



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

ANTÔNIO CASSIANO DE SOUZA LIMA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE AO CÓDIGO DE
DEFESA CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E LEGAL**

Sousa – PB
2020

ANTÔNIO CASSIANO DE SOUZA LIMA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE AO CDC: UMA
ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E LEGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Iarley Pereira de Sousa

**Sousa – PB
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

L732r

Lima, Antônio Cassiano de Souza.

A responsabilidade civil do advogado frente ao CDC: uma análise histórica, dogmática e legal. / Antônio Cassiano de Souza Lima. - Sousa: [s.n], 2020.

42 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2020.

Orientador: Prof. MSc. Iarley Pereira de Sousa.

1. Responsabilidade Civil. 2. Condicionantes. 3. Excludentes. 4. Aplicação do CDC. 5. Direitos e deveres do advogado. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 347.51(043.1)

ANTÔNIO CASSIANO DE SOUZA LIMA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE AO CDC: UMA
ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E LEGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Iarley Pereira de Sousa

Data de aprovação: _____/_____/2020

Banca Examinadora

Orientador: Prof. MSc. Iarley Pereira de Sousa

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

RESUMO

A Responsabilidade Civil está intimamente ligada à ideia de dever jurídico, de modo que a violação de um dever jurídico originário, cuja consequência seja um dano, gera o dever jurídico posterior de indenizar. A lógica vem do princípio de que aquele que causar dano à outra pessoa, seja ele moral ou material, deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano. Assim, o advogado responderá civilmente pelos danos que causar ao cliente. A responsabilidade é a contrapartida da liberdade e da independência do advogado. O advogado tem obrigação de prudência. Incorre em responsabilidade civil o advogado que, imprudentemente, não segue as recomendações do seu cliente, nem lhe pede instruções para segui-las. O presente trabalho busca expor o âmago da responsabilidade ética e civil do advogado - agente indispensável, inviolável e essencial à administração da Justiça, com demonstração de quando incidirá a responsabilidade subjetiva ou objetiva, apontando a regra e a exceção dentro de tal instituto. Destarte, emerge a necessidade do advogado ser um profissional ético, responsável, conhecedor de seu ofício com suporte técnico suficiente para prestar o serviço a que se propõe. Porém, muitas das vezes essa presunção não se confirma. Nosso propósito é o de realizar uma discussão acerca da responsabilidade civil. Para a confecção do presente estudo utilizou-se o procedimento da pesquisa bibliográfica, análise de livros, revistas e artigos científicos publicados com abordagem sobre o assunto. Desse modo, objetiva-se traçar um liame entre as responsabilidades, direitos e deveres do advogado e do cliente, e, por conseguinte, esclarecer, sem exaurir os questionamentos sobre o tema, além de fazer um alerta aos estudantes e aos profissionais desta área sobre a responsabilidade decorrente do exercício desta profissão, principalmente porque esse tema tem sido pouco discutido, apesar de no Brasil ser crescente a responsabilização dos profissionais por seus erros.

Palavras-Chave: Advogado. Responsabilidade Civil. Subjetiva. Objetiva. CDC.

ABSTRACT

Civil Responsibility is closely linked to the idea of legal duty, so that a violation of an original legal duty, the consequence of which is damage, generates the subsequent legal duty to indemnify. The logic comes from the principle that anyone who causes harm to another person, be it moral or material, must restore the good to the state it was in before its harmful act, and, if recovery is not possible, it must compensate the one who suffered the damage. Thus, the lawyer will be civilly liable for the damages he causes to the client. Liability is the counterpart to the freedom and independence of the lawyer. The lawyer has an obligation of prudence. The lawyer incurs civil responsibility, who, imprudently, does not follow the recommendation of his client, nor asks for instructions to follow them. The present work aims to expose the essence of the ethical and civil responsibility of the lawyer – a indispensable, inviolable, indispensable agent in the administration of justice, showing when will occur objective or subjective responsibility, pointing rules and exceptions in each case. Therefore, arises the necessity of an ethical and responsible behavior of the lawyer, demonstrating expertise in the performance of his activities. However, most of the times this presumption is not confirmed, Our purpose is realize a discussion about the civil responsibility in this cases. The present study used the bibliographical research, analysing books, magazines and scientific articles published on the subject. That way, the objective is draw a comparison between responsibilities, rights and duties of the lawyer and his client, and consequently answer doubts without drain the questions about the theme, as well as warn law students and professionals about the responsibility that results from the exercise of the legal profession, especially because the theme is little discussed even though in Brazil is growing the civil liability of the professionals for their faults.

Keywords: Lawyer. Civil responsibility. Objective responsibility. Subjective responsibility. CDC.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	7
2.1 HISTÓRICO	8
2.1.1 Direito Romano	9
2.1.2 Direito Francês	10
2.1.3 Direito Brasileiro	11
2.2 CONCEITO	13
2.3 CONDICIONANTES	13
2.3.1 Conduta	14
2.3.2 Culpa latu sensu	14
2.3.3 Nexo de causalidade	16
2.3.4 Dano	18
2.4 EXCLUDENTES	18
2.4.1 Estado de necessidade	18
2.4.2 Legítima defesa	19
2.4.3 Exercício regular de direito	20
2.4.4 Estrito cumprimento do dever legal	21
2.4.5 Fato exclusivo da vítima	22
2.4.6 Fato de terceiro	23
2.4.7 Caso fortuito / Força maior	23
2.4.8 Cláusula de não indenizar	24
2.5 ESPÉCIES	24
2.5.1 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	25
2.5.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	26
3 A ATIVIDADE ADVOCATÍCIA NO BRASIL	28
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES	28
3.2 A ÉTICA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E AS OBRIGAÇÕES CIVIS DO ADVOGADO	29
3.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	31
3.4 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO: CONCEITO E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL	32
4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ADVOGADO ENQUANTO PROFISSIONAL LIBERAL: A APLICAÇÃO DO CDC	35
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES	35
4.2 FATOS GERADORES	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

O advogado responde civilmente pelos danos que causar ao cliente. A responsabilidade é a contrapartida da liberdade e da independência do advogado. O advogado tem obrigação de prudência. Incorre em responsabilidade civil o advogado que, imprudentemente, não segue as recomendações do seu cliente, nem lhe pede instruções para segui-las. Na hipótese de consulta jurídica, o conselho insuficiente deve ser equiparado à ausência de conselho, sendo também imputável ao advogado a responsabilidade civil. 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. Questão ainda não respondida, inteiramente, diz respeito à natureza e ao alcance dessa responsabilidade.

Nesse sentido se levanta o questionamento: qual é a extensão da responsabilidade civil do advogado frente às normas de tutela do consumidor? Para responder tal questionamento o presente trabalho lança um olhar sobre a responsabilidade civil de forma geral no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um contraponto com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, com o entendimento pacificado nos tribunais e com as normas de regência da profissão de advogado.

O objetivo é descrever didaticamente o histórico da responsabilidade civil, suas espécies, condicionantes e excludentes (capítulo 1), trazer o panorama da atividade advocatícia no Brasil, a relação contratual e suas implicações (capítulo 2) e por fim analisar a responsabilidade civil subjetiva do advogado enquanto profissional liberal (capítulo 3).

O trabalho adotou o método dedutivo, partindo de uma análise geral do instituto para, assim, compreender os casos específicos. Deste modo, a partir da interpretação de dispositivos legais e constitucionais, bem como do estudo de teorias e princípios, verifica-se a caracterização da responsabilidade civil. A metodologia utilizada consistiu, ainda, no método histórico, pois analisou a evolução histórica da responsabilidade civil, possibilitando melhor compreensão do instituto. Por sua vez, quanto às técnicas de pesquisa, foram utilizados os recursos de pesquisa bibliográfica, análise de artigos científicos, doutrinários, jurisprudenciais e legislação constitucional e infraconstitucional acerca do tema.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

No sistema jurídico brasileiro poucos diplomas legais tratam acerca da Responsabilidade Civil, em decorrência da dificuldade em se estabelecer todas as hipóteses que ensejariam o mencionado instituto. Assim, o legislador optou por deixar em aberto, incumbindo aos estudiosos do Direito verificar tais situações.

A Responsabilidade Civil conquistou espaço no direito moderno, pois revela sua importância perante os diversos conflitos de interesses vivenciados pela sociedade, e a quantidade de ações cada vez maior nos Tribunais relativa a esta temática.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar (VENOSA, 2010, p. 01).

Conforme a lição do autor supracitado verifica-se que toda e qualquer pessoa está sujeita a causar prejuízo a outrem e, por conseguinte, ser responsabilizado na esfera cível.

A lógica vem do princípio de que aquele que causar dano à outra pessoa, seja ele moral ou material, deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano. Maria Helena Diniz (2003, p. 34) assim define a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) (DINIZ, 2003, p. 34).

As questões que envolvem a responsabilidade civil estão cada vez mais presentes na realidade da sociedade, seja como agente causador do dano, seja como vítima, que se veem diante de uma situação de obrigação de reparação. Dessa forma, a principal finalidade, é alcançar a restauração do equilíbrio violado pelo dano. O objetivo, portanto, é voltar ao *status quo ante*, reparando o prejuízo causado.

2.1 HISTÓRICO

A compreensão acerca do contexto histórico no qual foi desenvolvida a Responsabilidade Civil é fundamental para identificar sua estrutura no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, bem como para análise de sua efetividade no direito moderno. Em princípio, a ideia de Responsabilidade Civil não cogitava o fator culpa, mas estava ligada ao sistema da vingança privada, por meio da qual a sociedade primitiva reagia ao dano de maneira imediata e brutal, fazendo justiça com as próprias mãos.

Neste sentido, Alvino Lima:

A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal (LIMA,1999, p. 19).

Assim, essa autotutela, como mecanismo de resolução dos conflitos nas civilizações primitivas, revelou-se uma total insegurança para a sociedade, não havendo qualquer interferência do Estado ou de terceiros, pois uma vontade se impunha à outra, prevalecendo a força. Embora essa reação tivesse o objetivo de servir como represália ao dano sofrido, não havia qualquer proporcionalidade do ato, buscando-se a reparação do mal pelo mal, através do emprego da força, extrapolando dos meios necessários para tanto. Não havia qualquer reparação do dano sofrido, mas apenas um ato de vingança, baseado na satisfação pessoal de fazer com que o agressor sofresse o mesmo que a vítima.

Ocorre que Maria Helena Diniz (2011) reconhece uma fase que antecede a vingança privada, tratando-se da vingança coletiva. Deste modo, havendo uma agressão injusta contra a pessoa, família ou grupo social, a reação contra a ofensa ou lesão sofrida era espontânea, imediata e com violência.

Neste período, a solidariedade dos grupos desempenhava um papel fundamental nos primórdios da humanidade, resultando em uma responsabilidade coletiva. Posteriormente, dá-se origem ao período da composição, por meio da qual a vingança foi substituída por uma compensação econômica, constituindo uma forma de recomposição do dano sofrido. A emoção foi suprida pela razão, pois o homem passa a se preocupar com o dano suportado, deixando de lado o sentimento de vingança, buscando uma solução a fim de alcançar a recomposição dessas perdas.

Até esta fase, porém, não se vislumbra a intervenção do Estado nas formas de resolução dos conflitos, restando às partes utilizarem-se dos mecanismos colocados à sua disposição a fim de satisfazer suas vontades e direitos. Diante da realidade social, ficou evidenciada a necessidade de organização do Estado visando regulamentar as formas de reparação de danos e solução dos conflitos de interesses.

2.1.1 Direito Romano

As consequências da vingança privada na sociedade primitiva fez com que o Estado percebesse a necessidade de reger as relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas que causassem dano a outrem.

Inicialmente, a fim de contornar os problemas decorrentes deste período, surge a fase que deu origem a Lei de Talião, isto é, a reparação do mal pelo mal, caracterizada pela expressão “olho por olho, dente por dente”, contida na Lei das XII Tábuas. Surge no sistema a ideia de proporcionalidade, fazendo com que o agente ofensor responsa exatamente por aquilo que fez.

Nesta ocasião, segundo Maria Helena Diniz

para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou (DINIZ, 2011, p. 27).

A responsabilidade independia da culpa, tratando-se, portanto, daquilo que hoje reconhecemos como responsabilidade objetiva, sendo caracterizada pela reação do ofendido em face do fato gerador do dano.

Posteriormente, havendo maior intervenção estatal nas relações privadas, o legislador proíbe a “justiça com as próprias mãos”, dando início ao período regido pela Lei das XII Tábuas, também denominado de composição tarifada.

Assim, o Estado ocupou a posição da vítima, suprimindo sua vontade ao dosar a pena a ser paga pelo agente ofensor, substituindo a composição voluntária por uma composição obrigatória, e, inclusive, tarifada, sendo estipulados valores para as diversas espécies de lesão ou dano.

Essa evolução teve o seu marco histórico quando, ao assumir a função de punir, o Estado tornou-se responsável pela ação repressiva, dando origem à ação de indenização. No mais, surgiram as primeiras divisões entre Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal.

Finalmente, dá-se início à notável *Lex Aquilia* que, conforme José de Aguiar Dias (2006, p. 26), “se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano”, trazendo as primeiras ideias de culpa.

Com relação ao estudo da lei Aquília, há de se observar o pensamento de Maria Helena Diniz:

A *Lex Aquilia* de *damno veio* a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a arbitrar o dano à conduta culposa do agente (DINIZ, 2011, p. 27).

Logo, não restam dúvidas de que houve uma evolução no sentido de extrair o fator culpa da Lei Aquília, passando a reparação estar calcada no elemento subjetivo, a partir de então.

Assim, com a ocorrência do dano, criou-se a obrigação de reparar, mediante indenização pecuniária, desde que houvesse culpa do agressor, elemento que compunha a responsabilidade civil.

2.1.2 Direito Francês

O Código francês de Napoleão veio logo após a Revolução Francesa, cujo objetivo era alcançar os princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Assim, buscava-se impedir a interferência abusiva do Estado na vida dos cidadãos franceses.

Durante a Idade Média, na França, houve uma evolução dos pensamentos romanos, que foram aperfeiçoados. O Código Civil francês influenciou a legislação de vários países, inclusive no Brasil, especialmente no Código Civil de 1916.

No tocante ao direito francês, cumpre destacar os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românticas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos da composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência da culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. (GONÇALVES, 2005, p. 05)

Assim, verifica-se que o Código Napoleônico adotou uma Responsabilidade Civil baseada na culpa, em razão da interpretação extensiva da Lex Aquília, caracterizando a responsabilidade subjetiva, cuja aplicação foi adotada em diversos ordenamentos jurídicos.

Segundo Frederico de Ávila Miguel:

Cumpre salientar que já era indiferente ser a conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita, sendo qualquer daquelas espécies de culpa suficiente para caracterizar a responsabilidade civil e isso independentemente da gravidade, bastando a culpa levíssima para levar à obrigação de reparar (MIGUEL, 2010).

Logo, além de traçar os contornos da reparação fundada na culpa efetiva, o Código francês também foi responsável pela previsão da Responsabilidade Contratual, bem como pela distinção entre Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil, até então bastante confundidas pelos juristas.

Ocorre que, em um estágio mais avançado, o direito francês passou a admitir uma responsabilidade civil sem culpa, pautada na teoria do risco. Assim, conforme a lição de Maria Helena Diniz:

Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa (DINIZ, 2011, p. 28).

A teoria do risco não substituiu a teoria da culpa, mas ambas coexistiam, de modo que havia tanto a Responsabilidade Subjetiva quanto a Responsabilidade Objetiva. O novo panorama que trouxe a teoria do risco estava baseado no pressuposto de que, havendo uma atividade perigosa, que aumentava os riscos à vida e à saúde humana, aquele que tira os proveitos dessa atividade deverá ser responsabilizado, independentemente de culpa.

Portanto, o Código Civil Napoleônico foi de suma importância ao estabelecer as primeiras ideias de Responsabilidade Subjetiva e Objetiva, influenciando os mais diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo o Brasil.

2.1.3 Direito Brasileiro

O Código Criminal de 1830, cuja promulgação se deu seis anos após a Constituição do Império, previa o dever do agente ofensor em satisfazer a vítima pelo dano decorrente do delito praticado. Indiscutível, portanto, a importância da Responsabilidade Penal para a constituição da Responsabilidade Civil, que estavam intimamente ligadas, vez que uma teve

sua origem na outra. Somente com a evolução dos pensamentos dos juristas que tais institutos passaram a ser independentes.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 1916, projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, influenciado pelo direito francês, ficou consagrada a teoria da culpa, adotando a Responsabilidade Civil Subjetiva como regra. O artigo 159 do referido diploma legal estabelecia que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (BRASIL, 1916).

Verifica-se, portanto, que o dispositivo legal abrangia tanto o dolo quanto a culpa, seja esta por negligência, imprudência, e, até mesmo a imperícia, implicitamente. Logo, o dano causado por uma conduta culposa gerava o dever de indenizar.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 manteve a ideia de responsabilidade subjetiva, no artigo 186, que prevê: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Uma das principais inovações do Código Civil atual foi a previsão do dano moral, já trazido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, trazendo a possibilidade de dano material, moral ou à imagem. Além disso, ampliou a ideia de ato ilícito através do artigo 187, que pune, inclusive, o excesso. Assim, o exercício de um direito ficou condicionado a determinados limites que obstam seu uso de maneira abusiva.

A teoria do risco também permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro através da Responsabilidade Objetiva, que independe de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade oferecer riscos aos direitos de terceiros. Em suma, no ordenamento jurídico atual, há necessidade de demonstração da culpa para configuração da Responsabilidade Civil, que tem como regra a Responsabilidade Subjetiva. Entretanto, em detrimento da teoria da culpa, a teoria do risco ganha seu espaço, estabelecendo também a Responsabilidade Objetiva, que independe de culpa.

O Código Civil de 2002, portanto, adotou um sistema misto de responsabilidade, sendo que um constitui a regra e outro a exceção, ampliando a possibilidade de reparação às vítimas.

2.2 CONCEITO

A expressão “responsabilidade” deriva do verbo latino *respondere*, que significa segurança, garantia, responsabilizar-se. O conceito de responsabilidade civil é extraído da concepção de Sergio Cavalieri Filho:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em seu sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI-FILHO, 2010, p. 02)

Destarte, na concepção de Sergio Cavalieri Filho, a Responsabilidade Civil está intimamente ligada à ideia de dever jurídico, de modo que a violação de um dever jurídico originário, cuja consequência seja um dano, gera o dever jurídico posterior de indenizar.

No mais, a Responsabilidade Civil está prevista no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002), bem como no artigo 927, do referido diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Diante da interpretação dos dispositivos mencionados, é possível concluir que Responsabilidade Civil é a obrigação de reparação imposta por lei ao sujeito que, por meio de uma conduta culposa, causou dano a outrem.

2.3 CONDICIONANTES

Para que se caracterize a Responsabilidade Civil, alguns pressupostos devem ser preenchidos. Todavia, alguns autores entendem de modo diverso, quais as premissas realmente compõem o instituto. Segundo Carlos Roberto Gonçalves são quatro os elementos: a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, o nexo de causalidade e o dano. Já para Maria Helena Diniz, três são os elementos: ação, comissiva ou omissiva; o dano, moral ou patrimonial; e o nexo de causalidade entre os dois primeiros. Outros doutrinadores modernos, como Pablo Stolze, entendem que a culpa não é elemento, e que o Código Civil de 2002, mesmo prevendo uma conduta voluntária, negligente ou imprudente, não a vê também como

pressuposto da responsabilidade civil, pois prevê a também responsabilidade objetiva, que independe de culpa para ser configurada.

No entanto, para grande parte da doutrina, incluindo-se Flávio Tartuce, ainda prevalece o entendimento de que são quatro as premissas da responsabilidade civil: a conduta, a culpa genérica, o nexo de causalidade e o dano.

2.3.1 Conduta

A conduta é descrita como uma ação ou omissão voluntária, podendo ser por negligência, imprudência ou imperícia. No caso da omissão, para que ela seja configurada é necessário que exista um dever jurídico de praticar determinado ato e a prova de que não foi praticado. O elemento volitivo traz a ideia de que o fato ilícito cometido é controlável pela vontade do indivíduo.

Desse modo, o indivíduo tem que praticar uma conduta que esteja em desacordo com o que se espera de um homem médio para que possa ser punido pelo fato danoso. Apesar de a regra ser a responsabilização por conduta humana, há também a possibilidade de se responsabilizar alguém por dano causado por fato de animal ou de coisa inanimada.

2.3.2 Culpa *latu sensu*

Quando se tem em mente a palavra culpa, muitos a confundem com o seu sentido estrito. Contudo a culpa *latu sensu*, ou genérica, é gênero do qual se derivam as espécies culpa em *stricto sensu* e o dolo.

A culpa *stricto sensu*, ou em sentido estrito, pode ser entendida como uma desobediência a um dever preexistente, inexistindo intenção de violar o dever jurídico. Aqui, o agente quer praticar a conduta, porém não quer o resultado. O elemento vontade se assenta somente na ação ou omissão. Ainda, exige-se uma conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado.

Três são os modelos jurídicos que se enquadram na figura da culpa em sentido estrito. O primeiro deles é a imprudência, que pode ser entendida como a ação com a falta de cuidado necessário; a negligência, que é a omissão pela falta de cuidado; e a imperícia, que é a falta de qualificação ou treinamento que um profissional deveria ter para desempenhar sua função.

Vale ressaltar que, independentemente de culpa ou dolo, o causador tem o dever de reparar a vítima, sendo, porém, lhe facultado provar, pela teoria da culpa, que agiu com culpa *stricto sensu*, modalidade que pode ponderar a reparação.

A culpa pode ser classificada, quanto à sua origem, em culpa contratual, que pode ocorrer no desrespeito a uma norma contratual, bem como no descumprimento da boa-fé objetiva, que deve permear todas as fases do negócio; e culpa extracontratual ou aquiliana, que é a culpa advinda de violação de dever fundado em norma do ordenamento jurídico.

Já quanto à atuação do agente, a culpa pode ser *in comittendo*, quando está relacionado a uma ação ou comissão imprudente e culpa *in omittendo*, que se relaciona à omissão, à negligência.

Referente ao critério de análise pelo juiz tem-se a culpa *in concreto*, que considera a análise do caso concreto, e a culpa *in abstracto*, que leva em conta o comportamento previsto para o homem médio. Há, hoje, uma compilação desses dois critérios de modo que o operador do direito possa conhecer as reais circunstâncias do caso concreto, mas também considerando a conduta de uma pessoa dentro dos padrões de normalidade, fazendo com que a decisão seja justa.

Uma classificação de grande relevância é quanto à modalidade de presunção. Há a culpa *in vigilando*, que é a quebra do dever legal de vigilância, como, por exemplo, o pai com o filho; a culpa *in eligendo*, que é a culpa decorrente da escolha feita por uma pessoa a ser responsabilizada, como o patrão que se responsabiliza por ato de empregado que age em seu nome; e a culpa *in custodiendo*, em que a culpa deriva da falta de cuidado em se guardar coisa ou animal.

Entretanto, essa última classificação veio perdendo força e, hoje, a jurisprudência e o entendimento dominante dos doutrinadores vão ao encontro do que prevê o Código Civil de 2002, de que a culpa *in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiendo* não são presumidas e, sim, responsabilidade objetiva. Assim, essa classificação perdeu o sentido para a prática.

Quanto ao grau de culpa, ela pode ser culpa lata ou grave, na qual a imprudência ou negligência é extremamente visível, podendo equiparar-se ao dolo (*culpa lata dolus equiparatur*), porém isento de vontade do resultado; e a culpa leve ou média, que é a falta de atenção que pode ser atribuída ao um homem comum. Até mesmo a culpa levíssima é responsabilizada, devendo, no entanto, ser considerada para redução de eventual indenização. O grau de culpa influencia, ainda mais, no quantum indenizatório de danos morais, pois além de um ressarcimento *stricto sensu*, há também uma compensação satisfativa ou reparação.

O dolo é a violação intencional do dever jurídico e tem como fim prejudicar alguém. Equivale à culpa grave, devendo haver reparação integral do dano, salvo culpa concorrente da vítima.

2.3.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o elemento que liga a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Não há, portanto, como existir uma responsabilidade sem que haja uma relação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

Enoque Ribeiro dos Santos entende que “o nexo causal, nexos etiológico ou ainda relação de causalidade é geralmente conceituado como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de maneira que um se apresenta como consequência do outro”.

Algumas teorias tentam explicar o nexo de causalidade, como as descritas abaixo:

- a) Teoria da Equivalência das condições ou Teoria da Equivalência dos antecedentes: por essa teoria toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para o dano é considerado causa. É equivalente porque todas as causas concorreram na mesma proporção para que o dano ocorresse. As condições são todos os fatos antecedentes que concorreram para o evento. Um exemplo recorrente na doutrina é o disparo com arma de fogo, em que a fabricação da arma é considerada causa.
- b) Teoria da Causalidade Adequada: para esta teoria, considera-se como causa somente a condição que por si só produzirá o dano, não se colocando todos os antecedentes como causa. Aqui, causa é o antecedente necessário e adequado à produção do evento ‘dano’.
- c) Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal: somente devem ser reparados danos que decorrem como efeitos necessários da conduta de um indivíduo.

Com efeito, não obstante o entendimento contrário de alguns estudiosos, tem-se que, para Tartuce, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da causalidade adequada, posto que prevê em seus artigos 944 e 945 que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam. No entanto, há divergência também da jurisprudência de alguns tribunais, de modo que o entendimento não é pacífico.

A seguir, decisão exarada pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. TRAUMA CRÂNIO/CERVICAL. A responsabilidade civil do empregador pela reparação

decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na "[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral". Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que "o acidente de trabalho ocorreu em função do risco profissional a que foi submetido o autor, sem efetiva fiscalização quanto às normas de segurança inerentes às tarefas profissionais desenvolvidas, tendo restado evidenciado o fato de que a reclamada não observou as normas de segurança por si mesmo impostas, já que não evidenciado o fornecimento e utilização de capacete", bem como a exposição do autor a situação de risco, e, ainda, o nexo causal entre o acidente e o ambiente de trabalho. Concluiu, por conseguinte, estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade jurídica e o dever de indenizar, pela injusta invasão na esfera moral e profissional do autor. (...). (TST RR: 3825720135040662, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 16/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016)

Existem, ainda, as teorias das concausas:

- a) Concausa preexistente: são causas que antecedem o acontecimento do dano, independente do ofensor ter conhecimento delas. Pode-se citar como exemplo o caso da vítima de acidente que é hemofílica. Nessa situação o causador do dano responde pelo resultado mais grave causado a vítima.
- b) Concausa superveniente ou concomitante: ocorrem após o desencadeamento do nexo causal. Exemplificando, uma pessoa sofre um acidente de trânsito, é encaminhada ao hospital e lá adquire uma infecção hospitalar e morre. Aqui, o agente não terá responsabilidade.
- c) Concorrência de causas ou culpa concorrente: nesse caso duas ou mais causas são responsáveis pelo dano, devendo se averiguar os pesos de cada causa, como o caso da vítima que sai por trás do ônibus e é atropelada por um motorista em alta velocidade.
- d) Concausalidade ordinária, conjunta ou comum: quando duas ou mais pessoas contribuem para o evento danoso.
- e) Concausalidade acumulativa: ocorre quando as condutas de duas ou mais pessoas são independentes, mas contribuem para o dano.
- f) Concausalidade alternativa ou disjuntiva: é a que ocorre quando há conduta de duas ou mais pessoas, mas apenas uma contribui para o dano.

Visto algumas teorias, há que se apontar as excludentes do nexo de causalidade, que inadmitem sua existência e, portanto, a da responsabilidade civil. São elas, a culpa exclusiva da vítima, a culpa exclusiva de terceiro e o caso fortuito e força maior. Tais excludentes serão melhor abordadas no item 2.4.

2.3.4 Dano

O dano pode ser caracterizado como qualquer lesão sofrida pelo ofendido, tanto na sua esfera patrimonial, quanto extrapatrimonial, isto é, é o fato jurídico que origina uma responsabilidade civil e em decorrência do qual o ordenamento exige do ofendido o direito de ser reparado pelo ofensor. Nesses moldes, a lesão pode ser na integridade física ou moral de uma pessoa ou em alguma coisa que a pertença.

2.4 EXCLUDENTES

As causas de excludentes de responsabilidade civil são definidas como situações que, a partir do momento que é atacado, um dos elementos ou pressupostos da responsabilidade se rompe, o nexo de causalidade, não gerando direito, em regra, a uma indenização por parte de quem sofreu o dano, em razão de uma determinada situação.

Possui como finalidade estabelecer regras gerais envolvendo todas as formas de responsabilidade, tendo que possuir apenas uma característica, que é a generalidade.

Cabe destacar quais são as causas que excluem a responsabilidade civil, são elas: Estado de necessidade; Legítima defesa; Exercício regular do direito; Estrito cumprimento do dever legal; Culpa exclusiva da vítima; Fato de terceiro; Caso fortuito e força maior;

As quatro primeiras hipóteses excluem a ilicitude, já os três últimos excluem o nexo causal do ato. Também além destas causas, existe a cláusula contratual, que também exclui a responsabilidade civil.

2.4.1 Estado de necessidade

Possui previsão legal no art. 188 do Código Civil, em seu inciso II. O estado de necessidade pode ser definido como a violação de um direito alheio, no qual o valor jurídico poderá ser igual ou inferior do que aquele que se pretende proteger, a fim de remover ameaça iminente e não se tem outros meios possíveis de atuação para proteger o bem.

O parágrafo único do artigo citado acima estabelece que somente será válido o estado de necessidade “quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo” (BRASIL, 2002). Sendo assim, aquele que estiver agindo em estado de necessidade só poderá atuar nos limites de suas necessidades, não podendo exceder em seu ato com a justificativa de estar em estado de necessidade, pois poderá responder por esse excesso que foi cometido.

A principal diferença entre o estado de necessidade e a legítima defesa é que o agente não reage a uma situação injusta, mas ele busca atuar de forma que subtraia um direito seu, ou de terceiros, a fim de resguardar ou poupar seu bem.

Com efeito, o art. 929 do Código Civil estatui que, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa (o dono do muro) destruída ou deteriorada “não forem culpados do perigo”, terão direito de ser indenizados. No entanto, o evento ocorreu por culpa in vigilando do pai da criança, que é o responsável por sua conduta. Desse modo, embora tenha de pagar o conserto do muro, o motorista terá ação regressiva contra o pai do menor, para se ressarcir das despesas efetuadas (GONÇALVES, 2012, p. 427).

Nessa mesma linha de pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, podemos ver o entendimento do STJ do Ministro Aldir Passarinho Júnior. (REsp 124.527):

A empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede à manobra evasiva que culmina no abalroamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente por sua reparação, ainda que não se configure na espécie a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade. Direito de regresso assegurado contra o terceiro culpado pelo sinistro, nos termos do art. 1.520 c/c o art. 160, II, do Código Civil.

Portanto, o direito de regresso é perfeitamente cabível por parte do agente que, em razão de um terceiro, foi obrigado a gerar um dano para evitar um mal maior, no entendimento do agente, no momento que ocorria o fato.

2.4.2 Legítima defesa

É também uma modalidade de excludente de responsabilidade civil e possui fundamento no art. 188 do Código Civil em seu inciso I. A legítima defesa pode ser definida de acordo com a situação atual ou iminente de injusta agressão em que o agente se encontra que pode ser dirigida tanto para si como para um terceiro que não é capaz ou obrigado a suportar. E em razão disso o agente irá agir de forma a repulsar os atos do autor contra ele ou contra terceiros.

A fuga não é considerada por grande parte da doutrina como legítima defesa, e os doutrinadores que reconhecem a fuga como meio de legítima defesa não recomendam a prática de tal ato, conforme cita o doutrinador Pablo Stolze:

Não recomenda a fuga como a conduta mais razoável a se adotar, uma vez que considera legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente não tenha atuado com excesso (Stolze, 2012, p. 174).

A legítima defesa real, que tem previsão no art. 188 inciso I do Código Civil, traz o ato de agir de forma proporcional para repelir uma injusta agressão, que poderá ser no formato atual ou iminente.

Caso o agente durante sua defesa venha a se exceder em seu ato, pode-se configurar como um ato que foi além do necessário e que é proibido por lei. Importante destacar que caso o agente venha a atingir terceiro inocente, terá que indenizá-lo, porém, cabe a ação de regresso contra o agente que era seu alvo. Conforme preconiza os artigos 929 e 930 do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (BRASIL, 2002).

Como pode se ver os artigos citados acima buscam proteger o direito de terceiros que não participaram ou não tiveram culpa em um ato danoso.

2.4.3 Exercício regular de direito

Citando novamente o art. 188 inciso I do Código Civil que diz:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (BRASIL, 2002).

O agente que atua respaldado no direito não poderá sofrer sanção alguma relacionado ao próprio direito, não gerando, assim, uma pretensão indenizatória contra aquele que está exercitando regularmente seus direitos.

Como exemplo clássico dado pela doutrina, imagina-se uma situação na qual o agente A andando tranquilamente pela rua e avista o agente B que se encontra com a intenção de

pular da ponte. A de imediato o segura e impossibilita que o mesmo pule, este fato claramente constitui exercício regular de direito, pois possui previsão no art. 146 do Código Penal como se vê a seguir:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:
I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;
II - a coação exercida para impedir suicídio (BRASIL, 1940).

Percebe-se claramente, nos incisos I e II, que se trata de meios de uso do direito que garante ao agente a legalidade do ato que está praticando.

Outra forma de exercício regular de um direito é a violência esportiva, todos os participantes tem conhecimento que ao praticar determinado esporte podem se ferir ou se machucar. Sendo assim, o praticante de artes maciais que fere moderadamente seu parceiro de luta não será obrigado a indenizá-lo e, principalmente, não haverá responsabilização penal por isso.

Porém, caso o exercício desse direito não seja regular, ou seja, possua um abuso em seu ato, esse abuso gera responsabilização por parte do agente que cometeu o ato, e, conseqüentemente, indenização para o prejudicado, caso esse venha a requerer. Como exemplo a doutrina cita o praticante de artes marciais que durante a luta com seu adversário faz uso de arma de fogo para atacar seu oponente.

Portanto, o exercício regular de um direito deve ser de direito conhecido, não podendo excluir a responsabilidade.

2.4.4 Estrito cumprimento do dever legal

O estrito cumprimento do dever legal parte do pressuposto de que tenha ocorrido o dano, que não poderá gerar pretensão indenizatória. Este fundamento é ligado diretamente ao exercício regular de um direito, pois aquele que age em estrito cumprimento do dever legal está, indubitavelmente, exercendo regularmente seu direito.

Não há previsão legal de tal instituto no Código Civil, mas, mesmo assim, não deixa de ser uma causa de excludente, pois não se pode responsabilizar por um dano quem tem o dever legal de causá-lo.

É muito comum a aplicação desse instituto por agentes públicos, pois devem atuar em nome do interesse público, onde em grande parte de seus serviços é necessário restringir ou afetar direitos dos particulares, e o motivo de não poderem ser responsabilizados é porque agiram no estrito cumprimento do dever legal.

Importante destacar, e diferenciar, o “estrito cumprimento” e o “dever legal”, o estrito cumprimento diz que esse cumprimento não pode passar dos limites legais, por isso o uso da palavra “estrito”. Já o termo do “dever legal” dá a ideia de uma obrigação que advém de um ato normativo, não podendo ser portarias, regimento, instruções religiosas e etc.

Como exemplo a doutrina cita o policial que se utiliza de arma de choque (teaser) para realizar a prisão de um indivíduo que oferece resistência, tal ato possui previsão legal no art. 292 do Código de Processo Penal, que diz o seguinte:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto suscrito também por duas testemunhas.

Sendo assim, a autoridade que faz uso da arma de choque, na situação elencada acima, não comete abuso de autoridade e tortura, está apenas no estrito cumprimento do dever legal.

2.4.5 Fato exclusivo da vítima

Quando um dano ocorre por culpa exclusiva da vítima, se torna causa de exclusão do próprio nexos causal, pois o agente causador do dano é um mero meio do acidente.

A título de exemplo para melhor entendimento, se uma pessoa com a intenção de suicidar se atira debaixo de um veículo de um terceiro em movimento, neste caso o dono do veículo não possui qualquer responsabilidade neste atropelamento, pois seu veículo foi um simples instrumento, afastando assim o nexos causal em relação ao motorista.

Caso a culpa não seja exclusiva da vítima, poderá ter-se concorrência de culpa, o que na esfera cível representa diminuição da indenização que será paga pelo agente, conforme preconiza o Código Civil em seu art. 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (BRASIL, 2002).

Porém, novamente, caso a culpa seja exclusiva da vítima, não há em que se falar em nexos causal entre o agente e o dano, não gerando assim direito a indenização.

2.4.6 Fato de terceiro

Terceiro pode ser definido como qualquer pessoa que não seja vítima ou o agente que causou o dano, e não possua nenhuma ligação com o agente e a vítima. Este terceiro, no caso, que é responsável pelo evento danoso que houve entre autor e vítima, afastando assim a relação de causalidade sobre a conduta do agente e vítima.

Como exemplo prático e real, que foi julgado pela 6ª Câmara do Tribunal Cível do RJ a Apelação Cível 776/91, na qual a esposa de um ciclista ingressou com uma ação de indenização contra uma empresa de transporte público, na qual um de seus ônibus atropelou e matou o ciclista, com a alegação de que o motorista invadiu a contra mão vitimando assim o ciclista.

Porém, a empresa conseguiu demonstrar que o ciclista sofreu a queda em razão de um buraco que havia na pista, sendo o responsável pela queda do ciclista na frente do ônibus. O buraco em questão foi deixado aberto por uma empresa que presta serviços para a prefeitura, sendo assim, a responsabilidade foi atribuída a essa empresa com fundamento principal de “fato de terceiro”.

Importante salientar, mais uma vez, que só se exclui a responsabilidade quando há o rompimento do nexos causal entre agente e vítima, ou seja, é necessário um terceiro destruir a relação causal entre as partes envolvidas.

Caso durante sua conduta o agente concorra no resultado final sua responsabilidade não poderá ser afastada, por exemplo: motorista que desvia de uma “fechada” e atropela na calçada um pedestre, vemos claramente que em razão de seu próprio ato se originou o acidente.

2.4.7 Caso fortuito / Força maior

Com previsão legal no art. 393 do Código Civil, diz o seguinte: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” (BRASIL, 2002).

Muito se discute quanto a diferença entre caso fortuito e força maior, porém, até o presente momento não há uma definição uniforme. Fato é que ambos se encontram fora do

questo culpa, pois se trata de acontecimentos que escampam do controle humano, ou seja, são circunstâncias irresistíveis que impedem o cumprimento da obrigação por parte do agente.

Grande parte da doutrina entende o caso fortuito como um evento imprevisível e inevitável como, por exemplo: Tempestades, enchentes e etc. Já a força maior a doutrina entende como aquele em que nada pode ser feito mesmo que seja previsível.

O quesito imprevisibilidade se torna um elemento essencial para a caracterização do caso fortuito, já na força maior será a irresistibilidade. Apesar dessas definições e divergências, elas pouco importam, pois na prática ambos são responsáveis por excluir o nexo causal, ou seja, não haverá responsabilização do agente.

2.4.8 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar trata-se de uma previsão contratual que exclui a responsabilidade. Também conhecida como cláusula de irresponsabilidade ou cláusula de excludente de responsabilidade.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho a diferença entre cláusula de irresponsabilidade e cláusula de excludente de responsabilidade é que a primeira exclui a responsabilidade e a segunda afasta apenas a indenização. Pois a causa de irresponsabilidade, não depende da vontade das partes, provindo sempre de lei (CAVALIERI-FILHO, 2008).

Neste sentido, ainda segundo Sérgio Cavalieri Filho:

Não se pode, conseqüentemente, confundir causa de exclusão de responsabilidade com cláusula de não indenizar. Aquela, repita-se, é a verdadeira exoneração da obrigação de indenizar. É a própria responsabilidade, o próprio dever de responder, que por ela fica afastada. Esta, ao contrário, é condição do seu funcionamento a caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou a reparação do dano (CAVALIERI-FILHO, 2008, p. 563).

Sendo assim, ninguém deixará de ser responsável, já que a responsabilidade corresponde ao ato ou fato ilícito. Portanto, a cláusula de não indenizar não elimina a responsabilidade, ela afasta “a obrigação que é derivada da responsabilidade, isto é, a reparação” (CAVALIERI-FILHO, 2008, p. 564).

2.5 ESPÉCIES

A responsabilidade civil, enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem e da sociedade, é, na sua essência, um conceito uno, incindível. Até

determinado momento da história, a responsabilidade civil subjetiva foi suficiente para a resolução de todos os casos. Contudo, com o passar do tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a entender que este modelo de responsabilidade, baseado na culpa, não era suficiente para solucionar todos os casos existentes. Este declínio da responsabilidade civil subjetiva se deu, principalmente, em função da evolução da sociedade industrial e o consequente aumento dos riscos de acidentes de trabalho.

A responsabilidade civil objetiva evidencia-se através das suas cláusulas gerais, dos quais se encontram conjugados os artigos 927 e 187, ambos do Código Civil de 2002, o qual se chama de abuso de direito. Ou seja, comete ato ilícito o tutelar de um direito que, ao exercê-lo, manifestam-se os limites impostos pelo seu econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

O parágrafo único do art. 927 deixa claro qualquer dúvida em relação à responsabilidade civil objetiva quando, segundo Cavalieri-Filho (2011, p.136) haverá obrigação de reparo o dano independente da culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco.

Explica Cavalieri-Filho (2011, p.130) que a atividade de risco é proibida e perigo (risco inerente), mas a obrigação de indenizar só surge quando alguém viola dever jurídico e causa dano a outrem. Assim, como se observa, não é atividade de risco, mas sim o dano causado pela violação do dever jurídico, isso em qualquer tipo de responsabilidade, sem violação do dever jurídico, não há o que se falar em responsabilidade.

Para Ruy Stoco (2008, p.110), na responsabilidade objetiva, a maior proteção da vítima faz os legisladores criarem a ideia de culpa presumida, em que se inverte o ônus da prova para beneficiar aquele que sofre o dano e não consegue provar a culpa do infrator.

2.5.1 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Conforme o artigo 186 do CC/2002. Já a objetiva é a que se chama de abuso de direito. Ou seja, comete ato ilícito o tutelar de um direito que, ao exercê-lo, manifesta os limites impostos pelo seu econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Nesse contexto, surge a denominada responsabilidade civil objetiva, que prescinde da culpa. A teoria do risco é o fundamento dessa espécie de responsabilidade, sendo resumida por Cavalieri nas seguintes palavras:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa (CAVALIERI-FILHO, 2008, p. 137).

No Art. 927, parágrafo único, estabelece-se que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, ou seja, adota critérios de responsabilidade objetiva no âmbito do direito privado.

Nessa hipótese, o dever de reparar é, independente da existência ou não de ato ilícito, de conduta culposa. Basta o dever legal de indenizar ou que a atividade, por sua natureza, cause riscos aos direitos de outrem, segundo fundamento da responsabilidade objetiva.

2.5.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

É com base nessa dicotomia que se divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação, conforme expõe Cavalieri-Filho (2012, p. 16), preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento. Tem-se a responsabilidade contratual, também chamada ilícito contratual ou relativo. Assim, a partir do momento que preexiste a relação contratual, logo se ocorrer dano a outrem, surge o dever de indenizar.

Dessa forma, se esse dever surge em virtude da lesão ao direito subjetivo, sem que seja entre ofensor e vítima, em que preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, existe a responsabilidade extracontratual, ou seja, ilícito aquiliano ou absoluto. Afirma Cavalieri-Filho (2012) que tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever preexistente.

Pode-se concluir que a Responsabilidade Civil Contratual ocorre pela presença de um contrato existente entre as partes envolvidas, agente e vítima. Assim, o contratado, ao unir os quatro elementos da responsabilidade civil (ação ou omissão, somados à culpa ou dolo, nexos e o consequente dano), em relação ao contratante, em razão do vínculo jurídico que lhes cerca, incorrerá na chamada Responsabilidade Civil Contratual.

Já a Responsabilidade Civil Extracontratual, também conhecida como aquiliana, o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas, tem vínculo legal, uma vez que, por

conta do descumprimento de um dever legal, o agente por ação ou omissão, com nexos de causalidade e culpa ou dolo, causará à vítima um dano.

Após perpassar pela responsabilidade civil de forma geral vamos analisar a atividade advocatícia no Brasil, estabelecendo um contraponto com os tópicos anteriores, para verificar quais as implicações do tema na atividade do advogado.

3 A ATIVIDADE ADVOCATÍCIA NO BRASIL

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

A profissão de advogado é considerada uma das mais antigas profissões de que se tem conhecimento. Apesar de só vir aparecer com o Direito Canônico, existiram pessoas encarregadas de redigir discursos para as partes que atuavam nos processos, os chamados logógrafos. Isso pode ser comprovado quando se analisa a História do Direito na Grécia. Hoje a advocacia está regulamentada pela Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da OAB, pelo Regulamento Geral, pelo Código de Ética e Disciplina e pelos Provimentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sabe-se, assim, que o advogado tem um importante papel junto à sociedade, no sentido de prestar uma função social, de cuidar dos direitos das pessoas que a ele confiam seus anseios e seus problemas, vindo a colaborar com os demais órgãos encarregados dessa prestação. É o que se observa da análise do art. 133, da Constituição Federal e do art. 2º, do Estatuto da OAB, os quais estabelecem que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Trata-se, na verdade, daquele bacharel em Direito que é inscrito no quadro de advogados da OAB (após aprovação no exame da ordem) e que realiza atividade de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes, e também atividades de consultoria e assessoria em matérias jurídicas. Portanto, não podem ser advogados os que, por qualquer motivo, têm suas inscrições canceladas. É o que dita o art. 3º, do Estatuto da OAB, enfatizando que apenas os inscritos na OAB podem utilizar a denominação de advogado, o que nos faz lembrar que os milhares de cursos de direito existentes não formam advogados, mas apenas os bacharéis em direito.

Assim, apenas os advogados legalmente inscritos na OAB podem praticar os atos privativos da atividade de advocacia, que estão disciplinados no art. 1º do Estatuto da OAB, quais sejam, postulação, consultoria e assessoria, o que também pode ser praticado pelo estagiário, quando acompanhado pelo advogado e sob a sua responsabilidade. Assim, aqueles que não estiverem legalmente inscritos estarão praticando o exercício ilegal da profissão.

A consequência que a lei atribui à prática ilegal dos atos privativos de advogados, especialmente por pessoa não inscrita na OAB, é a nulidade dos atos praticados, conforme reza o art. 4º, do Estatuto da OAB, assim também com o advogado que esteja impedido,

suspensão, licenciado ou que passe a exercer atividade incompatível com a profissão da advocacia, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

No Brasil, as principais atividades realizadas pelo advogado é a de postulação, de consultoria e assessoria, e, também, de negociador. O advogado, na sociedade atual, está preocupado em resolver os conflitos antes mesmo que eles sejam levados a julgamento. Para isso, ele precisa não só ter conhecimento de direito, mas de outras disciplinas como economia, psicologia, antropologia etc.

3.2 A ÉTICA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E AS OBRIGAÇÕES CIVIS DO ADVOGADO

De acordo com o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, “o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia”. Diante do exposto é explícita a responsabilidade do profissional, no que se refere à sua conduta no exercício da função. Todos os deveres apresentados pelo Código de ética são normas que visam nortear boas práticas advocatícias. Uma postura de retidão, dignidade, decência, zelo e lealdade, tratam-se de um comportamento baseado nos valores e princípios pessoais que de certa forma são expressos nas atividades profissionais.

A ética não pode ser imposta, pois depende da adesão consciente de quem quer pautar sua vida dentro dos princípios estabelecidos para um modo de viver. A adesão pessoal cria, em torno do que é chamado de “bem comum”, a colaboração e a fiscalização espontâneas, com a desconfiança e marginalização daqueles que demonstrem condutas atípicas, numa espécie de censura: “Dize-me com quem tua andas que te direi quem és!” (BARONI, 2001, p.24).

Diante desta abordagem, espera-se do advogado qualidades morais, as quais o dignifiquem como um ser humano, antes de tudo, o qual deve agir com retidão, respeito e zelo ao próximo. Bem mais que uma perspectiva romântica, o regramento ético do advogado visa colaborar para a disciplina ética da atividade profissional de maneira efetiva, para que assim possa contribuir para a defesa da cidadania.

A dignidade da pessoa humana, vê-se, assim está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2000, p. 54-55).

Ser ético é uma escolha, uma decisão a ser tomada pelo profissional de advocacia, o qual deve ter a consciência de responsabilidade mediante suas atitudes. Tornar a profissão mais nobre ou fazer o contrário disso, é uma questão de escolha que cabe a cada um. Exercer com plenitude a ética é um grande desafio, mas que é necessário para o exercício da cidadania.

É na balança da ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir-lhes a utilidade, a finalidade, o direcionamento, as consequências, os mecanismos, os frutos. Se há que se especular em ética sobre alguma coisa, essa “alguma coisa” é a ação humana. O fino equilíbrio sobre a modulação e a dosagem dos comportamentos no plano da ação humana importa à ética (BITTAR, 2012, p. 23).

A ética profissional é compreendida também como ciência moral que envolve a conduta na prática profissional, desta forma pode ser percebida como um elenco de princípios, os quais regem a profissão do advogado.

O Código de Ética profissional é um dos principais instrumentos pelos quais o profissional é regido e assim, para os que se baseiam suas vivências profissionais pautadas dentro do que norteia à ética, são evitadas a desonestidade, deslealdade e desrespeito, atitudes estas que causam danos à sociedade e de maneira negativa impactam a imagem da advocacia.

Ser solidário com a humanidade quer dizer sentir-se parte desse coletivo que habita todo o planeta Terra. Dessa forma, a pessoa que se engaja na ação humanitária, mais do que sua ligação jurídica com a comunidade da qual é nacional, sente-se integrante da comunidade de todos os homens e mulheres da terra (ALMEIDA, 2009, p.45).

O advogado deve agir com absoluta ética, pois atua diretamente com interesses e intimidade das pessoas, por necessitar ser sigiloso no que se refere aos assuntos e conteúdos que são preciosos aos seus clientes. Boa fé, honestidade, lealdade, compromisso são indispensáveis:

O advogado conhece segredos que as pessoas só revelam a outras de estrita confiança, seguras de que o sigilo será preservado. São questões pessoais, de família, de empresa, de Estado, mas todas de interesse restrito, só reveladas aos eleitos. Por razões da moral profissional, deve o advogado impor a si mesmo conduta que lhe mantenha o espírito tranquilo, porque será para sempre responsável pela confiança que nele foi depositada em um só instante de confiança (BARONI, 2001, p. 186).

A titulação do advogado no Brasil, em todo o território nacional só é possível para os profissionais inscritos na OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, conforme já dito. Assim como toda e qualquer profissão, o compromisso, a veracidade e empenho devem estar presentes no empenho do exercício da atividade, o advogado não deve agir com pouca qualidade enquanto exercem suas funções, isso pela tentativa de não querer desagradar ao

magistrado ou receio de ir de encontro a qualquer outra autoridade ou desagradar ao senso comum. O dever do profissional é de ser ético acima de qualquer circunstância.

3.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ADVOGADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Alguns autores sustentam a ideia de que, além da responsabilidade contratual e extracontratual, haveria também a responsabilidade pré-contratual, sobretudo à luz da cláusula geral de boa-fé.

A boa-fé tem sido caracterizada como conceito jurídico indeterminado, ou seja, adaptável segundo as exigências do caso concreto e segundo os valores éticos da sociedade. Contudo, podemos dizer que a boa fé objetiva consiste num padrão de conduta, onde cada pessoa deve agir de acordo com um modelo de comportamento moral, em que suas atitudes serão valoradas de acordo com parâmetros de lealdade, probidade e honestidade.

O princípio da boa-fé constitui cláusula geral e serve como elemento interpretativo das normas jurídicas, como elemento de limitação de direitos.

A boa-fé objetiva, estabelecendo os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, é considerada como sendo um princípio geral, não expresso no Código Civil, mas incorporado ao direito brasileiro como um todo, por força do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

De acordo com esse entendimento Vieira Júnior registra:

A boa-fé objetiva é um princípio de defesa ético-jurídica, para que os negócios jurídicos se realizem dentro de valores como a correção, a lealdade, a confiança. a boa-fé objetiva determina um agir com correção e lealdade nas relações jurídicas. Esse princípio apregoa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar da confiança que constitui a base imprescritível das relações humanas, sendo pois, mister que se proceda tal como se espera que o faça qualquer pessoa que participe honestamente e corretamente no tráfego jurídico” (VIEIRA-JÚNIOR, 2003, p.41).

Com efeito, o contrato não envolve apenas a obrigação de executar o serviço, envolve também a obrigação de conduta ética, antes, durante e após a sua celebração.

O primeiro contato com o futuro cliente e o conhecimento de seu problema impõe ao advogado o dever de manter sigilo sobre o que lhe houver sido contado e ainda, uma série de outros deveres, como por exemplo, informar o cliente do conteúdo do contrato (colaboração), advertir, aconselhar e esclarecer (informação), preocupar-se com a outra parte (proteção), o de lealdade, entre outros.

A consequência acarretada pelo não cumprimento desses princípios éticos é o dever de indenizar o dano daí decorrente.

Dois desses deveres estão expressamente previstos no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, o de informar e o de proteção.

Segundo Antônio Laért Vieira Júnior:

Existem quatro exigências fundamentais no comportamento das partes na fase pré-contratual, todas integrantes do princípio da boa fé: a) o dever de informação; b) o dever de lealdade ou correção; c) os deveres de proteção e cuidado; d) o dever de sigilo ou sigilo (VIEIRA-JÚNIOR, 2003, p.59).

A responsabilidade do advogado é realizar a prestação do serviço para o qual foi contratado. O profissional do Direito deve, em cooperação com seu cliente, alcançar a finalidade do contrato ou o melhor resultado possível, dentro do contexto da questão. Ao cliente cumpre entregar ao advogado toda a documentação útil a demanda, prestar os esclarecimentos necessários, apontar e identificar testemunhas do fato, descrever detalhes, etc. Ao advogado, cumpre, por sua vez, reunir tudo isso, elaborar a peça processual adequada, apresentá-la no prazo perante o órgão a que se destina, prestar contas ao cliente, entre tantas outras.

3.4 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO: CONCEITO E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Entende-se por obrigação de meio o dever de desempenho, de uma atividade contratada, com diligência, zelo, ou mesmo com o emprego da melhor técnica e perícia para se alcançar resultado pretendido. Ou seja, ao exercer a atividade, o contratado não se obriga à ocorrência do resultado, apenas age na intenção de que ele aconteça. Nas palavras de Rui Stoco conclui:

Significa, também, que a sua obrigação é de meios, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título e com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado (STOCO, 2004, p.480).

Na obrigação de resultado, por sua vez, o devedor se obriga a alcançar um fim específico. Verifica-se, por conseguinte, a inadimplência do contratado se o resultado contratado não ocorrer, podendo o mesmo responder por perdas e danos. Como exemplo típico de obrigação de resultado, temos o contrato de prestação de serviço de pintura de parede, onde o pintor se obriga à completude de sua pintura.

Deste modo, basta ao credor prejudicado a demonstração do descumprimento do contrato através na comprovação de não ter sido alcançado o resultado, restando ao devedor responder por perdas e danos.

A responsabilidade do advogado, na área litigiosa, é de uma obrigação de meio. Nesse diapasão, assemelha-se à responsabilidade do médico em geral.

O advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo.

No entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado. A matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar. Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato.

Os tribunais já se posicionaram diversas vezes acerca da temática, vejamos algumas decisões recentes:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – OBRIGAÇÃO DE MEIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DEMONSTRAM O AGIR TÉCNICO DO PROFISSIONAL – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A obrigação assumida pelo profissional do direito é de meio e não de resultado. Neste tipo de contrato o objeto da obrigação não é o êxito na causa ou a absolvição do cliente e sim o desempenho cuidadoso e consciente do mandato, dentro da técnica usual. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a famigerada perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. (TJ-MS 08031353120158120008 MS 0803135-31.2015.8.12.0008, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 13/06/2017, 3ª Câmara Cível) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. DIES A QUO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRELIMINAR REJEITADA. ADVOGADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DOLO OU CULPA. INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE. NÃO-INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. "PERDA DE UMA CHANCE". IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO DE JULGAMENTO EM TRIBUNAL SUPERIOR. DANO NÃO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. O prazo prescricional começa a correr a partir do momento em que se tem conhecimento do ato violador de direito subjetivo. Prescrição inócurre, na espécie. Preliminar rejeitada. A obrigação do advogado é de meio, não se comprometendo ele a vencer a causa, mas a envidar todos os esforços, colocando seu conhecimento e empenho na defesa do seu cliente, cabendo a este comprovar que aquele, agindo com dolo ou culpa, causou-lhe prejuízo. Inexistência de dolo ou culpa no proceder do advogado, na espécie. Indenização indevida. É indevida a indenização pela "perda de uma chance" quando, a despeito da não interposição de recurso, a

possibilidade de reversão de julgamento não se confirma, diante da jurisprudência consolidada em tribunal superior. Sentença mantida. Apelo improvido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0039601-20.2008.8.05.0001, Relator (a): Telma Laura Silva Britto, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 07/03/2017)

Assim, não há dúvidas que, ainda que o advogado atue de forma diligente, o sucesso no processo judicial não depende só dele, mas também de fatores que estão fora do seu controle. De forma que o insucesso não gera por si só direito nenhum a reparação.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ADVOGADO ENQUANTO PROFISSIONAL LIBERAL: A APLICAÇÃO DO CDC

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

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

A responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código do Consumidor, o que não ocorreu. Também não seria hipótese de responsabilidade objetiva, porque a lei impõe a “verificação da culpa”.

Para o Código do Consumidor, havendo dano em virtude do fato do serviço, imputável (responsável) é o fornecedor, sem consideração à culpa. Sendo profissional liberal, é o responsável presumido. Ressalte-se que o Código do Consumidor não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, no artigo 3º. Também não o remeteu à responsabilidade negocial do direito comum das obrigações; sua responsabilidade é extranegocial, nas relações de consumo. Não impôs ao consumidor o ônus de provar a alegação do dano pelo fato do serviço do profissional liberal.

Em suma, a ele aplicam-se todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado sem ficar caracterizada sua culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviços. Vamos desenvolver um pouco mais o tema no próximo tópico.

4.2 FATOS GERADORES

Em princípio, aquele que se dedica à prestação de serviços de forma contínua e com finalidade econômica enquadra-se no conceito de fornecedor, seja pessoa física ou jurídica. Assim, percebe-se como fornecedor para fins de relação de consumo tanto o advogado que presta serviços isoladamente quanto a sociedade de advogados. O advogado empregado, porém, está excluí-lo do conceito de fornecedor, uma vez que presta serviços por conta de

outrem, devendo, portanto, a responsabilidade de seus atos recair sobre o advogado empregador.

Deve-se agora perquirir o que o CDC entende por fornecedor. Segundo o art. 3º do CDC:

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

Constata-se que a prestação de serviços de advocacia pode ser levada a efeito tanto por uma pessoa física (profissional liberal) quanto por uma pessoa jurídica (sociedade de advogados.). Não há obscuridade aqui. Trata-se primeiramente da prestação do serviço, ou seja, da sua disponibilização.

No que diz respeito à responsabilidade pela prestação dos serviços advocatícios, deve-se observar a previsão restritiva do artigo 14, §4º do CDC, quando dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa”, pois este preceituou a responsabilidade civil subjetiva para os profissionais liberais.

Neste ponto, entende-se que o CDC impõe responsabilização das sociedades de advogados por meio da modalidade objetiva, posto que a restrição do art. 14, §4º do CDC destina-se aos profissionais liberais, e sociedade de advogados não é profissional liberal. Com efeito, o sentido do termo “profissional liberal” está indissociavelmente ligado à ideia de pessoa física, independentemente das circunstâncias do exercício da atividade.

Em se tratando das sociedades de advogados, dispõe o art. 15, §3º do EAOAB que o cliente deve outorgar as procurações individualmente aos profissionais que a integram, isto porque os atos processuais são praticados pelo profissional, não pela sociedade. Deve-se observar que a outorga genérica aos advogados integrantes da sociedade exclui o elemento *intuito personae*, ou seja, a confiança pessoal entre o cliente e seu patrono. José de Aguiar Dias defende que:

Como participantes de uma sociedade, os advogados que a compõem não conservam uma responsabilidade individual, ou seja, a responsabilidade das sociedades de advogados, assim como a dos hospitais e clínica, passa a ser solidária e objetiva, visando a proteção do consumidor (DIAS, 1984).

No mesmo sentido disciplina Ênio Santarelli Zuliani:

O preceito do artigo 14, § 4º, da Lei nº 8.078/90 (responsabilidade subjetiva do profissional liberal), aplica-se ao advogado que trabalha individualmente. Quando o serviço jurídico é prestado por sociedades de advogados, a responsabilidade deixa de

ser subjetiva (dependente de culpa) e regula-se pela objetiva, ou seja, independente da prova da culpa.

Evidentemente que não se outorga procuração a uma sociedade de advogados; contudo, mesmo emitindo-se mandato para determinados sócios, a sociedade de advogados responderá de forma objetiva e, depois, poderá exercer o direito de regresso em face do profissional culpado.

O mesmo diploma, em seu art. 17, disciplina que a sociedade tem responsabilidade primária pelos danos causados por seus integrantes, possuindo, esses últimos, responsabilidade subsidiária e ilimitada. Então, não há dúvida de que a sociedade de advogados possui responsabilidade civil.

A linha de pensamento aqui seguida é a que atribui àquela pessoa jurídica a responsabilidade civil objetiva. Isto porque o CDC tem como finalidade a proteção do consumidor, de tal modo que suas normas sejam assim interpretadas. A respeito, cita-se o art. 47 desse diploma, o qual dispõe que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor“. Tendo em vista a teleologia desse microsistema, por uma analogia, deve-se dar à interpretação o sentido mais benéfico à proteção do consumidor também nas obscuridades por ventura surgidas em suas normas.

Outro ponto a ser definido é o que diz respeito à figura do advogado empregado estampada no art. 18 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906/1994. No caso do advogado empregado, este presta serviços com isenção técnica e independência profissional, elementos da essência da atividade. Porém, tal serviço se dá à conta de outrem, qual seja, o empregador. Embora a advocacia não seja atividade econômica, o profissional liberal é empregador equiparado para fins da legislação obreira, nos termos do art. 2ª, § 1º do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, em diálogo de fontes, o art. 932, III, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil Brasileiro, o empregador responde pelos danos que seus empregados causarem no exercício do trabalho que lhes competir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a instituição do Código de Defesa do Consumidor, houve uma grande proteção aos consumidores que até então não possuíam um diploma legal específico voltado para sua defesa.

A teoria da culpa, até então, era instrumento basilar para a verificação da responsabilidade civil. O Código Civil de 1916, baseado em tal entendimento, legitimou o princípio geral da teoria da culpa, o qual obrigatoriamente exigia três pressupostos coexistentes para haver a obrigação de reparar o dano: a culpa do agente, o dano e o nexo causal entre dano e culpa.

O lapso de tempo da entrada em vigor do Código Civil de 1916 para concepção Código de Defesa do Consumidor, houve grande aumento nas relações de consumo durante este período e a sociedade começou a perceber que poderia ser ressarcida pelos danos a ela causados. O CDC foi, destarte, o ordenamento jurídico que possibilitou sua defesa e proteção.

Vários pontos deste diploma legal sofreram significativas as inovações, entre elas destaca-se a adoção da responsabilidade objetiva conjuntamente com a subjetiva.

O Código de Defesa do Consumidor regula a responsabilidade civil de duas formas, ambas inseridas no Capítulo IV: a Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, constante na Seção II e a Responsabilidade Por Vícios do Produto ou do Serviço, constante na Seção III. Ambas adotando a Teoria Objetiva, fugindo da regra do artigo 159 do CC no que diz respeito à relação de consumo.

Expressa tal regra no CDC, não se indaga a existência da culpa. Ela não interfere na responsabilização, bastando apenas a demonstração do nexo causal e do dano ressarcível em sua extensão.

Inobstante, o Código abre uma exceção em seu artigo 14, parágrafo 4^o. Quando se tratar de uma prestação de serviços feita pelos profissionais liberais, estes serão responsabilizados pessoalmente pelos danos causado mediante verificação de culpa. Esta disposição alcança, desta forma os advogados.

A este respeito, verificamos que o legislador acertou em não excluir a prestação de serviços por parte do profissional liberal do âmbito do CDC.

Sendo verificado ser de natureza contratual o serviço prestado pelo advogado, sendo este, laborando em pessoa física, a teoria que deve ser levada em consideração no caso concreto é a que a responsabilidade contratual presume culpa, cuja inexistência da culpa deve ser provada, enquanto, advogados associados, laborando mediante pessoa jurídica, a teoria

que deve ser empregada devidamente é a objetiva, não há de se falar da culpabilidade do agente, pois não é necessária para a consumação do ato danoso.

O advogado assume uma obrigação de meio por ser imposta a ele a responsabilidade civil, seja ela qual for, objetiva ou subjetiva. Obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a utilizar o máximo de diligência necessária para a prestação do serviço, sem se vincular a um resultado.

As jurisprudências encontradas e expostas no presente trabalho mostram-se pacificadas pela adoção desta forma de obrigação.

Por todo o exposto, verificamos que o consumidor/cliente está bem aparado pela legislação vigente, sendo resguardados todos os seus direitos. Ademais, o ordenamento está em constante mutação para o aperfeiçoamento profissional no ramo da advocacia social, técnica, ética e responsável.

Por fim, a responsabilidade delineada no CDC é a responsabilidade com presunção *júris tantum*, admitindo a contraprova, possibilitando a reparação sem a prova da causa do evento, sem a discussão da culpa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis. **Ética e Direito: Uma Perspectiva Integrada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARONI Robinson. **Cartilha da Ética Profissional do Advogado**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2001.
- BITTAR Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em 15 de out. de 2020.
- BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 15 de out. de 2020.
- BRASIL. **Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 15 de out. de 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõem sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 15 de out. de 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispões sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em fevereiro de 2017.
- CAVALIERI-FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAVALIERI-FILHO. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALIERI-FILHO. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, Vol. II, 1984.
- DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA-FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MATO GROSSO DO SUL. **TJ-MS 08031353120158120008 MS 0803135-31.2015.8.12.0008**. 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 13/06/2017.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico**. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto. [201?]. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em 20 de out. de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Método, 2015.

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

VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.