcitória em proveito de outra, a fim de que se atinja ou se compense o *statu quo* anterior ao dano, com vistas à reestruturação do equilíbrio sócio – jurídico.

Efetivamente, a obrigação de reparar o dano resulta do ato ilícito, que na lição cuidadosa de Sílvia Vassilief (2006, p. 60) vem a ser "a ação ou omissão humana, voluntária, imputável à pessoa capaz de entender e querer, que haja com discernimento, intenção imprudência ou negligência, ou seja, culpa, e que cause prejuízo a outrem". A referida autora assevera ainda que (2006, p. 61):

> O ato ilícito, chamado inadimplemento culposo é composto de dois elementos, um subjetivo, que é a culpa, e outro objetivo, que é o dano. Esses elementos devem estar vinculados um ao outro; a culpa deve ser a causa e o dano o efeito dessa causa. Em síntese, consiste numa ação ou omissão da conduta necessária ao cumprimento de **obrigação preexistente**, seja ela legal ou convencional, que culmine em prejuízo. (grifo nosso)

O que foi dito nada mais é que decorrência lógica da letra do artigo 186 do Código civil de 2002: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", dispositivo padrão da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico.

O aludido artigo consagra a regra universalmente aceita de que aquele que mediante culpa causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Destarte, para caracterizar-se a responsabilidade civil deve haver ato ilícito, todavia, para subsistir obrigação de reparar ou indenizar, mister se faz a concorrência de quatro elementos ou pressupostos conforme se depreende do dispositivo legal supra:

a) conduta ilícita – ação ou omissão;

b) culpa do agente;

c) dano indenizável – material ou extrapatrimonial (moral);

d) relação de causalidade.

Por ora, cumpre analisar as peculiaridades de cada um desses elementos.

1.2.1 Conduta ilícita – ação ou omissão

A responsabilidade civil, como espécie do gênero responsabilidade jurídica, advém da violação de um preceito normativo pela conduta pessoal. Apenas o comportamento, ou seja, a consecução de atos, pode ser juridicamente pertinente. De modo que o direito não se ocupará de elementos tais como o pensamento, a cogitação e as vontades que não se materializem para o campo físico, reverberando factivelmente.

A conduta, por seu turno, pode ser comissiva ou positiva, quando o indivíduo atua ativamente, ferindo a norma que o proibia de fazê-lo, daí o ato ilícito, pois transgrediu a norma posta de não lesar. De outra modo, pode acontecer da regra impor ao seu destinatário uma determinada ação e este, inobservando-a, permanece inerte, passivo, o que acarreta ato ilícito oriundo de conduta omissiva.

Assim sendo, tanto a ação quanto a omissão podem violar direito, dando ensejo ao ato ilícito comissivo ou omissivo, respectivamente.

De se notar que também caracteriza ato ilícito o exercício abusivo de direito. Normalmente o exercício de um direito subjetivo não pode ser considerado um ato ilícito pelo

próprio ordenamento que o legitima. Todavia, por várias vezes ficou patente, tendo-se em conta o caso concreto, que o fundamento de um direito reconhecido era violado sem que o fossem seus limites objetivos, ou seja, o agente exercia o direito dentro dos limites legais, visando ocasionar dano a outrem.

Para Laert (2003, p.10) "uma vez mais a jurisprudência francesa toma dianteira no aperfeiçoamento de temas jurídicas criando a teoria do uso abusivo do direito, influenciando, inclusive, nossa legislação civil".

A propósito reza o artigo 187 do Código Civil de 2002: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa – fé ou pelos costumes".

Para Sílvio Rodrigues (apud. Gonçalves, 2002) "o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem". E mais adiante prossegue (apud Gonçalves, 2002):

> [...] distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei; negando-se ou excedendo-se o direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.

1.2.2 Culpa do agente

Ao referir-se simplesmente à "culpa", trata-se, entretanto, da culpa *lato sensu*, abrangendo o dolo, que, em suma, é ato intencionalmente voltado à produção do resultado, e da culpa *stricto sensu*, que é a violação de uma obrigação por falta de diligência, sem intenção específica.

Durante muito tempo e em ainda hoje em quase que totalidade das situações, a culpa constituiu o cerne da responsabilidade civil (apesar do enorme avanço que representou o acolhimento da responsabilidade objetiva com culpa presumida em determinados casos, especialmente no que dispõe o Código de Defesa do Consumidor), tendo origem no princípio de a ninguém ofender (*neminem laedere*), de respeitar os direitos alheios e é exigida para que surja a obrigação de reparar o dano, conforme se observou do artigo 186 do Código Civil de 2002, completado pelo artigo 927 do mesmo diploma legal: "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Para a caracterização do dolo, basta a ação ou omissão voluntária, o desiderato em provocar o resultado, não sendo essencial à sua configuração que o agente tenha previsto as conseqüências, bem como os motivos e as finalidades que o levaram a agir.

Já para a configuração da mera culpa, culpa *stricto sensu*, não se exige intenção específica imputável ao autor da violação; esta ocorre se o agente pode conhecer e evitar a violação mas não o faz, agindo com negligência, que em sentido amplo abrange a imprudência e a imperícia. Segundo Gomes (apud Vassilief, 2006):

> O comportamento culposo ocorre por se abster o devedor do que deveria fazer para satisfazer o crédito, seja deixando de cumprir totalmente a obrigação, seja deixando de cumpri-la pontualmente, seja cumprindo-a defeituosamente. Pode ser positivo, *in faciendo*, se o agente faz o que não deveria ou negativo, se abstém-se, omite-se em momento ou circunstância em que deveria agir.

Genericamente culpa é fundo animador do ato ilícito, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expresso na ilicitude e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no

sentido amplo; e a simples negligência – negligência, imprudência e imperícia – em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.

Apesar de o legislador pátrio não ter definido diretamente a culpa, a doutrina nacional o fez muito bem, conforme se extrai deste fragmento de texto de Aguiar Dias (apud Vassilief, 2006):

> [...] fica-nos a concepção da culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido estrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.

Para Savatier (apud. Vassilief, 2006)

> culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente a conhecia e deliberadamente a violou, ocorre delito civil, ou, em matéria de contrato, dolo contratual. Mas se a violação do dever foi involuntária, há culpa simples, que, nas relações extracontratuais, chama-se quase-delito.

Em suma, a culpa corporifica-se no ato ilícito, ou seja, na violação de uma obrigação preexistente, obrigação que pode ser tanto contratual, ou, ainda, um preceito moral ou uma obrigação geral de não prejudicar – daí a divisão existente entre obrigação contratual e extracontratual, a ser vista oportunamente.

1.2.3 Dano indenizável

A fim de se compreender a importância do dano como pressuposto inafastável da responsabilidade civil, necessário se faz corroborar sua existência como critério distintivo das responsabilidades moral e jurídica. É que o prejuízo, inexoravelmente existente nesta, é facultativo naquela, conducente a concluir-se que a primeira abrange a segunda.

A conduta ilícita somente repercute civilmente se resultar em dano a outrem, caso contrário, não há que se cogitar responsabilidade.

Nesse diapasão, pode-se conceituar dano como a diferença existente entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria caso o evento ou fato danoso não se tivesse produzido. No claro ensinamento de Orlando Gomes (apud Vassilief, 2006):

> Pode ser considerado positivo, dano emergente, na hipótese de o patrimônio sofrer efetiva diminuição, e negativo, lucro cessante, na hipótese de o patrimônio ser privado de ganhos que lhe seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado obstáculo ao ganho.

Ou como usualmente se afirma na doutrina corrente, é o que o indivíduo deixou de ganhar ou lucrar em circunstâncias normais, devido uma ação que afetou a normalidade de tais circunstâncias.

Quanto à classificação do dano, assevera Carlos Alberto Bittar (apud Laert, 2003):

> São pessoais, pois, os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas projeções na sociedade, como, por exemplo, as lesões ao corpo (componente físico), ou ao psiquismo (componente intrínseco da personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade. São morais os danos a atributos valorativos (virtudes) da pessoa qual ente social [...]; vale dizer, dos elementos que o individualizam como ser, como honra, reputação, as manifestações do intelecto. São patrimoniais os prejuízos de cunho econômico, causados por violações a bens materiais (corpóreos) e a direitos (incorpóreos) que compõem o acervo da pessoa.

Via de regra, o dano material é ressarcível, porque envolve efetiva, constatável diminuição do patrimônio, e o dano moral é compensável, pois a reputação, a honra, a paz de espírito e demais atributos valorativos ou personalíssimos são bens protegidos pelo direito, portanto, prescindem de um parâmetro de comparação ou equiparação material, pois impossível mensurá-los.

No tocante à certeza do dano, não basta apenas a possibilidade de o fato vir a produzir dano; invariavelmente, exige-se a comprovação do dano concreto experimentado.

Nesta feita, questiona-se a possibilidade de o prejuízo ser deduzido da simples inexecução contratual. No entanto, deve-se propender pela negativa da questão suscitada, como forma de se preservar a segurança jurídica quanto à possibilidade de responsabilização. Ora, o dano (ao contrário do elemento culpa), não pode ser abstraído do rol de elementos necessários para se configurar a obrigação de indenizar, pois enseja-se o prejuízo certo, delineado, a ser vislumbrado mais comumente na esfera patrimonial, o que não implica em afastamento da extrapatrimonial; porém, a perquirição de prejuízo dessa natureza demandará critérios mais específicos e valorativos.

Portanto, grosso modo, o dano tem que ser provado, não havendo, no dizer dos irmãos Mazeaud (apud Gonçalves, 2002):

> Nenhuma razão séria para estabelecer, em matéria contratual, derrogação dos princípios gerais: não somente é necessário o prejuízo, para acarretar a obrigação do devedor, mas a própria inexecução não constitui presunção de dano em favor do credor; este é obrigado, como em qualquer outro caso, a fazer prova do prejuízo, cuja reparação exige.

Dessa forma, insista-se que o dano há de ser atual e certo, pois lesão eventual, hipotética ou mero perigo de dano não perfazem hipóteses justificadoras de indenização. Dano atual é o que está presente no momento do ato ou no passado, certo é o dano fundado em fato preciso e não em conjecturas.

1.2.3.1 Dano material

Antes de tudo, mister estabelecer o que é patrimônio, para, aí sim, se compreender o conceito de dano patrimonial ou material, visto que aquele é seu objeto.

Embora não haja entendimento unívoco da doutrina, cumpre salientar o pertinente ensinamento de Clóvis Beviláqua (apud Laert, 2003):

> Patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico. Assim, compreende-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas [...].

Esta definição tem o condão dúplice de abranger todos os bens e direitos na expressão "conjunto de ralações jurídicas", mas, contudo, padece de exagerada abstração.

A doutrina imperante conceitua o dano material como a lesão - diminuição ou destruição – que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em quaisquer de seus bens ou interesse jurídico de cunho econômico ou patrimonial.

O artigo 402 do Código Civil de 2002, identifica o dano emergente e o lucro cessante: "[...], as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além de que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

Lembre-se que o dano emergente diz com a concreta deterioração ou perecimento do patrimônio; enquanto que no lucro cessante, a vítima deixa de auferir lucro, quando razoavelmente o teria.

1.2.3.2 Dano extrapatrimonial

Pode-se identificar o dano extrapatrimonial ou moral como a privação ou depreciação daqueles bens que têm valor precípuo na vida do homem, que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física e honra, e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que atinge a parte social do patrimônio moral (honra, reputação), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz ou alguma outra sequela corporal) e o dano moral puro (dor, tristeza, saudade).

Carlos Alberto Bittar (apud Laert, 2003) conceitua o dano moral preocupado mais com a natureza humana e menos com o critério econômico:

> Danos morais são os experimentados por algum titular de direitos, seja em sua esfera de consideração pessoal (intimidade, honra, afeição), seja na social (reputação, conceito, identificação), por força de ações ou omissões injustas de outrem, tais como agressões infamantes ou humilhantes, discriminações odiosas, divulgação indevida de fato íntimo, cobrança vexatória de dívida e outras tantas manifestações desairosas que podem surgir no relacionamento social.

1.2.4 Relação de causalidade

Aguiar Dias (apud Vassilief, 2006) concebe que: "a causalidade é o que se exige e não mera coincidência entre o dano o procedimento do imputado responsável".

Deste ensinamento capta-se a indispensabilidade, também, do nexo causal. Fosse o contrário, corresponderia a se acatar a aleatoriedade na constatação do dano imputável á conduta de alguém, propendendo-se, muitas vezes, pela injustiça.

Assim sendo, constata-se que nexo causal é a relação de causa e efeito entre o fato ilícito e o dano. O nexo causal ocorre pelo agir, atitude comissiva, também podendo ocorrer pelo não agir, que é omissão. No que toca a este tipo, frise-se que ele apenas se verifica quando a pessoa que poderia impedir o dano e que cumulativamente era incumbida pela lei ou contrato ou normal geral, agiu a destempo.

Sílvia Vassilief (2006, p. 72) nos esclarece que:

> Geralmente coexistem com a causa várias concausas que podem influenciar na produção do resultado, sem, no entanto, determiná-lo exclusivamente, senão, assim sendo, assumiriam a posição de causadoras do dano. As concausas preexistentes não assumem a posição central na relação de causalidade, apenas as concomitantes e as supervenientes podem fazê-lo.

Compete aqui demonstrar como se dá a relação entre a causa e as concausas na produção do resultado danoso. Insta, para tanto, a ilustração de duas teorias responsáveis pela temática em comento.

A teoria da equivalência das condições, "segundo a qual qualquer dos fatos condicionantes pode ser tomado como causa eficiente do dano; e a teoria da causa imediata, que considera válido somente o evento imediata e diretamente necessário para a produção do dano" (Vassilief, 2006, p. 73).

Cumpre, neste sentido, fazer a análise do teor do artigo 403 do Código Civil de 2002: "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos afetivos e os lucros cessantes por efeito dela diretos e imediatos, [...]".

Percebe-se, pois, que o legislador pátrio adotou como critério norteador dessa disciplina a causa imediata.

1.3 Responsabilidade civil e penal

O vocábulo responsabilidade deriva do latim *re – spondere,* denotando a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Discorrendo a respeito da distinção entre os legitimados da responsabilidade civil e penal, Aguiar dias (apud Gonçalves, 2002) leciona que:

> Para efeito de punição ou de reparação, para aplicar uma ou outra forma de restauração do equilíbrio social é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se, ás expensas do ofensor, ao *statu quo* anterior à ofensa. Assim procede, não porque se impressionou com ele, mas porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não – intervenção na seara individual. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado.

Tenha-se em mente, que uma ação ou omissão pode acarretar a responsabilidade civil do agente, apenas a responsabilidade penal, ou mesmo concentrar ambas. De ver-se, pois, que é quase o mesmo o fundamento de ambas formas de responsabilidade. Outrossim, as condições em

que surgem é que são díspares, pelo fato de que uma é mais exigente que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se materializarem.

Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado, pertinente apenas ao indivíduo que o sofreu, de modo que o prejudicado poderá pleitear ou não a reparação. Repare-se na disponibilidade da ação. Ao passo que na responsabilidade penal, o agente infringe norma de ordem pública, abrangente à todos, por isso mesmo o interesse violado é o da sociedade (*pro societate*), portanto, indisponível.

Tais formas de responsabilidade abrem margem ás respectivas ações: uma, exercível em nome da sociedade, representada pelo Estado, que concentra em sua estrutura a pretensão punitiva; outra, pela vítima, tendente a obter reparação própria.

Outros caracteres também distinguem a responsabilidade civil da penal. A saber, é esta pessoal, intransferível, chegando o réu, em casos extremos, a ter sua liberdade de locomoção cerceada pela pena privativa de liberdade, motivo pelo qual deve estar munido de todas as garantias aptas a lhe assegurarem contra o Estado, ao qual compete reprimir o crime e para isto, deve arcar com o ônus da prova. Já na seara civil, mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm sido desenvolvidos para cercar a vítima de todas as garantias conducentes a lhe possibilitar o ressarcimento do dano.

Nesta feita, consubstancia-se que a responsabilidade no cível não é pessoal, mas patrimonial, alcançando os bens do devedor para indenizar o prejuízo sofrido pela vítima. Ressalve-se que são apenas dois os casos ensejadores de prisão civil: inadimplemento voluntário de pensão alimentícia e depositário infiel. Afora esses casos, se o causador do dano não indenizar por insuficiência de bens, nada poderá ser feito, permanecendo a vítima irressarcida.

Diga-se ainda, que enquanto na esfera penal é imperativo que haja perfeito amoldamento entre o fato concreto ao tipo penal, no cível, qualquer ação ou omissão pode gerar

responsabilidade, desde que em consonância com o disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002, ou seja, que viole direito e cause dano a outrem. Além de tudo, a culpabilidade na esfera cível á mais ampla, segundo o brocardo de que "no civil, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar"; enquanto que no universo penal há certo abrandamento, pois nem toda culpa acarreta a condenação do réu, exigindo-se, para tanto, certo grau ou intensidade

1.4 Responsabilidade contratual e extracontratual

No que pertine a essa dualidade de responsabilidades, pode-se dizer que se baseiam no mesmo gênero de culpa (conceito uno de culpa). Dessa forma, não há diferença de substância entre o regime de responsabilidade culposa contratual e extracontratual, pois há somente um gênero de culpa ao qual esses dois regimes ou espécies pertencem.

Sílvia Vassilief (2003, p. 74) assevera:

> Apesar de não haver diferenças fundamentais entre essas duas espécies de responsabilidades, de natureza jurídica semelhantes, e apesar de uma ser concebida como norma geral e a outra, o contrato, como norma individual, não há qualquer antítese entre elas, mas sim, diferenças acessórias, cuja importância prática é tão grande que justifica o estabelecimento de uma linha divisória entre elas.

De tal argumento, deixa-se antever que, cientificamente, não há duas responsabilidades, cada uma estanque, mas dois regimes de responsabilidade.

Aguiar Dias (apud Laert, 2003) preconiza que: "contratual ou extracontratual, a culpa não cria relações de direito: 'transforma a relação originária em obrigação secundária'".

Então, as duas espécies de responsabilidade possuem pontos de contato por ambas consistirem em violação de uma obrigação jurídica (*neminem laedere*), reconhecendo – se quanto às mesmas distinção relativamente à aspectos secundários, a qual decorre, para Orlando Gomes (apud Laert, 2003):

> Da natureza do direito violado. Na contratual, é dentro do contrato, cuja existência precisa ser demonstrada, que se deve buscar, encontrar e precisar o direito violado pelo devedor. Na extracontratual, essa indagação se dirige ao direito positivo.

Em suma, a responsabilidade de natureza contratual diz respeito ao descumprimento de uma obrigação resultante da quebra de contrato e baseada no princípio da autonomia privada da vontade, pressupondo-se um pacto; extracontratual (ou aquiliana), por sua vez, resulta da lei, diz respeito à falta de cumprimento de um dever, à infração aos princípios gerais do direito.

De tudo o que foi dito, certo é que a obrigação de reparar o dano sempre existe, seja ele produzido dentro do contrato ou fora dele. O modo de atuação dessa responsabilidade é que pode ser diferente na prática. Demonstre-se: a contratual, por exemplo, é bem definida e limitada, originando-se da autonomia das partes "advindo da inexecução, previsível e evitável, por uma parte em relação á outra parte, de uma obrigação nascida de um contrato" (Laert, 2003, p. 55). Noutro sentido, a responsabilidade delitual (extracontratual ou aquiliana) não depende da autonomia da vontade, pois repousa em imposição da ordem social, origina-se do dever cuja violação a suscita.

Por fim, tenha-se em conta que ambas espécies de responsabilidade (contratual e aquiliana) fundam-se nos três elementos comuns da responsabilidade, genericamente considerada: dano, culpa e relação de causalidade. Ora, se concorrem os mesmos elementos para configurarem cada uma delas, é coerente que as mesmas ressalvas, ou particularidades, também se apliquem em conjunto, a saber, inversão do ônus da prova, com culpa presumida (decorrência da responsabilidade objetiva).

1.5 Responsabilidade na relação de consumo

A idéia de culpa avulta em importância quando se trata da regra básica da responsabilidade civil, por outro lado, é de diminuída importância ao referir-se à relação de consumo.

Nota-se que o artigo 186 do Código Civil de 2002, mantendo a tradição da antiga norma civil, adotou, regra geral, a anacrônica teoria subjetivista, onde, como denota o próprio termo, a culpa, *lato sensu*, ao lado de outros requisitos, é erigida como pressuposto fundamental para a responsabilização civil por danos. E tal regra, a rigor, mostra-se desconexa com os avanços e multifacetação das relações sociais que vivificam nesses novos tempos.

Normalmente, nas relações jurídicas, nenhuma das partes envolvidas está em condições de subjugar a outra parte em proveito próprio. As paridades econômica, social, hierárquica e cultural dos cidadãos levam ao seu tratamento jurídico idêntico. Visando a interferir minimamente nesse tipo de relação, o direito só admite a responsabilidade civil quando o agente causa dano, ao menos culposamente; de modo que sem culpa, não há por que atribuir ao autor da conduta o dever de indenizar os prejuízos causados.

Todavia, o legislador pátrio, ciente de que, em certos casos, a culpa funcionava como óbice á consecução da indenização a quem legitimamente a merecia, implementou, antes mesmo da entrada em vigor novo Código Civil, dispositivo jurídico que garantisse com maior eficácia e segurança a proteção da vítima, excetuando, enfim, a regra da culpa.

Trata-se do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990 – que entrou em vigor no início de 1991, de tamanha abrangência, que repercutiu (e repercute) com muita intensidade no sistema jurídico brasileiro, visto que demandará alguns anos para ser definitivamente estudado e para ter delineada sua correta aplicação, principalmente por parte dos

órgãos julgadores que guardam convicções ortodoxas. Para Carlos Roberto Gonçalves (apud Vasconcelos, 2002) "importante papel caberá à jurisprudência, tendo em vista que muitos dos dispositivos do novo Código Civil são polêmicos **e não poderão ter uma interpretação literal**, sob pena de conduzirem a situações absurdas e inaceitáveis". (grifo nosso)

De concluir-se, portanto, que apenas a interpretação lógica, sistemática e razoável dos dispositivos do Código Civil em consonância com os do Código de Defesa do Consumidor pelos nossos pretórios, será capaz de transformá-los num instrumento de efetiva proteção aos consumidores.

Saliente-se que o Código de Defesa do Consumidor, na esteira dos novos rumos que adquiriu o instituto da responsabilidade civil (culpa – dano – risco – responsabilidade objetiva), consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços (ou produtos); sendo que a única exceção em relação a esse primado legal, refere-se aos profissionais liberais, atrelados que estão, por força do dispositivo legal, § 4º, artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: "a responsabilidade profissional dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa", como se é de perceber, ao princípio da culpa, dentro das prescrições do direito comum.

Completa essa constatação Fernando Antônio de Vasconcelos (2002, p. 84), inferindo que:

> Entre nós, a responsabilidade profissional ainda tem como referência a análise da culpa individual, com o ônus da prova a cargo do ofendido. Entretanto, casos há em que se começa a presumir a culpa de certos profissionais, a exemplo dos médicos, engenheiros, **advogados,** dentre outros tantos, com a inversão do ônus da prova a beneficiar o ofendido. (grifo nosso)

E prossegue o autor supracitado (2002, p.85):

> Mas, ao determinar no caput do art. 14 que o fornecedor de serviços responde, independentemente da ocorrência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por

> informações insuficientes ou inadequadas [...], o CDC acolheu, de forma nítida, os postulados da responsabilidade objetiva, relativamente aos fornecedores.

Tal evolução significou às vítimas o ressarcimento dos danos provocados, sem que, para tal, fossem obrigadas a provar sempre a culpa do responsável, o que, no mais das vezes, era empecilho à obtenção do ressarcimento. Considerando que a atuação de cada profissional encerra uma prestação ou fornecimento de serviço, verificaremos que a Lei de Consumo está repleta de disposições que situam devidamente os atos ou omissões do profissional em condições que possam ensejar responsabilidade com conseqüente reparação de danos.

Por outro lado, inegável inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, é a disposição açambarcada no inciso VIII do artigo 6º: "são direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência".

O cliente ou paciente, nos moldes do artigo 2º do referido diploma consumerista assume a feição de consumidor, veja-se: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Já a definição de fornecedor de serviços está no artigo 3º: "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica [...] que desenvolve atividades de produção, criação [...] ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

A própria lei é expressa ao centrar o profissional liberal e a pessoa jurídica nessa categoria, afinal, o § 2º do artigo supra, indica que os serviços decorrentes da relação trabalhista estão fora do próprio Código de Defesa do Consumidor. Nesse ínterim, conceitua serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração". Há, então, uma

exclusão lógica da relação de emprego dessa definição, pois o empregado não pretende auferir lucro no mercado de consumo, mas desempenha um serviço "restrito", digamos, pois em função e em consonância com as diretrizes fornecidas por um superior, vez que é subordinado, ao contrário dos profissionais liberais, que gozam de autonomia técnica, atuando como melhor lhes parecer.

Por fim, reproduza-se a certeira lição de Paulo Luiz Neto Lobo (2002, p.241), um dos maiores vultos em nossa doutrina quando se trata de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor:

> Assim sendo, através da teoria objetiva, ou do risco, que é a adotada pelo CDC, e consistindo essa numa de suas maiores virtudes, ao invés de se exigir que o ato seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano e vínculo causal), a responsabilidade está jungida aos pólos dano e autoria, bastando a comprovação de um determinado evento e seu conseqüente prejuízo.

CAPÍTULO 2 O ADVOGADO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

No presente capítulo destaca-se a importância do advogado para o cumprimento da função jurisdicional do Estado através do princípio da administração da justiça, verdadeiro corolário do direito subjetivo de ação.

Já na esfera do direito do consumidor, procurar-se-á identificar a atividade advocatícia como objeto de consumo posto no mercado, construindo, em momento oportuno, o conceito de fornecedor de serviços advocatícios.

2.1 O advogado e a administração da justiça

Do Estado Democrático de Direito, cuja estrutura se assenta na tripartição dos poderes, princípio insculpido no artigo 2° da Constituição Federal de 1988 – "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" -, derivam um sem número de direitos e garantias de imensurável importância, destacando-se, em função da íntima relação que mantêm com nosso estudo, certos princípios, a saber: princípio da inafastabilidade do judiciário e do direito subjetivo de ação, princípio do amplo acesso à jurisdição, princípio da indispensabilidade do advogado e princípio da defesa do consumidor.

O direito subjetivo de ação está traçado no inciso XXXV, artigo 5° da Constituição Federal, que também corresponde à garantia da inafastabilidade do judiciário: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ora, vê-se, pois, que um é decorrência lógica do outro, afinal, se há possibilidade de ação, o judiciário deverá provê-la. Assim, em consonância com o aludido dispositivo, quaisquer direitos subjetivos efetiva ou potencialmente lesados são passíveis de defesa perante o crivo do Judiciário.

Todavia, o exercício do direito de ação (ou seja, o legitimado a manejá-lo) se dá através daquele que tenha capacidade postulatória, *jus postulandi*, que é condição *sine qua non* para se requerer perante o Poder Judiciário, concedida àquelas pessoas físicas ou jurídicas que estejam regularmente inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil. Há exceções, onde se afasta a prerrogativa do *jus postulandi* permitindo-se requerer em causa própria. Eis alguns exemplos: a) na Justiça do Trabalho, como fundamento do princípio da celeridade, o qual permeia os ritos dessa Justiça; b) nos Juizados Especiais – Lei 9.099/95 -, nas causas em que não se ultrapasse 20 (vinte) salários mínimos; c) impetração de *habeas corpus*; d) justiça de paz, etc.

Prova indiscutível da importância do advogado para se zelar pelos direitos e interesses daqueles que se vejam necessitados de proteção ou orientação jurídica está contida no artigo 133 da Constituição Federal – "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" –, reforçada no artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – "o advogado é indispensável à administração da justiça".

A administração da justiça está entrelaçada à atividade advocatícia postulatória, prevista no inciso I do artigo. 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, não se inserindo aí as atribuições advocatícias extrajudiciais, contidas no inciso II do mesmo dispositivo legal. Portanto, o princípio da indispensabilidade do advogado como necessário à administração da justiça refere-se a sua atividade judicial, *jus postulandi*, que lhe permite o exercício do direito de ação.

É sabido que a função jurisdicional caracteriza-se pela inércia, sendo, pois, imprescindível a iniciativa do interessado, depois de tratar com o advogado, e a cargo deste, em dar início ao processo através do direito de ação.

O motivo do princípio da inércia da jurisdição, reside, segundo Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 58), no fato de que:

> [...] a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela [...].

Sendo assim, a função jurisdicional não pode ser provocada sem a intervenção obrigatória do advogado, sendo-lhe conferido, exclusivamente, a capacidade postulatória.

Acerca do âmbito de abrangência do artigo 133 da Constituição Federal, assinala Paulo Luiz Neto Lobo (2000, p. 245):

> a indispensabilidade do advogado à administração da justiça é total: não pode sofrer limitações estabelecidas em norma infraconstitucional. Neste ponto, o art. 133 é norma de eficácia plena, ou seja, independe de lei, porque é da natureza da administração da justiça, em nosso sistema jurídico, a necessária participação do advogado, ao lado do magistrado e do membro do Ministério Público.

Por hora, lance-se foco sobre os seguintes dispositivos legais:

§ 1º, artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: "no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social";

§ 2º, artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: "no processo judicial, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público".

Nesta feita, pode-se inferir que a natureza jurídica da prestação advocatícia judicial é privada, havendo a peculiaridade de se sujeitar ao interesse público e à função social, na medida em que o advogado participa e é fundamental na solução justa de conflitos, contribuindo para o equilíbrio social.

Por fim, diga-se que cada vez que as relações humanas se intensificam, tornando-se mais densas e multifacetadas, origina-se um sem número de conflitos, os quais demandam uma

solução pelo Judiciário; advindo, modernamente, uma maior importância prática do advogado no auxílio à administração da justiça.

2.2 Cunho econômico da atividade advocatícia

A história do desenvolvimento humano é marcada pela produção de bens e oferecimentos dos mais variados serviços a partir da primeira revolução industrial, notadamente nos dias atuais, onde um inovador método de produção e aperfeiçoamento técnico da prestação de serviços, acelerou a disponibilização e melhoria dos bens/serviços no mercado, fomentando, por sua vez, uma procura sem precedentes de tais utilidades.

A demanda, cuja meta é abrir margem à produção e circulação, teve seu crescimento estimulado por modernas e chamativas, senão apelativas, técnicas publicitárias, as quais mudaram o enfoque de abrangência, passando invariavelmente a atrelar a aquisição de tais produtos/serviços a elementos intrínsecos da personalidade.

Portanto, o atual grau de evolução do capitalismo, oriundo da revolução industrial, e favorecido ainda mais pelas modernas revoluções tecnológica e da informação, baseia-se na produção em massa de bens, na oferta maciça de serviços e no estímulo ao consumo.

Um fenômeno, entretanto, de forma contínua tem modificado, ou melhor, deslocado dos bens para os serviços, o objeto principal das relações de consumo. Isso se deve a crescente migração dos mais variados profissionais para o ramo da prestação de serviços e inclusão de novas categorias de profissionais liberais como profissões reguladas por lei, fazendo com que o setor de serviços crescesse em importância econômica e jurídica, suplantando sua antiga posição secundária, quando comparado aos setores de produção.

Alinhado a tais constatações, o fato de o advogado ser indispensável ao desempenho do direito de ação (artigo 133 da Constituição Federal) e de outros misteres (atividade

extrajudicial) cresce em importância, quando se inserem os serviços por ele prestados no mercado de consumo. Assim sendo, há uma moderna tendência em se classificar os serviços advocatícios como atividades econômicas exercidas no mercado de consumo e, portanto, submetidas às normas jurídicas a ele aplicáveis.

Fato é que a superioridade, nem tanto econômica, mas indiscutivelmente técnica do advogado em relação a seus clientes, aprofunda enormemente o abismo que os separa; de modo que a constatável hipossuficiência do consumidor exige a aplicação das normas reguladoras da relação de consumo, a fim de que referido profissional, abusando da condição de desvantagem de seu cliente/consumidor, seja obstado de se locupletar às custas da relação de consumo em que figura como parte, ou que, atuando imoderadamente, prejudique terceiros que se encontram adjacentes à relação principal. Nada impedindo que haja, também, uma ostensiva política de fiscalização preventiva dos fornecedores de serviços advocatícios, por exemplo, pelo órgão regulador da profissão, a Ordem dos Advogados do Brasil.

2.3 Da atividade advocatícia

A Lei nº 8.906/94, que institui o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe sobre a advocacia, sobre o órgão de classe a quem incumbe a fiscalização do exercício da profissão do advogado – Ordem dos Advogados do Brasil -, sobre as atividades pertinentes exclusivamente ao advogado, além de estabelecer os requisitos para o desempenho de tal profissão.

O âmbito do exercício da atividade advocatícia é regulado pelo artigo 1º, incisos I e II do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Veja-se: artigo 1º "são atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário [...]; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas".

Depreende-se da observância dos suscitados incisos que o nº I corresponde à advocacia judicial, de caráter predominantemente contencioso; já o nº II refere-se ao cunho extrajudicial da advocacia, por sua vez, eminentemente preventiva.

Entende-se que as hipóteses elencadas pelo artigo 1º do referido estatuto profissional encerram *numerus clausus,* dotados, então, de eficácia plena, consubstanciando-se, pois, em regra geral a reger a matéria, de modo que se se quisesse incluir algum ato no rol das atividades privativas do advogado, somente através de lei seria isso possível.

Tamanha cautela se explica pelo fato de que a advocacia encerra atividade eminentemente técnica, necessitando, por parte do profissional que almeje exercê-la, além do preenchimento de certos pré-requisitos, qualificações técnico – científicas para seu fiel desempenho. Assim sendo, só compete ao advogado fornecer serviços advocatícios, conseqüentemente, as atividades prescritas nos incisos I e II do artigo 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e para que se ingresse em tal categoria é necessário, a teor do artigo 8º e seus incisos do mesmo diploma legal: capacidade civil; diploma ou certidão de graduação em direito, obtida em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; título de eleitor e quitação com o serviço militar; aprovação em Exame de Ordem; não exercer atividade incompatível com a advocacia; idoneidade moral; prestar compromisso perante o conselho. Se determinada pessoa realizar tais atos privativos da advocacia, sem que, no entanto, seja inscrita na Ordem, não se revestindo, pois, da qualidade de advogado, serão nulos os atos praticados pelo mesmo, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas, é a inteligência do artigo 4º do referido estatuto advocatício.

2.3.1 Importância da advocacia extrajudicial

A natureza jurídica da atividade advocatícia postulatória é de desempenho privado de função pública e social. Assim é previsto no § 1º, artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Dessa maneira, a atividade do advogado, embora privada, é também ditada pela orientação do múnus público, pois indispensável à administração da justiça.

Originariamente o advogado sempre teve como dever imanente à sua profissão o exercício da atividade postulatória. Todavia, com a dinâmica ininterrupta das relações sociais a originar nova gama de conflitos, cresce em importância a necessidade de preveni-los, evitando-se, seguramente, um exaustivo confronto judicial.

Nasce daí uma nova e honradíssima função para o advogado, que o incita a agir preventivamente, fazendo prelibações e orientando os interessados, de modo a contornar a utilização da via contenciosa.

Não se trata aqui de administração da justiça, mas da chamada advocacia extrajudicial de índole preventiva, marcada notadamente pela técnica informativa.

Entre as atividades extrajudiciais a lei nº 8.906/94, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, menciona, no inciso II, artigo 1º consultoria, assessoria e direção jurídicas. Veja-se:

a) consultoria é a emissão de opinião técnica acerca de um caso efetivamente verificado ou de uma hipótese concretamente apresentada;

b) assessoria é o acompanhamento técnico jurídico que não se limita apenas á opinião sobre um caso concreto verificado, mas também abrange o acompanhamento jurídico de todas as atividades realizadas pelo cliente.

c) Direção jurídica diz com a chefia do setor jurídico existente na organização interna de determinada entidade.

2.4 Importância do advogado como profissional liberal no mundo moderno

O profissional liberal da era moderna não guarda muita semelhança com o seu correspondente do século passado, que era verdadeiro "clínico geral", sem comprometimento com o rigor técnico e com clientela quase sempre que cativa por laços de parentesco e amizade, de forma que o oferecimento de seus serviços era restrito a alguns certos indivíduos, em contraponto ao que ocorre hoje em dia, onde o profissional liberal carece de uma pluralidade de consumidores para se manter firme no mercado.

Entrementes, com o advento da era pós-industrial, as relações entre o profissional e o cliente/consumidor passaram por constantes modificações, adquirindo, gradativamente, notável grau de complexidade.

Tanto é que a obrigação primeira do advogado profissional liberal para com seu cliente é o zelo, conduzir-se com máxime diligência, porque assim é do feitio do bom e capacitado profissional, no emprego dos meios imprescindíveis para lograr a mais eficaz solução àquilo que se propôs. Em consonância com tal consideração, urge ponderar que a responsabilidade do profissional liberal está calcada em regras gerais, legais e disciplinares (princípios gerais do direito, traduzido no enunciado *neminem laedere*, Código Civil, mais precisamente no que toca às obrigações e responsabilidade, Código Penal, no que pertine às infrações e respectivo Código de ética da Categoria, sob a tutela da Ordem dos Advogados do Brasil), sob as quais deve pautar sua conduta na condução dos casos que lhe são confiados; em não procedendo assim, corre-se o risco de se permitir um colapso nas relações resultantes dos modernos contratos de consumo.

A par dessa situação é que se passou a exigir cada vez mais um atuar cônscio dos profissionais liberais relativamente à suas atribuições e cuidado com os consumidores, de forma a se pautarem por rigor técnico e metodológico quando do fornecimento de seus serviços, pois se os estudos avançam e as técnicas se aperfeiçoam, se as condições de tempo e lugar propiciam maior oportunidade de agir, não é de se esperar do profissional menos do que uma maior perfeição na execução de seus serviços.

Esclareça-se que hodiernamente a informática, a técnica apurada e a ciência fazem-se constantemente presentes na vida do ser humano, desde seu nascimento, seguindo-o até a idade adulta, no relacionamento com o mercado, sobretudo de serviços, e em cada estágio de sua vida, em que se mostrará como consumidor direto ou indireto e será mais ou menos frágil em relação às potencialidades do fornecedor.

Dessa maneira, o profissional liberal da era moderna, entendido como aquele que adquiriu determinada preparação cultural e técnica, normalmente através de cursos ou estágios e que, em decorrência da profissão adotada, presta serviços de natureza específica com total independência técnica e livre de qualquer elo de subordinação, colocando seus conhecimentos e seus dons à disposição de outrem, deve cercar-se de cuidados e diligências para garantir a eficácia de seu serviço, evitando, assim, futura responsabilização ou qualquer outro tipo de sanção.

Assinale-se que o dever de informação é uma das mais prementes atribuições que competem ao profissional liberal, pois deve atuar como que um conselheiro quando um possível consumidor lhe indaga qualquer questão inerente ao serviço que desempenha, afinal o consumidor não tem idéia dos percalços que muitas vezes são intrínsecos ao tipo de serviço de que necessita. Desta forma, aquele deverá esclarecer e nortear o consumidor sobre seu problema,

as precauções durante a condução do serviço, os risco que lhe são inerentes e o custo da relação contratual, dentre outras informações que se façam úteis à medida do tempo.

Insta considerar por último que o profissional liberal não se pauta unicamente pela defesa dos interesses individuais, pois sua função transcende-os, constituindo, sim, função social.

O advogado como profissional liberal exerce função social de relevo, compreendendo-se entre o público, onde se localizam interesses transindividuais, e o privado, ramo em que se vinculou à uma avença. Daí a necessidade de conduzir-se, no trabalho ou fora dele, sob a égide dos valores jurídicos hierarquicamente superiores.

2.5 O advogado como um dos sujeitos da relação jurídica de consumo

Para melhor se compreender a relação jurídica de consumo, faz-se necessário o estudo de seus protagonistas.

Dois sujeitos, segundo o Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, tomam parte nos pólos da relação de consumo: fornecedor (pólo ativo) e consumidor (pólo passivo).

Na dicção do artigo 3º da lei supra: "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, criação, [...], distribuição ou comercialização de produtos ou **prestação de serviços**". (grifo nosso)

Acerca da condição de fornecedor discorre Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 39), em acurado comentário à lei consumerista:

> Nesse sentido, por conseguinte, é que são considerados fornecedores, todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título, sendo relevante, esta sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores [...].

Tem-se, por conseguinte, que fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços em troca de remuneração; e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil, também habitualmente.

É preciso extrair dessa definição o caráter negocial da atividade do fornecedor de serviços como vital à relação de consumo.

E prossegue Grinover (2001, p. 40):

> [...] em síntese, a condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado, nascendo daí, *ipso facto*, eventual responsabilidade por danos causados aos destinatários – sejam eles pessoas físicas ou jurídicas -, pelo fato do produto ou do serviço.

Já a definição de consumidor é trazida pelo artigo 2º da lei em comento: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

No mesmo sentido identifica Grinover (2001,p. 26):

> [...] o conceito de consumidor adotado pelo Código de Defesa do Consumidor foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão – somente o personagem que no mercado adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial [...].

O consumidor, não dispondo, por si só, do controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação dos serviços que lhe são destinados, arrisca-se a se submeter ao poder e condições daqueles que disponibilizaram no mercado bens ou serviços.

Nesse ínterim, observa-se que o traço marcante do consumidor está no fato de ser considerado hipossuficiente ou vulnerável, "não sendo por acaso que o chamado 'movimento consumerista' tenha surgido no mesmo período do sindicalista'". (Grinover, 2001, p. 28).

Vê-se que tais definições, legais ou doutrinárias, procuram ser as mais objetivas possíveis. A exemplo do fornecedor, procura a lei abarcar o maior número possível de pessoas presentes no mercado de consumo, seja fabricando ou comercializando produtos, seja oferecendo serviços.

Para fins do nosso estudo (já incluindo aí o advogado como fornecedor de serviços), afirma-se que o fornecedor, genericamente considerado, é aquele que adentra o mercado de consumo para prestar serviços ao consumidor/cliente, sempre o fazendo em caráter pessoal e profissional.

Já consumidor é aquele partícipe da relação de consumo que adquire bens e serviços, no sentido de obter a disponibilidade do produto ou do serviço e deles tirar a melhor utilidade, na condição de usuário final.

Desse quadro resultam algumas variações da figura do consumidor original (direto), onde se destacarão duas de acentuada importância: os consumidores coletivamente considerados e os terceiros equiparados em decorrência do prejuízo.

O parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor informa: "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

O que comumente se observa no mercado de consumo é um consumidor ás voltas com a aquisição de um produto defeituoso, ou então com a prestação de um serviço danoso, ineficiente, abrindo-se-lhe ampla margem para sanar o problema.

De modo que o que se tem em mira no referido parágrafo único é a universalidade, o conjunto de consumidores de produtos ou serviços, ou que de que alguma forma se relacionem como o produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante, porquanto é natural que se previna o consumo de produtos ou serviços perigosos, beneficiando-se abstratamente as referidas

universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos e serviços, o que se pretende é conferir à universalidade de consumidores os devidos instrumentos jurídicos para que se obtenha a mais adequada e completa reparação pelos responsáveis. Essa idéia fica ainda mais clara se levar em conta a classe dos chamados interesses difusos, expressamente tratados no inciso I, artigo 81 do diploma consumerista, "assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por **circunstâncias de fato**". (grifo nosso)

Na seara dos terceiros equiparados em razão do dano, reza o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, que equiparam-se á figura do consumidor todas as vítimas do evento danoso.

É certo que com freqüência a eiva de determinados produtos ou serviços projetam-se para além da relação contratual de consumo, atingindo, reflexamente, terceiros alheios que gravitavam ao seu redor. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor prontamente assegura o ressarcimento pelos danos causados a terceiros que, para todos os efeitos legais, se equiparem aos consumidores originários.

Aspecto igualmente interessante a ser denotado é a possibilidade, trazida pelo Código Consumerista, de a pessoa jurídica assumir feição, também, de consumidor. Quando revestida dessa qualidade, a pessoa jurídica adquirirá produtos e serviços como destinatária final, não os transformando em insumos necessários para tocar sua atividade lucrativa. Para tanto, os bens ou serviços adquiridos devem servir ao consumo, e não revertidos em bens de capital.

Delimite-se, por fim, o objeto da relação jurídica de consumo, que para fins de nosso trabalho, donde tem-se em mira a atividade advocatícia, considerar-se-á unicamente a prestação

de serviços, visto que tal atividade não compreende a produção, comercialização ou circulação de produtos, pois encerra o oferecimento de serviços altamente técnicos.

Enuncia o § 2, artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". Os serviços, então, podem ser considerados atividades, benefícios ou satisfações oferecidos à venda, consumidos concomitantemente à sua prestação, passíveis de se incluírem nas relações obrigacionais.

Do que foi exposto, entende-se que tudo o quanto se disse acerca da figura genérica do profissional liberal e do fornecedor de serviços se aplica diretamente à espécie do advogado profissional liberal, verdadeiro fornecedor de serviços advocatícios.

Excluir-se-ão desse conceito, todavia, o advogado e defensor públicos; o advogado vinculado à relação de emprego e até mesmo aquele que vez por outra presta algum serviço em razão de laços familiares ou de amizade, mesmo que remuneradamente.

Nesse diapasão, pode-se inferir com lapidar precisão que fornecedor de serviços advocatícios é o profissional liberal autônomo que, nos conformes da lei, oferece no mercado de consumo, profissionalmente, atividades privativas de advogado.

CAPÍTULO 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

No transcorrer do estudo porfiou-se, em um primeiro momento, acerca da teoria geral da responsabilidade civil, analisando-se seus elementos essenciais (ou clássicos) e realizando-se diferenciações básicas; em seguida, identificou-se o advogado profissional liberal, bastião do pleno acesso à jurisdição e garante da segurança jurídica, ao fornecedor de serviços.

Cumpre agora integrar a conduta do fornecedor de serviços advocatícios à normas orientadoras da relação de consumo, precisando as particularidades que o cercarão quando figurante nesta relação.

Trata-se aqui de pormenorizar as questões e vicissitudes que envolvem o advogado relativamente às peculiaridades do estatuto consumerista, averiguando-se de vez se cabível sua responsabilização nesses termos.

3.1 Código de Defesa do Consumidor – norma de caráter multidisciplinar

Tal como os outros Códigos e como os outros ordenamentos jurídicos, o Código de Defesa do Consumidor surgiu em decorrência de transformações sociais provenientes de um desenvolvimento tecnológico e científico, proporcionados pela Revolução Industrial, que, por sua vez, causaram mutações no ordenamento jurídico e social, fazendo com que as regras antes existentes se tornassem ultrapassadas e descompassadas face à nova ordem mundial.

Assim, este diploma legal veio eliminar as desigualdades trazidas pela Revolução Industrial e pós- industrial, que fizeram surgir uma sociedade de produção em massa que, segundo Gonçalves (2002, p. 389), é "responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um pólo, e

compradores e usuários do serviço, no outro." Neste momento, os mecanismos de produção fizeram surgir inúmeros tipos de contratos, que dentre eles são comuns os contratos coletivos, de massa e de adesão, nos quais uma das partes na relação é hipossuficiente em relação à outra. Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor veio trazer uma reestruturação na ordem jurídica fundada em princípios modernos.

Face à nova ordem econômica e política mundial, a Constituição Brasileira de 1988 erigiu à condição de direito e garantia fundamental a defesa do consumidor em seu artigo 5°, *caput*, XXXII: "O Estado promoverá, na forma lei, a defesa do consumidor".

Em 1990, seguindo o objetivo da Constituição Brasileira de implantar uma política de relações de consumo, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em 1991. E logo se vislumbra que seus princípios e normas são de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária, conforme expressamente disposto em seu artigo 1º: "o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias".

Então, este Código veio regular, necessariamente, todas as áreas do direito nas quais ocorrem relações de consumo, possuindo por isso, natureza multidisciplinar, sendo perfeitamente cabível em situações de caráter público ou privado, de natureza contratual ou não, material e processual. Isso ocorre porque o Código de Defesa do Consumidor é *lei principiológica*, vale dizer, estruturada em princípios e cláusulas gerais, e não em normas tipificadoras de conduta.

Grande parte dos danos decorre de contratos de prestação ou locação de serviços, que, mal executados ou ineficientes, propiciam danos ao consumidor. Assim, o consumidor uma vez protegido por este instituto jurídico que lhe é próprio, não fica mais susceptível de ser indevidamente onerado (além de ter sofrido o dano, a incumbência de arcar com o ônus da

prova), visto que o referido estatuto consumerista, em seu artigo 6º, VIII, lhe beneficia com a inversão do ônus da prova, em que há culpa presumida do fornecedor de serviços, facilitando, assim, a proteção de seus direitos, com eventual responsabilização civil do causador do dano.

Assim, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma aplicável em toda área do direito onde houver relação de consumo, inovando mesmo em matéria penal, comercial, processual e civil, o que faz com que sua abrangência e aplicabilidade sejam extensas.

3.2 Natureza do dever jurídico do fornecedor de serviços advocatícios

A relação jurídica que se estabelece entre o fornecedor de serviços advocatícios e seu cliente se dá através de um negócio jurídico, o qual toma a forma de um contrato bilateral oneroso e cumutativo.

De forma que para se contratar o causídico a fim de que realize atividades de consultoria, assessoramento e direção jurídicas, aquelas atividades extrajudiciais previstas no inciso II, artigo 1° do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, firma-se um contrato de locação de serviços.

De outra maneira, se se pretende postular em juízo (inciso I, artigo 1° do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), atividade essa que exige a premissa do *jus postulandi* – capacidade postulatória – para se representar judicialmente o cliente, firma-se, então um mandato, instrumento próprio para que o advogado receba poderes expressos de seu cliente para, em nome dele, praticar atos e administrar interesses.

Nasce desses instrumentos o dever jurídico de o advogado executar, em um ou outro caso, as atividades que lhe são privativas, constituindo, cada uma delas, um tipo de obrigação distinta.

Permite-se ponderar, então, que a natureza jurídica da relação do profissional advogado com seu cliente depende das circunstâncias e da espécie de prestação estabelecidas. Pode haver prevalência de elementos de uma determinada espécie de contrato nominado: prestação ou locação de serviços, se patrocina um cliente ou exerce atividade consultiva, obrigando-se apenas a disponibilizar seus serviços; realização de obra, se compromete sua atividade a um resultado; mandato, se representa seu cliente. Pode, ainda, como é comum, ser impossível compreender em uma só figura contratual a gama de relações estabelecidas entre o advogado e o cliente, caracterizando-se, por conseguinte um contrato inominado.

O dever jurídico do advogado se materializa em uma prestação temporária, positiva e de natureza patrimonial, consistente em uma obrigação de fazer.

No que toca à sua fungibilidade, o obrigação de fazer pode ser fungínvel ou não (natureza *intuitu personae*). Será infungível quando as partes acordarem que caberá ao advogado – devedor desempenhá-la singularmente. Mas, caso se aceda que competirá a qualquer fornecedor de serviços advocatícios desempenhar referida obrigação, se estará diante de uma obrigação fungível.

Quanto às conseqüências em se abster de prestar obrigação de fazer infungível, o artigo 247 do Código Civil de 2002, expressa: "Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível".

Assim sendo, é comum que a obrigação pactuada por um cliente com advogado de sua preferência ou opção seja infungível, afinal, se escolheu causídico específico, principalmente através da coleta de informações que o garantiam como bom profissional, deve-se exigir que preste dado serviço pessoalmente ao cliente, em conformidade com as necessidades e orientações deste, e não "delegar" tal atribuição a estagiários ou substabelecê-la a outro fornecedor de serviços advocatícios, por motivos superficiais, sob pena de indenizar perdas e danos.

Assevere-se que a noção clássica por muito tempo difundida, a qual preconizava que a obrigação do advogado era estritamente *intuitu personae*, se relacionava ao fato de que outrora o cliente optava pelo causídico em razão do vínculo de confiança ou de amizade, dando ênfase, pois, apenas às suas qualidades personalíssimas em detrimento das profissionais.

Obviamente, nos dias atuais tal critério se mostra em inteiro descompasso com a realidade, haja que o que se procura imediatamente no fornecedor de serviços advocatícios é sua capacitação profissional, de forma que atue com fidelidade, prudência, diligência, destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade, sabedoria e boa-fé. Tendo também o dever de empenhar-se em seu aperfeiçoamento profissional, além de, precipuamente, estimular a conciliação, prevenir litígios, informar e esclarecer; esses últimos deveres encerram a nova identidade do fornecedor de serviços advocatícios, abstraindo-se, um tanto, seu habitual caráter judicial.

Nesse diapasão, para se assegurar uma correta escolha de um profissional capacitado e ético, o cliente deve seguir critérios objetivos aptos a cientificá-lo da performance e respaldo que tal profissional alcançou. Deverá, então, guiar-se por critérios tais como, análise de títulos, currículos, atuações anteriores e alcance do reconhecimento do profissional perante a sociedade

Em se tratando do modo de execução do serviço, a prestação advocatícia pode se exaurir instantaneamente, quando se realiza um ato singularmente considerado, em instante certo e determinado. Tem-se, pois, uma obrigação instantânea, integrada pela atividade consultiva (elaboração de um parecer ou de determinada peça processual).

De forma contrária, o fornecedor de serviços advocatícios pode atuar realizando uma série de atos destinados à consecução de um fim específico, mas cujo resultado é incerto. Tal atividade é por excelência a postulatória, representada pela propositura da demanda e seu metódico acompanhamento. Além disso, pode prestar assessoramento jurídico, a uma empresa,

por exemplo, por tempo indeterminado. Tais casos encerram obrigações contínuas, cuja execução perdura no tempo, sem termo definido para acabar.

3.3 Direitos básicos de consumidor/cliente

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor elenca em seus incisos uma série de medidas protetivas do consumidor, verdadeiros direitos que o guarnece.

Segundo a dicção desse dispositivo, são direitos básicos do consumidor a proteção à vida, à saúde e à segurança contra riscos advindos de serviços nocivos ou perigosos, assim como o direito à informação adequada sobre as características, qualidade, riscos e preço dos serviços que lhe serão disponibilizados, além da inversão do ônus da prova para facilitar sua defesa, medida que será analisada oportunamente.

Esta enumeração constitui verdadeiro mandamento fundamental a direcionar a norma consumerista, em face da ênfase com que se espraia por toda a Lei de Consumo em seus vários dispositivos.

É vedado ao fornecedor de serviços advocatícios, segundo estatuído no artigo 10 do código consumerista, disponibilizar no mercado serviço que saiba ou deveria saber ser dotado de alto grau de nocividade ou periculosidade à vida, saúde ou segurança do cliente, salvo aqueles riscos considerados normais e previsíveis em decorrência da natureza de sua atividade.

Caso o alto risco só seja percebido pelo advogado após fornecer o serviço no mercado, deve, a teor do § 1º, artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor, comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores efetivos e potenciais do serviço.

Observe-se que uma das formas mais comuns de o advogado proporcionar quadro ou situação nociva ou perigosa ao consumidor/cliente, estendendo-se também à parte contrária ou ao terceiro equiparado, se dá quando pleiteia de má-fé, ou induz o cliente a fazê-lo, resvalando em

alguma conduta constante do rol do artigo 17 do Código de Processo Civil. Desse modo, além das sérias conseqüências processuais, lhe será acarretado responsabilidade civil pelos danos causados por infração do dever de não lesar, devido sua falta de diligência e idoneidade, seja à parte contratante bem como à parte oposta.

É, por conseguinte, tarefa do juiz e do membro do Ministério Público, como atribuição que lhes é conferida de zelar pelos interesses públicos e do consumidor, avaliarem em cada circunstância se o serviço advocatício disponibilizado no mercado de consumo apresenta alto grau de nocividade ou se é apenas potencialmente nocivo. Se assim for considerado, o fornecimento de tais serviços não será vedado, contanto que o cliente seja de antemão cientificado inteiramente dos perigos ou riscos que o serviço a ser tomado apresenta. Se ocorrer a primeira hipótese, veda-se formalmente a colocação do serviço no mercado.

Por seu turno, quando um cliente pactua com dado advogado e este lhe promete ganho de causa em determinada ação, quando o desfecho da demanda é aleatório, devido à natureza dessa espécie de serviço, sendo, portanto, impossível prever o resultado, o causídico inidôneo incorre no crime de falsa informação; do mesmo modo se em atuação consultiva emite parecer ou conselho jurídico eivado de falsa informação de modo que frustre o intento do cliente. Prevê o artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor:

> Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: pena – detenção de três meses a um ano e multa.

Para a responsabilização em seara penal, não se exige que tal delito tenha provocado efetivo prejuízo de natureza econômica, pois o que se reprime aqui é a mera conduta, que se corporifica em delito instantâneo e de perigo no momento da informação falsa, portanto, manifestamente danoso à vida, segurança e economia de um sem número de indivíduos

receptores de tal informação. Todavia, para se cogitar da responsabilização em matéria civil, deve-se comprovar que da falsa informação fornecida pelo advogado adveio dano patrimonial ou moral.

Quanto ao pagamento de honorários e demais despesas pelo cliente, deverá o advogado estipular ou fornecer orçamento prévio com informações detalhadas e, caso haja necessidade de cobrança, não lhe será permitido premir o cliente, expondo-o ao ridículo, nem submetê-lo a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, sob pena de danos morais. Deverá, pois, fazer um acordo, que caso não seja aceito pelo cliente, a via judicial por cobrança será a mais apropriada.

É imperativo, portanto, o dever de informação ao cliente, para que este seja elucidado sobre todos pontos cruciais que revestem o serviço oferecido e o tipo de serviço que realmente carece, além de simplificar as questões relativas ao tipo de contratação: se por contrato de locação de serviço, realização de obra, inominado (se tiver duas ou mais características de contratos específicos) ou se por instrumento de mandato, condições de remuneração, a incerteza de seu sucesso, etc. Assim sendo, esclarece-se sobre os elementos intrínsecos à pretensão perquirida pelo consumidor.

3.4 A problemática do § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – sua correta interpretação

O caput do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê a aplicação da responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços ao explicitar que:

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

Em uma primeira análise do presente dispositivo se chegaria à fácil conclusão de que tanto os fornecedores de serviços, pessoas jurídicas, bem como profissionais liberais estariam afeitos à responsabilização objetiva, de modo a se inverter o ônus da prova e imputar ao suposto causador do dano (fornecedor de serviços) culpa presumida. Em assim sendo, problemas interpretativos não haveriam, pois o termo "fornecedor de serviços", aplicado genericamente, corresponderia às espécies pessoa jurídica e profissional liberal.

Entrementes, a questão não se mostra de tão fácil deslinde, sendo deveras tortuosa, mas que comporta uma solução singela.

Acontece que o legislador não enveredou pelo caminho da facilidade interpretativa, fixando no § 4º do artigo ora em comento: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Ora, após apreciar-se o caput do artigo 14 combinado com seu parágrafo 4º, se estaria diante da seguinte indagação: já que no § 4º consta expressamente que a responsabilização do profissional liberal só se dará mediante apuração de culpa, se concluiria que o fornecedor de serviços mencionado no caput do artigo 14 corresponderia apenas aos fornecedores de serviços enquanto pessoas jurídicas, passíveis, por conseguinte, de responsabilização objetiva.

Todavia, entendendo-se dessa forma, uma verdadeira celeuma jurídica se forma, visto a temeridade que significa esse entendimento controverso.

Sabe-se que o grande mérito do Código de Defesa do Consumidor é priorizar os direitos do consumidor, chegando ao ponto de atestar sua vulnerabilidade. É justamente para resguardá-lo, que protege de uma maneira muito sistemática e eficaz seus direitos e lhe dá condições especiais de defesa e segurança. Sendo até possível considerar que o estatuto consumerista é uma extensão dos direitos fundamentais enquanto o cidadão está revestido da qualidade de consumidor.

Não é à esmo que o Código de Defesa do Consumidor para realizar plenamente tal missão recepciona a responsabilização objetiva como norte para as situações que se subordinem ao seu regramento. Sendo assim, como poderia preconizar a responsabilização subjetiva indistintamente para os profissionais liberais, considerando-se que a teoria clássica da responsabilidade subjetiva é desconexa e incompatível com os sublimes preceitos que tem por meta resguardar. Haveria, pois, uma densa incompatibilidade lógica entre o conteúdo da norma e seu fim específico: a total garantia dos direitos do consumidor. Dentre essa garantias do consumidor, consta no inciso VIII, artigo 6º, a facilitação de seus direitos através da inversão do ônus da prova, o que implica em culpa presumida, e por conseguinte, em responsabilização objetiva. Elucide-se, enfim, esta quimera.

De fato, procedendo-se por meio de uma interpretação superficial e não ponderada acerca da conjugação de tais dispositivos, precipitadamente acatando o que o legislador em sua omissão não ousou informar, se tomaria pela veracidade do que neles está contido literalmente.

Para se compreender o real significado do § 4º, artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, deve-se lançar mão de acurada análise interpretativa à luz da dicotomia que separa as obrigações em obrigação de meio e de resultado, nos termos da moderna doutrina.

Conforme o precioso esclarecimento de Fábio Konder Comparato (apud Vasconcelos, 2002), a distinção entre os dois tipos de obrigações é atribuída pela doutrina a Demongue, que a formulou na busca de repartir o ônus da prova. Para tanto, utilizou-se do argumento de que há certas obrigações que não se encontram vinculadas a um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, exigindo somente uma atividade diligente do responsável por sua execução. De modo que são chamadas "obrigações de meio"; mas, por outro lado, há obrigações que só se consideram adimplidas com a efetiva produção do resultado, que deve ser certo e determinado, as chamadas "obrigações de resultado".

É de se observar, portanto, que a correta interpretação do dispositivo aludido só é possível quando feita tal distinção: obrigações de meio e de resultado; concluindo-se, pois, que, embora não expresso por omissão do legislador, o referido § 4º trata dos casos relativos ao profissional liberal que desempenha atividade ou obrigação de meio, por isso mesmo, como não lhe é exigido um resultado certo, mas apenas medidas rigorosamente diligentes para que possivelmente se o alcance, permitiu-se que se regulasse pela teoria clássica da responsabilização subjetiva, como forma de beneficiá-lo, porque não está adstrito ao sucesso de sua prestação de serviços.

Ainda assim, critique-se mais uma vez a prática legislativa que cuidou da elaboração da legislação consumerista, pois não fazendo tal distinção essencial para diferenciar em que casos são aplicáveis a responsabilidade subjetiva e objetiva, contribuiu temerariamente para o entendimento ultrapassado de que os profissionais liberais, tais como médicos, advogados, engenheiros, etc, quando atuam na condição de profissionais liberais, realizam ou realizariam, genericamente, contratos de obrigações de meio. É equivocada essa orientação que por muito tempo foi sedimentada em nosso ordenamento, afinal, o tipo de obrigação só será considerado em função de sua natureza e particularidades, não se devendo generalizar que as obrigações do profissional liberal o são, em seu todo, de meio.

Deve-se, portanto, louvores à moderna doutrina, que à frente de seu tempo lançou lume sobre este assunto, esclarecendo-se, de vez, tal divergência.

Assim sendo, os profissionais liberais que desempenhem obrigação de resultado são regidos segundo o caput do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, isto é, pela responsabilidade objetiva, aplicando-se a inversão do ônus da prova com culpa presumida em favor do consumidor.

Nestes termos, entende a moderna doutrina, a exemplo de Fernando Antônio de Vasconcelos (2002, p. 155):

> A atividade dos profissionais liberais, aí incluso o advogado fornecedor de serviços advocatícios, encerra sim obrigação de resultado e não penas de meio, a depender de sua natureza, pois a conduta profissional, adaptada à complexidade das relações obrigacionais dos tempos modernos, ampliou seu raio de ação, e a prestação de serviços deu nova roupagem às relações entre o profissional liberal e o consumidor.

Então, para se cogitar do tipo de responsabilidade que regerá o advogado profissional liberal, se subjetiva ou objetiva, deve-se situar o fornecimento de seus serviços no plano das obrigações de meio e de resultado.

3.5 Das obrigações de resultado

São obrigações de resultado aquelas em que o advogado compromete-se com um resultado certo, e não apenas em empregar todos seus talentos e diligências para possibilitar ao cliente a chance de obter o êxito almejado. Sendo assim, está diretamente vinculado ao sucesso do serviço fornecido. As obrigações de resultado distinguem-se das obrigações de meio, além da finalidade final, quanto à aplicação da inversão do ônus da prova, que cabe ao devedor, implicando, pois, em responsabilização objetiva, já que há culpa presumida do mesmo. Evita-se, então, onerar duplamente o consumidor, uma porque já sofreu o dano, e como se não bastasse, deveria arcar com a prova da culpa do advogado. Ao cliente caberá provar o dano e o nexo causal entre o dano sofrido e o serviço executado.

Nesse sistema de responsabilização, como a culpa é presumida, diga-se presunção relativa (*juris tantun*), cabe ao advogado/devedor elidir essa presunção, demonstrando os fatos excludentes de sua responsabilidade, a teor do § 3º, artigo 14 do Código de Defesa do

Consumidor: "o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

A hipótese do inciso I é de natureza objetiva, não envolvendo culpa em sentido estrito, cuidando-se aqui de se comprovar a inexistência do defeito alegado pelo consumidor.

Merece consideração, pois, a falta de correspondência entre o dano e o defeito, de modo a se entender que essa nítida falta de correspondência entre ambos deixa evidente que a inexistência do defeito, ao teor da lei, não significa inexistência de dano para o consumidor, mas que o fornecedor poderá se eximir caso demonstre que o dano ao consumidor não foi proveniente do serviço que forneceu.

No inciso II aparece o germe da culpa, mas não do fornecedor, e sim do consumidor ou de terceiro. Aqui o fornecedor de serviços advocatícios inverte a imputação ao consumidor, comprovando que o dano foi provocado exclusivamente por ele ou terceiro, por negligência, imprudência ou imperícia.

Além dessa hipótese deve-se cogitar de outras que, embora não previstas no dispositivo supracitado, estão contidas no direito obrigacional comum, portanto, também aplicáveis supletivamente ao fornecedor de serviços advocatícios. São o caso fortuito e a força maior.

Viu-se em momento anterior deste trabalho que a inexecução culposa de uma obrigação é imputável ao devedor/advogado, exigindo-se sua conseqüente responsabilização. Contudo, o inadimplemento pode não ser culposo, mas ser conseqüência de caso fortuito e força maior. Conforme determina o artigo 393 do Código Civil:

> O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

No mesmo sentido o artigo 248 do estatuto civilista preceitua que: "Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos".

Ambos os artigos trazem a teoria da imprevisão como elemento que pode incidir incidentalmente quando o advogado desempenha seus serviços, prevendo, pois, hipóteses liberadoras da obrigação contratual, devido a impossibilidade inevitável da prestação que exclui a responsabilização, pois, o dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável.

3.5.1 Atuação consultiva

A atuação consultiva constitui a base das obrigações contratuais de resultado do advogado, e se refere àquelas hipóteses do inciso II, artigo 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao dar conselhos profissionais, emitir respostas a consultas, analisar documentos, redigir atos, pareceres ou peças jurídicas, a atuação do advogado é eminentemente de fim, ou seja, busca-se um resultado determinado.

De modo que um parecer ou conselho feito ao cliente em notório desacordo com a lei, a doutrina ou a jurisprudência é susceptível de gerar obrigação de reparar o dano sofrido por quem, não tendo condições de avaliar se a opinião emitida pelo profissional era procedente, seguiu o parecer ou conselho, pois nessa hipótese o profissional não cumpriu a obrigação de prudência e diligência de acordo com as aptidões e os méritos profissionais.

Na hipótese de consulta jurídica, o conselho insuficiente deve ser equiparado à ausência de conselho, sendo, também, imputável ao advogado a responsabilidade civil, isto porque o parecer não é apenas uma opinião, mas uma direção técnica a ser seguida e quando é

visivelmente colidente com a legislação, a doutrina ou a jurisprudência, acarreta danos ao cliente que o acompanha.

Assim, é possível, por exemplo, que o advogado responda por omissão da obrigação de conselho se poderia ter evitado que o cliente enveredasse por caminhos errôneos, indicando-lhe uma solução mais plausível de sucesso jurídico.

3.5.2 Inversão do ônus da prova

A questão do ônus da prova é de fundamental e decisiva importância para se provar a culpabilidade do advogado profissional liberal, desde que desempenhe obrigação de resultado, a exemplo de sua atuação consultiva.

Neste aspecto, a legislação consumerista traz expresso referido instrumento da facilitação dos direitos do consumidor no seu art. 6º, VIII, com a finalidade de proporcionar maior isonomia processual às partes e se chegar o mais próximo possível da realização da justiça.

Frise-se, antes de tudo, que a aplicação de tal princípio não é automática ou genérica, como se dependesse aleatoriamente do exclusivo talante do magistrado. Pelo contrário. Só será deferida a aplicação dessa regra quando o juiz vislumbrar, segundo as regras ordinárias da experiência, verossimilhança da alegação feita pelo consumidor, ou que este seja hipossuficiente, ou seja, que não disponha de condições técnicas e financeiras mínimas para produzir prova.

Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, legitimação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar sempre a culpa do responsável, raramente seria bem sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento.

Sobre o requisito da verossimilhança, pode-se dizer que este se refere à aparência da existência de um direito, é um juízo de probabilidade; de modo que não se refere à certeza acerca

do ato, mas baseia-se na probabilidade de que o que está sendo alegado é verdadeiro. A verossimilhança, portanto, é aquela aceitação de foro íntimo do magistrado, de que aquilo que o autor está a alegar, tem, naquele momento, todas as indicações de plausibilidade.

Já acerca da hipossuficiência, ela não é entendida rigorosamente como mera vulnerabilidade, haja vista que esta, no que tange ao consumidor, será sempre presumida conforme o artigo 4º do Código de Defesa do consumidor que institui os princípios gerais da relação nacional de consumo.

Desse modo, a hipossuficiência pode ser caracterizada como uma vulnerabilidade agravada, que atrapalha o consumidor em todas as situações decorrentes da contratação. Considera-se na hipossuficiência, portanto, todos os fatores que façam com que o consumidor seja mais fraco ao longo da contratação, podendo se enquadrar neste contexto a falta de conhecimento técnico e situação econômica pífia que o impossibilite de arcar com a prova da culpa.

3.5.2.1 Inversão do ônus da prova na responsabilidade extracontratual

Inicialmente, no que tange à inversão do ônus da prova, discorreu-se acerca de sua ocorrência segundo a regra em que é utilizada, isto é, nos danos provindos de obrigações contratuais de resultado.

Surge daí a seguinte indagação: poderia haver uma exceção para sua utilização, por exemplo, para responsabilização de danos extracontratuais?

De acordo com o entendimento dos civilistas Serpa Lopez e Tereza Ancona Lopez (apud Vasconcelos, 2002), é sim possível aplicar a inversão do ônus da prova também para a responsabilidade extracontratual, desde que o dano materializado surja para terceiros como reflexo de obrigação contratual de resultado.

Explique-se. Gravitando em torno da relação contratual principal existem terceiros. A partir do momento em que são atingidos pela atuação imoderada e negligente do fornecedor de serviços advocatícios, cuja prestação obrigacional de resultado transcendendo o núcleo delimitador de sua área de contenção, rompe essas barreiras, para extracontratualmente ocasionar danos a terceiros; nascendo daí a possibilidade de responsabilização objetiva do profissional com inversão do ônus da prova e culpa presumida em sede extracontratual.

Assim ocorre porque o próprio Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 17 cria a figura do terceiro equiparado ao consumidor em razão do dano sofrido, abrindo margem, pois, para a responsabilização extracontratual.

Todavia, não foi prevista a inversão do ônus da prova para a responsabilidade extracontratual. Mesmo assim, é de se apoiar sua utilização, haja que as mesmas regras de configuração de responsabilidade segundo a teoria clássica são aplicados indistintamente para o dano contratual e extracontratual. De modo que as exceções de um devem ser estender ao outro, pois, como já foi abordado, segundo a moderna doutrina não há diferenciação significativa quanto à obrigação contratual e extracontratual, mas apenas acessórias, isto é, quanto à origem do da obrigação de indenizar, em uma proveniente do desrespeito contratual e mediatamente da lei, na outra, da afronta direta á lei e aos princípios gerais do direito. Trata-se, pois, de aplicação de critérios específicos da norma do consumidor por analogia a uma situação não prevista inteiramente.

Lembre-se, entretanto, que para se adotar a inversão do ônus da prova extracontratual, o dano nessa qualidade deve provir ou ser reflexo de obrigação contratual de resultado.

Tem-se dessa forma, um meio de se controlar a conduta ou atuação daquele advogado que, dentro de sua relação contratual age nos conformes do contrato e da lei, sem infligir sequer dano ao seu cliente, mas, todavia, exacerbando os limites de sua atuação moderada, na esfera

extracontratual acarreta dano a terceiros que gravitavam em torno da relação principal. Agindo assim, o advogado fere os estritos limites do cuidado objetivo da conduta, agravado em importância, ante o fato de o advogado dever agir segundo os padrões do bom profissional, e não do homem médio.

3.6 Das obrigações de meio

O contrato de prestação de serviços advocatícios com obrigação de meio envolve a pronta e diligente busca de soluções jurídicas para o caso específico, mas não pode garantir a obtenção do resultado. Justamente por isso, devido a aferição da obrigação de meio ser substancialmente diversa da de resultado, deve-se reservar especial atenção à diligência, zelo profissional e às técnicas e meio científicos utilizados pelo advogado. Desse modo, o parâmetro de avaliação do cuidado da conduta objetiva do advogado não é o comportamento do homem médio e sim o do bom profissional, em razão de suas condições específicas, pois a profissão exige aptidão, formação intelectual e técnicas específicas para o exercício da advocacia, requisitos, conduta e obrigações superiores aos esperados e exigidos no atuar do homem médio. Assim, o advogado deve agir com aprimorado conhecimento técnico, com maior civilidade, maior consciência política e social (como foi visto desempenha função pública de caráter social) e maior responsabilidade.

Por isso, nas obrigações de meio, como não é vigente a aplicação de responsabilidade objetiva, não basta ao consumidor provar que o fim almejado não se alcançou, sendo necessário provar que o fim não foi alcançado em virtude da culpa do advogado.

A responsabilização do advogado profissional liberal vinculado a uma obrigação de meio é excluída se agiu com perícia, prudência e diligência, independentemente de ter ou não alcançado o resultado almejado pelo cliente.

Contudo, mesmo dominando as ciências jurídicas, as técnicas processuais e de linguagem, circunstâncias alheias à sua vontade intrínsecas ao processo permeiam o natural desenrolar deste, a exemplo da decisão do juiz, que pode vir a ser contrária à pretensão do cliente, cuja defesa foi incumbida ao advogado. Portanto, o advogado não pode comprometer-se com um resultado que não depende somente de seu empenho e perícia pessoais.

Não se espera, pois, que o advogado seja infalível ou acerte sempre, pois o direito não é uma ciência exata, comportando enfoques e posições diversas; o que se exige é o alto grau de prudência e diligência com que deve proceder.

3.6.1 Atuação contenciosa

Ao se pensar na atuação profissional do advogado, o que primeiro vem à mente é sua atuação judicial, contenciosa, que claramente caracteriza uma obrigação de meio por excelência. É a situação do inciso I, artigo 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim, na postulação e no contraditório perante juízo ou tribunal, está-se, eminentemente, diante da assunção de uma obrigação pela qual o advogado se compromete a agir diligentemente, empregando toda a técnica e conhecimentos jurídicos adquiridos no bom desempenho do seu mandato, ou seja, buscando os interesses de seu cliente, sem, contudo, compromete-se com o êxito da demanda. Além disso, tenha-se presente que o advogado apenas poderá ser responsabilizado perante seu cliente e obrigado a indenizar o dano a que deu causa se agiu de forma culposa, ou seja, com inobservância da obrigação de agir diligentemente.

3.7 Da responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor foram inseridos dois tipos de vícios pertinentes aos serviços: a) vícios de qualidade por inadequação e b) vícios de qualidade por insegurança, ambos aptos a fulminar os serviços advocatícios, despertando a responsabilidade do fornecedor de serviços advocatícios ante aquele que foi lesado.

Os vícios por inadequação são aqueles resultantes da não correspondência entre o serviço efetivamente fornecido e aquele normalmente esperado ou prometido, assim como os que tornam o serviço advocatício impróprio ao consumo ou lhe diminui o valor. De acordo com o § 2°, artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor "consideram-se impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade". Encerram o caso de responsabilidade pelo vício do serviço, a qual independe de culpa, quer dizer, é objetiva. Nesse específico caso aplica-se esse tipo de responsabilização indistintamente entre os profissionais liberais genericamente considerados, ou seja, estende-se aos que desempenham obrigações de resultado e de meio.

Percebe-se que, nesse caso, o defeito compromete tão somente o próprio serviço, retirando ou diminuindo sua eficácia, utilidade ou valor. Tais vícios não chegam a comprometer a vida, segurança ou saúde do consumidor. Este mantém física, psíquica e patrimonialmente ileso, apesar da prestação não lhe ser útil ou adequada.

Esclarece Roberta Densa (2006, p.69) que: "diante do vício de qualidade do serviço, pode o consumidor, alternativamente e à sua escolha, exigir a sua reexecução sem custo adicional; a imediata restituição da quantia paga ou abatimento do preço". Vê-se, pois a liberdade de que dispõe o consumidor, já que tem a faculdade de exigir o que lhe for melhor.

Já os vícios de qualidade por insegurança, também chamados de acidentes de consumo, comprometem não apenas a utilidade ou fruição do serviço prestado, mas vai além, desferindo um dano ao patrimônio ou à incolumidade física ou moral do consumidor. Se trata de responsabilidade pelo fato do serviço, onde se aplica também responsabilização objetiva – com exceção dos profissionais liberais que desempenham obrigação de meio.

A esse respeito comenta Roberta Densa (2006, p. 55):

> A responsabilidade do fornecedor de serviços também tem por fundamento o dever de segurança. Os defeitos do serviço podem ser de concepção, de prestação ou de comercialização. De modo que o serviço será considerado defeituoso sempre que não apresentar a segurança esperada pelo consumidor, levando-se em consideração: o modo de fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

A referida autora (2006, p. 56) completa que:

> O serviço não será considerado defeituoso em razão da adoção de novas técnicas. Destarte, se o serviço já era prestado de forma satisfatória, de modo a não expor o consumidor a riscos, não há que se falar em defeito do serviço simplesmente em razão da adoção de novas técnicas que fazem parte do processo evolutivo.

Todavia, a assunção de novas técnicas pelo advogado deve ser feita com reservas. Deve esse profissional estar ciente dos entendimentos majoritariamente assumidos no nosso ordenamento jurídico, de modo que se em uma demanda judicial defende tese manifestamente contrária à lei, doutrina e jurisprudência, em razão de seu crivo pessoal, será passível de responsabilização. Aplica-se esse mesmo raciocínio aos casos de atuação consultiva, como, por exemplo, a elaboração de um parecer em que se utilize de argumentos sabidamente refutados ou de ínfima adoção pelos nossos pretórios. Deverá o advogado, portanto, se submeter a uma constante atualização jurídica.

Nos termos do inciso VI, artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, tanto o consumidor quanto o terceiro equiparado em razão do dano (artigo 17, Código de Defesa do

Consumidor), podem em virtude do acidente de consumo provocado pelo defeito de insegurança do serviço advocatício pleitear reparação por danos morais e materiais que lhes forem ocasionados.

3.8 Da decadência

Reza o artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor: "O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis".

O presente artigo fixa prazo decadencial para o exercício do direito ao ressarcimento baseado na responsabilidade por vício do serviço.

Vê-se que para os serviços não duráveis, impõe prazo decadencial de trinta dias, enquanto que para os de natureza durável determina noventa dias.

Portanto, questão do mais alto relevo é determinar quais sejam os serviços advocatícios duráveis ou não. Pode-se inferir que os serviços advocatícios outrora definidos como obrigações instantâneas, devido seu consumo imediato, compreendem os serviços não duráveis; ao passo que as chamadas obrigações contínuas, que têm seu consumo prolongado no tempo, integram o universo dos serviços duráveis.

O artigo 27 do mesmo diploma explicita que: "Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço [...], iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria". Conforme Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 206):

> A hipótese, da mesma sorte, é de decadência, pois trata do perecimento de direitos subjetivos em via de constituição. De todo modo, o dispositivo não merece, sob esse aspecto, nenhuma censura. O vocábulo prescrição, segundo a

> tradição do nosso Direito, deve ser utilizado sempre que se fizer referência à extinção de direitos subjetivos, de qualquer natureza.

Neste sentido, a determinação do termo inicial para a contagem do lapso de decadência depende do grau de ostensividade da eiva que contamina o serviço advocatício. Se o vício for aparente, ou seja, de fácil constatação, o prazo se inicia no término de sua execução. Mas se for oculto, o termo inicial do prazo decadencial se estende até o momento em que ficar evidenciado o defeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que o sistema de responsabilidade originariamente contido no Código Civil é ainda de larga aplicação no âmbito social em detrimento da responsabilidade que vige nas relações de consumo.

Trata-se de sistema por muito tempo adotado em nosso ordenamento, por conseguinte, de maior conhecimento e aplicação pelos pretórios. Entretanto, não se olvide que a realidade jurídica muda em conformidade com as novas conjunturas do fato social. A relação de consumo não é mais episódio estanque, ao contrário, compreende toda sorte de relações sociais em que estejam presentes os elementos básicos: fornecedor de serviços, ato negocial (serviço/atividade prestado mediante remuneração) e consumidor (destinatário final).

Esse tipo de relação cresceu e adquire cada vez mais complexidade, passando a imperar a utilização da responsabilidade segundo o Código de Defesa do Consumidor, com base no dano e nexo causal; aplicando-se subsidiariamente, no que couber, o Código Civil.

Viu-se que o advogado exerce de forma privada múnus público e social em decorrência do artigo 133 da Constituição Federal, quando atua contenciosamente. Age sem essa característica quando desempenha função extrajudicial, atuação consultiva.

Ambas constituem atividades advocatícias postas no mercado de consumo quando adquire a feição de profissional liberal, de modo a se sujeitar à norma consumerista em matéria de responsabilização.

Constatou-se que a responsabilidade civil do advogado nas relações de consumo ainda é de diminuída aplicação prática, vigendo, de modo geral, a responsabilização com base na sistemática da culpa.

Esse fato se dá, em parte, à omissão do legislador, pois deveria reformar inteiramente o § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, intensificando a meta da responsabilização objetiva, trazendo, expressamente, um único caso de responsabilidade subjetiva em seu conteúdo, regramento este que constitui exceção.

De outro lado, a responsabilização nas relações de consumo também se vê obstada aos advogados devido a ação da respectiva Ordem a que pertencem, Ordem dos Advogados do Brasil, que não raro, adotando práticas corporativistas, ocultam as condutas reprováveis de seus integrantes, muitas vezes ensejadoras de responsabilização civil. Diante disso, é comum que se apliquem apenas medidas disciplinares brandas, que ineficazes à correção da conduta do advogado, garantem-lhe impunidade.

Não resta dúvida de que a grande defensora pela luta da responsabilização civil do advogado em matéria de consumo é a moderna doutrina, que assume a função de guardiã dessa inevitável tendência. É o entendimento compartilhado.

A contribuição maior desse estudo foi de trazer para o meio acadêmico essa nova situação de responsabilização do advogado, profissional do Direito por excelência, que até o momento foi tema de pouca abordagem e esparsa utilização, na expectativa de difundi-la entre seus acadêmicos, deixando-os a par da necessidade de sua aplicação concreta para que se proteja a parte fraca desse específico tipo de relação de consumo.

REFERÊNCIAS

Brasil, *Código Civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Brasil. *Constituição Federal – Coletânea de Legislação Administrativa*. Organizadora Odete Medauar. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

Brasil. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LÔBO, Paulo Luís Neto. *Responsabilidade Civil Temas Atuais*. Recife: Bagaço, 2000.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2002.

VASSILIEF, Sílvia. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VIEIRA, Antônio Laert. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ANEXOS

LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.

Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

TÍTULO I

Dos Direitos do Consumidor

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

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

§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

CAPÍTULO II

Da Política Nacional de Relações de Consumo

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ***(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)***

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Art. 5° Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

§ 1° (Vetado).

§ 2° (Vetado).

CAPÍTULO III

Dos Direitos Básicos do Consumidor

Art. 6° São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 7° Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

CAPÍTULO IV

Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos

SEÇÃO I

Da Proteção à Saúde e Segurança

Art. 8° Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9° O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2° Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3° Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Art. 11. (Vetado).

SEÇÃO II

Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2° O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3° O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

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.

esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. (Vetado).

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

SEÇÃO III

Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2° Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3° O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1° deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4° Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1° deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1° deste artigo.

fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6° São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1° Aplica-se a este artigo o disposto no § 4° do artigo anterior.

§ 2° O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1° A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2° São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1° Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2° Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

SEÇÃO IV

Da Decadência e da Prescrição

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2° Obstam a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único. (Vetado).

ANEXO II

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Secção de São Paulo – TR n. 0970/99 – Consulente: Sílvia Vassilieff

"Assunto: inversão do ônus da prova, à luz do artigo 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 (Código do Consumidor), na ação de responsabilidade civil do advogado.

EMENTA

1) O artigo 6º, VIII, do Código do consumidor é aplicável nos litígios envolvendo consumidor, a partir de decisão judicial prévia autorizativa da inversão (não é autoaplicável), quando a prova não recaia sobre direito indisponível, nem seja de quase exercício impossível para a parte contrária ou esteja em poder do próprio consumidor.

2) O advogado – enquanto consumidor – pela sistemática da lei atual, pode beneficiar-se da inversão do ônus da prova, como qualquer cidadão.

3) Advocacia é arte, técnica e profissão, valendo-se da ciência do Direito, como instrumento. Artista, técnico e cientista ao mesmo tempo, o advogado, enquanto profissional, não pode ser enquadrado como mero prestador de serviços.

4) O exercício da advocacia não se insere numa relação de consumo, inaplicável ao advogado, enquanto réu de ação de responsabilidade civil decorrente do exercício profissional com dolo, culpa ou por lide temerária, a norma do artigo 6º, VIII, do Código do Consumidor, não havendo embasamento jurídico para inverter ônus da prova, em tal classe de ações.

Senhor Presidente:

ÔNUS DA PROVA: INVERSÃO

1. Segundo lição dos processualistas, haurida do sistema romano, a prova cabe ao que diz.[1] Ou seja, observado o ônus da prova, cabe ao autor dos **fatos constitutivos** de seu

---

1 "No direito romano aplicava-se a regra *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* (Dig., fr. 21, De probat., XXII, 3) – ou seja – *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*"

direito enquanto ao réu pertine a dos **extintivos ou modificativos** do direito do autor (art. 333 do CPC).[2]

2. O comando legal prevê, ainda, que não poderá haver convenção modificativa do ônus da prova, se esta deva recair sobre direito indisponível da parte ou tornar a uma delas extremamente difícil o exercício deste direito.

3. Com a constatação de que ocorreram profundas modificações no Mundo Moderno, especialmente com o surgimento de meios de comunicação jamais supostos e que possibilitaram realmente a concepção da "*aldeia global*" (Marshall), passou-se a integrar ao sistema romano ocidental de direito institutos tirados da "*common law*" dada a utilidade.

4. A desconsideração da personalidade jurídica vestiu com fatiota nova a teoria da aparência. A Constituição de 1988 a albergou expressamente.

5. No constante preocupação de proteger o menos favorecido (hipossuficiente, na criação célebre do Professor Cesarino Júnior ...), foram surdindo modificações ao sistema tradicional.

6. Código do Consumidor contempla, pois, nesta senda, a inversão do ônus da prova, que deve ser entendido do seguinte modo: a) o réu – consumidor – deve ser protegido e, portanto, poderá ser dispensado de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, se a prova estiver em poder do fornecedor, e.g., a perícia contábil ou a perícia do produto; b) o autor – consumidor – está dispensado de provar os fatos constitutivos de seu direito, se a prova pode ser encontrada com o fornecedor, e.g., lançamentos dos pagamentos recebidos.

7. A inversão, todavia, não é absoluta. Depende, primeiramente, de pedido expresso do consumidor e, também de decisão do juiz, que levará em consideração a necessidade e oportunidade dessa inversão, fatores estes que significam o critério do deferimento.[3]

(SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, n. 15, v. IV, p. 22.)

2 "Pode-se, pois, estabelecer como princípios fundamentais do instituto os seguintes:

1º) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer a prova das alegações que fizer.

2º) Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo daquele." (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 19, v. IV, p. 27, 1982.)

3 Compete ao juiz, se tal lhe parecer, decidir sobre a inversão do ônus da prova: "Em que instante deve o juiz determinar a inversão do ônus da prova? Não, certamente, no de sentenciar, pois aí já não mais haverá oportunidade de o fornecedor produzir outras provas: se a este, em decorrência da inversão, se transferiu o ônus de demonstrar fatos então, o órgão judicial há de lhe conceder a chance efetiva de desincumbir-se do encargo, que antes inexistia. Por isso, ao juiz não se permite inverter o ônus da prova, para beneficiar o consumidor, senão em etapa do procedimento que ainda comporte produção de provas. O correto será que o juiz ordene tal inversão antes do início da fase instrutória, fixando, precisamente, os fatos que o fornecedor deverá provar." (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 5, p. 197, RT, 1993) Ao fixar os pontos da inversão, não há atividade consultiva, mas ato jurisdicional (princípio dispositivo), quando é certo que, ordenador do processo, ao juiz cabe dispor sobre a rápida solução do litígio (art. 125, III, do CPC), inclusive indeferindo provas inúteis ou meramente protelatórias e deferindo as necessárias (art. 130 do CPC). De mais a mais, cabe ao juiz fixar os pontos da controvérsia (art. 451 do CPC), o que nada mais é que boa política jurisdicional.

8. Não haverá , todavia, como inverter o ônus da prova, quando esta seja pertinente apenas ao consumidor – e.g., juntada de algum documento pessoal deste.

9. Do mesmo modo, não caberá inversão, quando o juiz determinar que o consumidor apresente alguma evidência. E, ainda, seguindo o mesmo dispositivo do CPC, se a prova recair sobre direito indisponível ou se tornar quase diabólica, para a parte adversa.

10. Lembra-se, *en passant*, que direito é sempre muito bom senso e que, ao lado das regras universais, já uma célebre recomendação mandava seguir a Lei da Boa Razão, séculos passados.

11. Conseqüentemente, entender-se-á o artigo 6º, VIII do Código do consumidor aplicável nos litígios envolvendo consumidor, a partir de decisão judicial prévia autorizativa da inversão (não é autoaplicável), quando a prova não recaia sobre direito indisponível, nem seja de quase exercício impossível para a parte contrária ou esteja em poder do próprio consumidor.

12. Evidentemente, fatos notórios, fatos confessados , fatos incontroversos, fatos presumidos pertencem a outra sistemática e não serão objeto de inversão, tanto quanto a prova do direito consuetudinário, estrangeiro, municipal ou estadual.

13. Logo, o advogado – enquanto consumidor – pela sistemática da lei atual, pode beneficiar-se da inversão do ônus da prova, como qualquer cidadão.

14. Mas, caberá a inversão do ônus da prova, se o advogado for demandado, enquanto prestador de ônus da prova, se o advogado for demandado, enquanto prestador de serviços, na ação de responsabilidade civil, por haver se conduzido dolosa ou culposamente ou, ainda, por conluio bom o cliente, em lide temerária?

ADVOCACIA E RELAÇÃO DE CONSUMO

15. Para responder a esta indagação, sou forçado a examinar se o exercício da advocacia insere-se numa relação de consumo. E, previamente, respondo que não.

16. Gabo-me do mandamento constitucional, que torna o advogado indispensável à atuação da Justiça e, ainda, da própria natureza das coisas. Nosso pagamento deita raízes na honra e não na mera retribuição monetária – não temos pagamento com sal; somos o próprio sal da vida judiciária.

17. Não desconheço que, na atualidade, começam a aparecer determinados escritórios, especialmente destinados ao intercâmbio internacional, compostos por pessoas que nem advogados são, mas que, utilizando a ganância de certos advogados internos, olvidados da grandeza profissional, praticam por interposição, atos privativos de advogado – máxime na esteira da arbitragem e do aconselhamento.

18. Verifico, todavia, que os Conselhos de Ética já estão ficando atentos a esta nova forma de captação clientelística, modernosa e descompromissada, para exigir que a advocacia não caia numa mera atividade comercial ou consumerista, se quisermos adequar a palavra ao estudo aqui elaborado.

19. Advocacia é arte, técnica e profissão, valendo-se da ciência do Direito, como instrumento. Artista, técnico e cientista ao mesmo tempo, o advogado, enquanto profissional, não pode ser enquadrado como mero prestador de serviços.

20. Com grande estardalhaço, panacéia dos males jurídicos, o Código do consumidor viu-se elevado a micro-sistema jurídico de tal destacado, a ponto de quase constituir um ramo autônomo do Direito. Obrigações civil e mercantis, contratos, princípios jurídicos tudo quis curvado ao novo deus emergente.

21. Olvidam-se os exegetas apressados do sistema positivo do ordenamento jurídico nacional. Este continua frondoso e não foi suprimido. Assim, a definição do artigo 3º, § 2º, da Lei 8.078/90, olvidada da periculosidade que os clássicos sempre emprestaram às legais,[4] considerou serviços diversas atividades "*fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração*", excetuando as trabalhistas, mas exemplificando outras bancárias, financeiras, de crédito e securitárias.

22. No caput, o artigo 3º já considerara fornecedor a pessoa física privada prestadora de serviços. Mercado de consumo ou relação de consumo, por outro lado, a lei não determina, deixando, assim, um amplo espectro para a exegese, tornando possível, em tese, que a advocacia seja entendida como prestação de serviços.

23. Como dito acima, todavia, o sistema positivo de direito é que deve ser observado, à luz da interpretação teleológica e do conflito positivo de leis no tempo.

24. Está estampado no artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil que a lei nova, estabelecendo disposições especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. Assim, o Código do Consumidor, na época em que entrou em vigor, não revogou nem modificou a Lei n. 4.215/63.[5]

25. Vindo, todavia, a ser esta última lei revogada expressamente pelo atual Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), esta lei especial posterior à lei geral do consumidor tem a característica de ser claramente derrogatória de qualquer preceito neste diploma contido em relação à advocacia.[6]

26. Não há portanto, como considerar os serviços da advocacia como integrantes do mercado de consumo e, assim, sob a égide do Código do Consumidor, porque a Lei 8.906/94 coloca estes serviços sob o pálio de atividade indispensável à administração da justiça, constituindo serviço público dotado de função social.

27. Ou seja, é mais do que a mera prestação de serviços do Código do Consumidor, aos quais faltam os requisitos de indispensáveis à administração da justiça e de função social, mesmo porque não voltados para tais estamentos.

28. Logo, não há que se falar em responsabilidade objetiva do advogado, pela simples prestação do serviço (artigo 14 do Código do Consumidor). Aliás, nem mesmo o Código do Consumidor a isto leva, quando se observa a regra do artigo 14, § 4º deste diploma, que exige a culpa dos profissionais liberais.

29. Assim, mesmo que o advogado não estivesse submetido a uma lei especial, mesmo assim, haveria que se perquirir de sua culpa.

4 "Omnis definitio in iure civile periculosa est".

5 "Na verdade, em princípio se não presume que a lei geral revogue a lei especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto." (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, n. 446, p. 360).

6 "A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo de sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto o derroga só nos pontos em que lhe é contrária." (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, n. 447, p. 360).

30. Tratando a matéria de forma precisa, o Estatuto da Advocacia cria a responsabilidade civil do advogado, sempre que, no exercício profissional, agir com **dolo**[7] ou **culpa**[8] e, ainda, quando coligado com o cliente para lesar terceiro praticar **lide temerária**[9] (artigo 32).

31. Logo, entendo inaplicável ao advogado, enquanto réu de ação de responsabilidade civil decorrente do exercício profissional com dolo, culpa ou lide temerária, a regra do artigo 6º, VIII do Código do Consumidor.

32. Observo, ademais, que, no caso, a conduta correta, sem culpa, sem dolo ou a demonstração da inexistência de lide temerária, são por sua vez, fatos extintivos impeditivos ou

7 Os tratadistas de direito civil costumam questionar até mesmo a utilidade de se distinguir o dolo do erro, matéria esta de lindes interpenetrantes, de tal modo que o melhor é dizer-se que o dolo é erro provocado por alguém, enquanto o erro nasce de entendimento equivocado da própria pessoa enganada. O engano está, como elemento objetivo, presente nos dois institutos, mas no dolo ele é oriundo de conduta do agente doloso, enquanto no erro advém da pessoa que se equivoca. Por isso que o erro há de ser essencial, inescusável: "No dolo o erro recai sobre o motivo do ato. Esta última consideração parece apta a estabelecer vincada distinção entre os dois vícios, capaz de justificar a admissão do dolo como defeito autônomo de consentimento." (RODRIGUES, Silvio. *Dos vício de consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, n. 77, p. 131)

"O dolo consiste em manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado. É a provocação intencional de um erro." (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n. 316, p. 510).

"O dolo, ao contrário, é um artifício desonesto, anterior ou concomitante ao contrato, cujo objetivo é levar alguém a contratar por meio de uma convicção falseada por este artifício." (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. I, *Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, n. 283, p. 394) Artifício desonesto, manobras ou maquinações para levar a engano, seja o argumento que se anteponha, certo é que o fim precípuo do dolo é viciar a vontade, de tal modo que o enganado, se não fosse a malícia do enganador, não praticaria o ato.

8 "Os pressupostos da obrigação de indenizar são: a) o dano, também denominado prejuízo; b) o ato ilícito ou risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c) um nexo de causalidade entre tais elementos." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. Op. cit., n. 2, p. 13).

"Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável." (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., n. 8, p. 17).

"Não obstante o avançar da teoria do risco, a culpa continua a ocupar o primeiro lugar, como fundamento da responsabilidade civil." (ALVIM, Agostinho. Op. cit., n. 171, p. 244).

9 "Com base em Carnelutti, ensina José Olímpio de Castro Filho que a temeridade pode resultar de dolo ou culpa. Aquele se traduz na consciência da própria sem-razão, por quem sustenta ter razão, quando o litigante espera ganhar a demanda mais por erro do juiz do que pela verdade da causa. A temeridade por culpa existe quando a parte não pondera suficientemente sobre as razões de sua pretensão, mas não basta qualquer culpa, é preciso que seja grave (CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso de direito...*, n. 43, os. 91 e 92)." (BARBE, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, n. 164, v. I, p. 104).

modificativos do direito do autor e, portanto, à luz da bipartição do ônus da prova, devem ser provados pelo advogado, quando do momento próprio , em benefício de sua defesa.

33. Consequentemente, seja qual o ângulo observado, a inversão do ônus da prova é instituto inaplicável na ação de responsabilidade civil do advogado por ter agido com culpa, dolo ou praticado lide temerária, quando do exercício profissional e em razão deste.

34. Não se invoque, outrossim, analogia, por ser dissemelhante a responsabilidade civil enfocada no artigo 14 do Código do Consumidor com a do Estatuto da Advocacia (artigo 32), máxime quando a lei consumerista prevê a ocorrência de culpa, na responsabilidade civil do profissional liberal.

35. Não há, pois, embasamento jurídico para inverter ônus da prova, em tal classe de ações.

É o parecer, sub censura.

São Paulo, 02.07.1999

DR. VALTÉCIO FERREIRA."

ANEXO III

ACÓRDÃO SOBRE REVISÃO DE CLÁUSULA DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO E A APLICABILIDADE DO CDC

RECURSO ESPECIAL N. 364.168 – SE (2001/0119957-4)

RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

EMENTA

Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

I – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas.

II – Caracterizada a sucumbência recíproca devem ser os ônus distribuídos conforme determina o art. 21 do CPC.

III – Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho, não conhecer dos recursos especiais.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de abril de 2004 (Data do Julgamento)

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro Presidente e Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:

Trata-se de embargos opostos por CLARA MERCIA VIEIRA BARRETO à execução movida por FLAMARION D'ÁVILA FONTES.

A execução importa no valor de R$100.000,00 mais consectários advindos de honorários contratados.

A embargante alega onerosidade excessiva estipulada em cláusula contratual, *"no interesse único e exclusivo do fornecedor de serviços" (fls. 04)* e, assim, a aplicabilidade do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor para revisar e trazer equilíbrio ao acordo entabulado entre as partes.

Nos termos do artigo 330, I, do C.P.C., r. sentença julgou improcedentes os embargos consignando que *"cabia a devedora embargante deduzir a causa petendi com precisão, visando, justamente, a retirar do crédito executivo a sua executividade. Não o fazendo, limitando-se a uma abstrata alegação de excessividade executiva, sem lhe definir os fatores e os lindes, isto é, sem dizer que os atos ou conduta do procurador justificou a revogação do mandato, sem sequer requere prova, a mera alegação caiu no vazio..."*. (fls.89)

Em grau de apelação, o Quarto Grupo da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso da embargante para reduzir os honorários contratados em R$ 50.000,00, corrigidos a partir do descumprimento da obrigação e acrescidos dos juros legais.

O acórdão encontra-se assim ementado (fls. 127): *"Apelação cível. Embargos à execução. Preliminar de nulidade do decisum. Inocorrência. Contrato de honorários advocatícios. Alegação de onerosidade excessiva.*

Configuração. Revisão da cláusula. Redução do valor estipulado. Inteligência do art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

I – Não é nula a sentença que deixa de acolher pedido da parte, com base em fundamento diverso daquele elencado pela mesma. A nulidade exsurge quando a decisão se omite de enfrentar um dos pedidos ou, simplesmente deduz pleito diverso do consignado na inicial.

II – Ocorre onerosidade excessiva em contrato de honorários advocatícios, quando evidente a exigência de vantagem exagerada na prestação do serviço, por parte do seu fornecedor.

III – Revisada a cláusula que colocava a consumidora em desvantagem exagerada, arbitra-se os honorários advocatícios, levando-se em conta o serviço prestado pelo advogado."

A embargante opôs embargos declaratórios apontando omissão quanto à sucumbência. A pretensão foi acolhida determinando a distribuição de seus ônus conforme determina o artigo 21 do CPC. Inconformado, interpôs o embargado recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em que alega violação ao artigo 22 da Lei n. 8.906/94 pela aplicação do art. 51, IV, da Lei n. 8.078/94, por ser lei específica e posterior, conforme regula o art. 2º, § 1º, da LICC., bem como dissenso pretoriano.

Concomitantemente com suas contra-razões ao apelo extremo, interpôs a embargante recurso especial adesivo, fundado no art. 105, III, letra "a" da C.F., onde aponta ofensa ao artigo 20 e seu parágrafo 4º do Código de Processo Civil, pleiteando a redução da quantia executada e alegando a inexistência de sucumbência recíproca.

O Presidente do Tribunal de origem admitiu ambos os recursos às fls. 199/200, e, assim, ascenderam os autos à esta Corte.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:

(Relator): Analiso, primeiramente, o recurso especial do embargado.

O recorrente alega desrespeito ao princípio *pacta sunt servanda*, pois as cláusulas foram livremente pactuadas e que a avença é regulada pela Lei n. 8.906/94, específica e posterior ao CDC.

A recorrida insiste na abusividade pela potestatividade da estipulação contratual que a onera excessivamente.

Assim, a *vexata quaestio* encontra-se na aplicabilidade ou não do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de prestação de serviços advocatícios constante às fls. 11-12, justificando sua revisão.

Sem razão o recorrente embargado, pois aplicável ao caso em tela a Lei n. 8.078/90.

Os serviços prestados pelos profissionais liberais são regulados pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor. A única ressalva que o Código fez em relação aos serviços desta natureza encontra-se no § 4º do artigo 14, *verbis*:

"§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

Como se pode verificar no dispositivo acima transcrito, a legislação de consumo abrangeu os serviços prestados pelos profissionais liberais, apenas excluindo-os da responsabilidade objetiva. O tratamento diferenciado é explicado pela natureza *intuitu personae* dos serviços prestados.

Nos dias atuais a forma de atuação tradicional dos profissionais liberais mudou muito, podendo existir casos em que o contrato, inclusive de honorários, pode ser caracterizado como tipicamente de consumo, como, por exemplo, nos casos de adesão massificada a contrato padrão destinado a lides coletivas.

Todavia, é cediço que os contratos de serviços advocatícios em geral não são de adesão a condições gerais como normalmente ocorre nas relações tipicamente de consumo.

Como acontece no caso concreto, o contrato do profissional do direito com seu cliente normalmente decorre de negociação onde são estipuladas suas cláusulas, tendo como sustentáculo a relação de confiança entre o cliente e o profissional.

Assim, *a priori*, pode parecer que o pacto estaria à margem das disposições do C.D.C., contudo, a redação do dispositivo demonstra que mesmo os contratos de livre negociação com profissionais liberais estão sujeitos às normas da legislação consumerista.

Sobre o tema obtempera o mestre Zelmo Denari, *verbis*: *"Um contrato oriundo de particular negociação entre as partes, como costumam ser os modelos clássicos de pactuação de honorários, dito* ***contrato negociado****, ao qual, em obséquio ao disposto no § 4º do art. 14, não se aplica a regra da responsabilidade objetiva, embora subsumido às demais normas de defesa do consumidor"* (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 174).

Obviamente, deve ser sopesada pelo julgador a aplicação das medidas protecionistas do Código em vista de cada realidade contratual.

No que toca ao alegado conflito de normas, cumpre ressaltar que a Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que é Lei especial e posterior ao CDC, não entra em conflito com as

disposições da legislação que regem as relações de consumo, *in casu*, a prestação de serviços advocatícios.

O dispositivo apontado como ofendido pelo recorrente assegura ao advogado os honorários contratados, entretanto o acórdão recorrido não negou ao profissional sua percepção.

O Colegiado *a quo*, à luz do artigo 51, IV, do CDC, analisou e interpretou a cláusula contratual, considerando-a abusiva por imputar onerosidade excessiva à contratante e reduziu a quantia executada a fim de trazer equilíbrio à relação contratual. Eis a sua fundamentação (fls. 129-131): *"No mérito, a apelante se baseia no fundamento de que as cláusulas contratuais contêm onerosidade excessiva, em evidente violação aos arts. 4º, inciso III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor. As cláusulas infirmadas de onerosas assim se encontram redigidas: "Honorários: – O(S) CONSTITUINTE(S), por sua parte, fica(m) obrigado(s) a pagar a(os) bacharel(éis) constituído(s), como remuneração dos serviços prestados e especificados acima, honorários na forma seguinte: -08% (oito por cento) do valor de mercado atribuído ao monte a partilhar entre o casal, incidente na parte da contratante, garantindo contudo um mínimo de R$ 100.000,00 (cem mil reais) na hipótese de transformar-se a ação em separação consensual, pagos ao final do processo".(...)*

"Em caso de revogação do mandato ou de composição amigável, feita por qualquer das partes litigantes, ou de impontualidade ou de desistência da ação ou ainda com a extinção de qualquer outro ato constituinte que importe na revogação do mandato, desistências referidas e de qualquer outra infração ao presente contrato, reputar-se-á este vencido e exigível imediatamente, o total dos honorários da cláusula que especificam os mesmos, cobráveis por via de execução, na forma do art. 585, II do Código de Processo Civil". Com efeito, a onerosidade excessiva decorre da desproporção entre o ajustado pelas partes (objeto do negócio) e o preço cobrado. De regra, a onerosidade sobrevém fato de que decorre um ônus que, apesar de previsível, se afigura desproporcional. De igual forma, a onerosidade excessiva por existir quando da própria assinatura do contrato.

No caso em exame, a desproporção não se configurou **a posteriori**. A onerosidade já era ínsita quando da formulação do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, que entendo aplicável em casos que tais, dispõe da seguinte forma: "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Da leitura da cláusula contratual acima mencionada, vislumbro que a mesma coloca a parte em desvantagem exagerada, porque impõe o pagamento de quantia vultosa, mesmo que o serviço não seja prestado.

Resolvido este ponto, passo a analisar a fixação dos honorários advocatícios, com base na prestação do serviço. Constata-se pelas peças juntadas às fls. 13-48 destes autos, que o causídico interpôs ação de alimentos, de separação judicial litigiosa e uma cautelar inominada interpostas, além de peça referente a um agravo de instrumento intentado.

Penso que uma quantia a ser estipulada deve representar, como já dito, o referido trabalho, além do grau de confiança depositado no procurador. Desta forma, entendo que o valor dos honorários deve ser fixado em R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) corrigidos monetariamente pelo índice do INPC, desde o descumprimento por parte da Executada (já que

nem depositou o que entendia devido e nem discutiu, de logo, em ação própria, a revisão da cláusula), bem como a aplicação de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, devendo o feito executivo adequar-se a estes parâmetros."

Forte nestes lineamentos, não houve violação ao artigo 22 da Lei n. 8.906/94.

De outra parte, a questão da abusividade da referida cláusula não foi impugnada no apelo extremo e a divergência jurisprudencial não restou caracterizada nos moldes regimentalmente exigidos. Passo à análise do recurso especial adesivo de fls. 184-188.

Primeiramente alega a recorrente embargante violação ao § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, uma vez que a diminuição da quantia executada foi de pouca monta e ainda lhe causa onerosidade excessiva. Inviável a pretensão. Como já visto no desenvolvimento deste voto, o *quantum* executado não foi reduzido com base no texto legal apontado, mas no artigo 51, IV, do CDC, que deu suporte à revisão contratual. Portanto, não há falar-se em redução da quantia executada em relação ao citado dispositivo, mesmo porque a execução tem origem em honorários contratualmente estipulados e não decorrentes da sucumbência.

A recorrente sustenta, ainda, a violação ao artigo 20 do CPC em virtude da divisão dos ônus da sucumbência.

Igualmente ao que ocorreu quanto ao primeiro ponto do apelo, a parte não atacou o ponto que fundamentou a decisão, pois a distribuição dos ônus da sucumbência foi efetuada com supedâneo no artigo 21 do CPC, e não em seu artigo 20.

De qualquer forma, argumenta a recorrente que não restou vencida na lide, porém os embargos não elidiram totalmente o direito do credor pois houve apenas redução da quantia exeqüenda. Sendo assim, resta claro que o exequente sagrou-se vencedor em relação ao valor remanescente sobre que prosseguirá o processo executivo.

Correta, portanto, a aplicação do artigo 21 do CPC.

Ante o exposto, não conheço dos recursos especiais

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Flamarion D'Avila Fontes ajuizou ação de execução contra Clara Mércia Barreto de Almeida para cobrar honorários de advogado (fls. 2/4, autos em apenso), assim contratados: *"HONORÁRIOS – O(S) CONSTITUINTE(S), por sua parte, fica(m) obrigado(s) a pagar ao(s) Bacharel(eis) constituído(s), como remuneração dos serviços prestados e especificados acima, honorários na forma seguinte: – 0,8% (oito por cento) do valor de mercado atribuído ao monte a partilhar entre o casal, incidente na parte da contratante, garantindo contudo um mínimo de R$ 100.000,00 (cem mil reais) na hipótese de transformar-se a ação em separação consensual, pagos ao final do processo"* (fl. 5, autos em apenso).

"Em caso de revogação do mandato ou de composição amigável, feita por qualquer das partes litigantes ou de impontualidade ou de desistência da ação ou ainda com a extinção de qualquer outro ato constituinte que importe na revogação do mandato, desistências referidas e de qualquer outra infração ao presente contrato, reputar-se-á vencido e exigível imediatamente o total dos honorários da cláusula que especificam os mesmos, cobráveis por via de execução, na forma do art. 585, II, do Código de Processo Civil" (fl. 6, autos em apenso).

Segundo a petição inicial, decorrido mais de ano desde a assinatura do contrato de honorários, *"por vontade expressa pela Requerida em singelo bilhete encaminhado ao Autor, foram revogadas as procurações outorgadas, e deste modo, pela rescisão unilateral, vencido o contrato, o que tornou imediatamente exigível pelo total dos honorários da cláusula que especificam os mesmos, cobráveis por via de execução, conforme determina o seu texto, pois que até a presente data a contratante não deu nenhuma demonstração de querer amigavelmente fazer o pagamento"* (fl. 3, autos em apenso). Clara Mércia Barreto de Almeida opôs embargos do devedor (fls. 2/9), que o MM. Juiz de Direito Dr. Cristiano José Macêdo Costa julgou improcedentes (fls. 85/92).

O Tribunal *a quo*, Relator o eminente Desembargador Aloísio de Abreu Lima, reconhecendo onerosidade excessiva na cláusula contratual, reformou a sentença e arbitrou os honorários de advogado em R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC, *"desde o descumprimento"* (fl. 131) – distribuindo *pro rata* a responsabilidade pela sucumbência (fl. 142).

Flamarion D'Ávila Fontes interpôs recurso especial com base no art. 105, inc. III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, por violação do artigo 22 da Lei n. 8.906, de 1994 (fls. 144/157).

Clara Mércia Vieira Barreto e Andréa Sobral Vila-Nova de Carvalho interpuseram recurso especial adesivo com base no art. 105, inc. III, letra *a*, da Constituição Federal, por contrariedade ao artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil (fls. 184/188).

Nesta instância, o eminente Relator, Ministro Pádua Ribeiro, não conheceu de um recurso e de outro.

Pedi vista dos autos para examinar o eventual reflexo da decisão quanto à estipulação dos honorários de advogado, sabido que são variáveis, em função de inúmeros fatores, inclusive da competência e do renome do profissional (Código de Ética e Disciplina, art. 36).

A espécie, todavia, não alcança esse âmbito, porquanto, tendo o acórdão recorrido declarado a onerosidade excessiva da cláusula que assegurava ao advogado a remuneração mínima de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para a hipótese de ser revogada a procuração, daí não resultou qualquer afronta ao artigo 22 da Lei n. 8.906, de 1994.

A aludida norma garante aos advogados o pagamento dos serviços por eles prestados; não dá legitimidade à garantia mínima de remuneração se ela é excessivamente onerosa – a cujo respeito a divergência jurisprudencial deixou de ser demonstrada.

Por isso, acompanho o voto do eminente Relator quanto ao recurso especial; outro tanto relativamente ao recurso adesivo, e aí com exclusivo suporte no seu douto voto.

VOTO-VISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recursos especiais em ação de embargos do devedor à execução; o primeiro, interposto por FLAMARION D´ÁVILA FONTES, com fulcro nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional; e o segundo, adesivo, interposto por CLARA MÉRCIA VIEIRA BARRETO, com fulcro na alínea 'a' do permissivo constitucional.

O primeiro recorrente propôs execução fundada em contrato de prestação de serviços advocatícios, no valor de R$ 100.000,00.

A segunda recorrente opôs embargos do devedor à execução, ao fundamento de ser excessivamente onerosa a relação entre o valor exigido e os serviços prestados, considerando-se, inclusive, que houve rescisão antecipada do contrato.

O Juiz rejeitou os embargos do devedor à execução. Em sede de apelação, entretanto, o TJSE acolheu em parte os embargos para determinar a incidência do CDC e a conseqüente revisão judicial do ajuste, com fulcro em excessiva onerosidade das prestações convencionadas (CDC, art. 51, inc. IV), fixando-se o valor em R$ 50.000,00. Em sede de embargos de declaração, o TJSE reconheceu a existência de sucumbência recíproca.

O primeiro recorrente sustenta, em suas razões de recurso especial, que o acórdão recorrido: **I** – ao admitir a incidência do CDC e a conseqüente revisão judicial do contrato, violou os arts. 22 e 24 da Lei n. 8906/94, 2º, § 1º, da LICC, 82 do CC/16 e 51, inc. IV, do CDC e dissídio, porquanto: (a) o Estatuto da Ordem dos Advogados constitui lei especial e posterior ao CDC, hábil a afastar a incidência deste nas relações estabelecidas entre o advogado e seu cliente, (b) a revisão judicial do contrato fere a força vinculante deste, prevista no art. 22 da Lei n. 8906/94.

A segunda recorrente alega ter o acórdão prolatado pelo TJSE: **I** – violado o art. 20 e § 4º, do CPC, ao fixar em montante elevado (R$ 50.000,00) o valor devido em razão do contrato de prestação de serviços advocatícios; e **II** – violado o art. 20 do CPC, ao reconhecer a existência de sucumbência recíproca.

O Relator, i. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, acompanhado pelo i. Min. Ari Pargendler, não conheceu de ambos os recursos especiais; o primeiro, ao fundamento de ser o contrato de prestação de serviços advocatícios passível de revisão judicial, inclusive com a incidência do CDC; e o segundo, ao fundamento de estar caracterizada a sucumbência recíproca, bem como ser deficiente o apelo quanto à questão do valor fixado (R$ 50.000,00).

Reprisados os fatos, decide-se.

I – Da possibilidade de revisão judicial do contrato de prestação de serviços advocatícios e da incidência do CDC (violação aos arts. 22 e 24 da Lei n. 8906/94, 2º, § 1º, da LICC, 82 do CC/16 e 51, inc. IV, do CDC).

A questão relativa à incidência do art. 22 da Lei n. 8906/94 e do art. 51, inc. IV, do CDC restou devidamente pré-questionada.

A força vinculante do contrato de prestação de serviços advocatícios, reconhecida no art. 22 da Lei n. 8906/94, não afasta a possibilidade de revisão judicial do ajuste, quando verificada a existência de encargo nulo ou anulável.

Para tanto, admite-se inclusive a incidência do CDC, dado que o serviço advocatício, a despeito de guardar certa especificidade se comparado com a atividade econômica geral, civil ou empresária, constitui atividade onerosa fornecida no mercado de consumo (art. 3º, § 2º) e insere, o seu prestador, no conceito de fornecedor (art. 3º, *caput*, da Lei 8078/90).

Corrobora esta conclusão a análise lógico-interpretativa desenvolvida pelo i. Min. Relator, ao comentar o § 4º do art. 14 do CDC: *"Os serviços prestados pelos profissionais liberais*

são regulados pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor. (...). Como se pode verificar no dispositivo acima transcrito, a legislação de consumo abrangeu os serviços prestados pelos profissionais liberais, apenas excluindo-os da responsabilidade objetiva".

Nesses termos considerados, e admitida a incidência do CDC, deve ser analisada, por fim, a questão referente à onerosidade excessiva.

A este respeito, o recorrente não impugnou os fundamentos do acórdão, limitando-se a argüir a impossibilidade de revisão judicial do contrato de prestação de serviços advocatícios, como bem reconheceu o i. Min. Relator: *"De outra parte, a questão da abusividade da referida cláusula não foi impugnada no apelo extremo"*.

Incide à espécie, em conseqüência, a Súmula n. 284 do STF.

Do recurso especial adesivo:

I – Da fixação do valor devido em montante elevado (violação ao art. 20 e § 4º, do CPC).O dispositivo de lei citado pela recorrente – art. 20, *caput* e § 4º, do CPC – não se demonstra adequado a embasar o inconformismo manifestado no apelo, porquanto o TJSE analisou o valor devido em atenção aos critérios incidentes sobre honorários contratuais, e não-sucumbenciais.

Assim anotou o i. Min. Relator: *"Como já visto no desenvolvimento desse voto, o quantum executado não foi reduzido com base no texto legal apontado, mas no artigo 51, IV, do CDC, que deu suporte à revisão contratual. Portanto, não há falar-se em redução da quantia executada em relação ao citado dispositivo, mesmo porque a execução tem origem em honorários contratualmente estipulados e não decorrentes de sucumbência"*.

Incide à espécie, em conseqüência, a Súmula n. 284 do STF.

II – Da sucumbência recíproca (violação ao art. 20 do CPC)

A sucumbência recíproca ficou caracterizada com o acolhimento parcial dos embargos do devedor, reduzindo-se o valor exigido de R$ 100.000,00 para R$ 50.000,00.

Deve-se observar, outrossim, que o dispositivo de lei tido por violado – art. 20 do CPC – não guarda pertinência com a questão da sucumbência recíproca, esta regulada no art. 21 do CPC, o que atrai, também neste ponto, a incidência da Súmula n. 284 do STF.

Forte em tais razões, acompanho o i. Min. Relator e NÃO CONHEÇO dos recursos especiais.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

A recorrida ajuizou embargos à execução de contrato de prestação de serviços e honorários de advogado alegando que o contrato estabelece o pagamento de R$ 100.000,00 "*como aporte mínimo para a garantia do contrato. É dizer, mesmo se não houvesse a prestação do serviço que estava sendo pactuado, ou que o fosse desenvolvido parcialmente, ainda assim o exeqüente, por força da malsinada convenção, seria intitulado credor da vultosa quantia acima expressa, olvidando-se o caráter bilateral do contrato de prestação de serviços, gênero do qual o Contrato de Honorários é espécie*" (fl. 04). A recorrida reconhece ser devedora do embargado, "*todavia não na quantia assustadora informada na exordial da execução*" (fl. 06). Sustenta que o embargado não cumpriu integralmente a sua parte, tanto que teve de pagar honorários a outros advogados "*para que fosse culminado o seu divórcio almejado*" (fl. 06).

A sentença julgou improcedentes os embargos. Considerou o Juiz que a embargante limitou-se "*a uma abstrata alegação de excessividade executiva, sem lhe definir os fatores e os lindes, isto é, sem dizer que os atos ou conduta do procurador justificou a revogação do mandato, sem sequer requerer prova, a mera alegação caiu no vazio, e não pode ser considerada, permanecendo intactas as cláusulas que atribuem ao advogado o direito de executar o preço de seus trabalhos profissionais ajustado contratualmente por escrito*" (fl.89).

O Tribunal de Justiça de Sergipe proveu a apelação. Entendeu que a "*onerosidade excessiva decorre da desproporção entre o ajustado pelas partes (objeto do negócio) e o preço cobrado. De regra a onerosidade excessiva verifica-se quando, após assinado o contrato, sobrevém fato de que decorre um ônus que, apesar de previsível, se afigura desproporcional. De igual forma, a onerosidade excessiva pode existir quando da própria assinatura do contrato*". No caso, segundo o acórdão recorrido, "*a onerosidade não se configurou* ***a posteriori****. A onerosidade já era ínsita quando da formulação do contrato*" (fl. 130). Resolveu, então, fixar os honorários em R$ 50.000,00 "*corrigidos monetariamente pelo índice do INPC, desde o descumprimento por parte da Executada (já que nem depositou o que entendia devido e nem discutiu, de logo, em ação própria, a revisão da cláusula), bem como a aplicação de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, devendo o feito executivo adequar-se a estes parâmetros*" (fl. 131).

São dois recursos especiais. O primeiro é do advogado exeqüente sustentando que a Lei n. 8.906/94 assegura aos advogados o direito aos honorários convencionados (art. 22).

O Ministro **Pádua Ribeiro**, Relator, desproveu os especiais. Reconheceu que se aplica na relação o Código de Defesa do Consumidor, embora destacando "*que os contratos de serviços advocatícios em geral não são de adesão a condições gerais como normalmente ocorre nas relações tipicamente de consumo*", decorrendo, como no caso concreto, "*de negociação onde são estipuladas suas cláusulas, tendo como sustentáculo a relação de confiança entre o cliente e o profissional*". Entende o Ministro **Pádua** que não há conflito entre o Estatuto da OAB e o Código de Defesa do Consumidor, afastando a violação do art. 22 da Lei n. 8.906/94. Quanto ao especial adesivo, manteve os honorários como fixados

Na mesma linha foram os votos dos Ministros **Ari Pargendler** e **Nancy Andrighi**.

Peço vênia para divergir no mesmo diapasão de precedente da Quarta Turma, Relator o Senhor Ministro **Cesar Rocha**. Também eu entendo que não existe relação de consumo nos serviços prestados por advogados, "*seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo*", considerando que as "*prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – como, v.g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31, § 1º e 34/ III e IV da Lei n. 8.906/94) – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo*" (REsp n. 532.377/RJ, *DJ* de 13/10/03).

Quanto ao adesivo, as razões apresentadas pelo eminente Ministro **Pádua Ribeiro** são suficientes para dele não conhecer.

Em conclusão, eu conheço do especial para julgar improcedentes os embargos e julgo prejudicado o adesivo. Custas e honorários de 10% sobre o valor da causa.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO:

Sr. Presidente, no caso, embora entendendo ponderosos os fundamentos do voto do ilustre Ministro Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, conheço dos recursos especiais para julgar improcedentes os embargos, fixando os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, e julgando prejudicado o recurso adesivo.

Ministro CASTRO FILHO