

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X
47738077791000
0 0 0 1 3 >
Edição 91 - Fevereiro de 2008
R\$ 16,90

**APOSENTADORIA COMPULSÓRIA
DESPREZO E DESPÉRDÍCIO
DA CULTURA**

Nesta edição: A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

Sérgio Cavaliéri Filho

Desembargador do TJ/RJ



Foto: Arquivo JC

“SABE-SE QUE O ADVOGADO DEVE SE EMPENHAR NA DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DO CLIENTE. TODAVIA, ESSA ATUAÇÃO DEVE SER ÉTICA E RESPONSÁVEL, PAUTADA E LIMITADA PELOS VALORES CONSAGRADOS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.”

O duplo aspecto da responsabilidade do advogado

A Advocacia, dada a relevância do seu papel social, foi colocada na Constituição entre as funções essenciais da Justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública. Para proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição (art. 133) lhe assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações, nos limites da lei. Mas, em contrapartida, deve responder pelos seus atos quando violadores de deveres profissionais.

A responsabilidade do advogado deve ser examinada sob duplo aspecto: em relação ao cliente e em relação a terceiros.

Responsabilidade em relação ao cliente

No primeiro caso, a responsabilidade do advogado é contratual, salvo quando atua com vínculo empregatício (advogado de empresa) ou como Defensor Público e Procurador de entidades públicas (Estado, Município, autarquia, advogado da União, etc.) – casos em que, pelos danos causados, responderá à pessoa jurídica de Direito Público ou Privado em nome da qual atua.

Não é obrigado o advogado aceitar o patrocínio de uma causa, mas, se firmar contrato com o cliente, assume obrigação de meio e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la nem a absolver o acusado. A obrigação é defendê-lo com o máximo de atenção, diligência e técnica, sem qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa.

No exercício do seu mister, o advogado, não há dúvida, é um prestador de serviços aos seus clientes, pelo que se submete também aos princípios do Código do Consumidor, principalmente o da boa-fé (objetiva), da informação, da transparência e do sigilo profissional.

O dever de informar

Na verdade, o direito à informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor: “Informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam” (art. 6º, III, do CDC). A informação tem por finalidade dotar o cliente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do advogado com o seu cliente.

Se o direito à informação é direito básico do consumidor (cliente), em contrapartida, o dever de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços – dever este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações advogado/cliente. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

Deve, por isso, o advogado prestar ao cliente aconselhamento jurídico cuidadoso, informá-lo dos riscos da causa e de tudo mais que for necessário para o seu bom andamento e guardar segredo sobre fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua atividade profissional.

Responsabilidade subjetiva do advogado

Quando atua com autonomia e sem subordinação (por contra própria), o advogado é um profissional liberal e, como tal, tem responsabilidade subjetiva. Em seu sistema de responsabilidade objetiva, o Código do Consumidor abriu exceção em favor dos profissionais liberais em seu art. 14, § 4º: “A responsabilidade em favor dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Vale dizer que, os profissionais liberais, embora prestadores de serviço, respondem subjetivamente. No mais, como já ressaltado, submetem-se aos princípios do CDC.

Embora contratual, não há presunção de culpa nessa espécie de responsabilidade, o que importa dizer que a culpa do advogado terá que ser provada. O cliente só poderá responsabilizá-lo pelo insucesso da demanda provando ter ele obrado com dolo ou culpa. A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 32, é também expressa nesse sentido. Via de regra, a responsabilização do advogado tem lugar quando a sua atuação provoca sanção para o cliente por litigância de má-fé, tal como previsto nos arts. 16-18 do CPC – “deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; altera a verdade dos fatos; opõe resistência injustificada ao andamento do processo; provoca incidente manifestamente protelatório”.

É sabido que a imunidade profissional do advogado não é absoluta. Também ela se sujeita a freios ético-jurídicos encontrados em nosso ordenamento positivo. Sobre o ponto, mister a transcrição da primorosa observação do eminente

Desembargador e Professor Cândido Rangel Dinamarco, *in litteris*:

“Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo; se todos têm o dever de proceder no processo com lealdade e boa-fé, de expor fatos em juízo conforme a verdade, (...) chegaria a ser inconstitucional dispensá-los de toda essa carga ética, ou de parte dela, somente em nome de uma independência funcional.” (*in* “A Reforma da Reforma”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68)

Com efeito, a observância dos deveres ético-processuais por todos os sujeitos participantes do processo é um imperativo do devido processo legal e do acesso à ordem jurídica justa (CF, art. 5º, XXXV, LIV, LV, LXXVIII), consectários necessários de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Sabe-se que o advogado deve se empenhar na defesa dos direitos e interesses do cliente. Todavia, essa atuação deve ser ética e responsável, pautada e limitada pelos valores consagrados em nosso ordenamento jurídico. Sua conduta funcional estriba-se na Lei e na Moral. O desvio desse parâmetro valorativo implicará abuso da conduta.

O dever de lealdade excede o âmbito processual, alcançando as relações da vida em sociedade. Não se trata de mera exortação moral, mas verdadeira norma jurídica, dotada, pois, de coercitividade. É regra de observância obrigatória por todos – Estado e indivíduos, cuja violação enseja a respectiva sanção.

“O ADVOGADO, PRINCIPALMENTE QUANDO ZELOSO DO SEU BOM NOME, NÃO PODE SER OBRIGADO A INTERPOR UM RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL.”

A perda de uma chance

Mais comuns, tal como em relação aos médicos, são os casos de responsabilização do advogado por culpa grave decorrente de erros grosseiros – de fato ou de direito – e omissão negligente no desempenho do mandato, como, por exemplo, perder o prazo para contestar, para recorrer, para fazer o preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante.

Aplica-se aqui, com justeza, a teoria da “perda de uma chance”, desenvolvida pela doutrina francesa para aquelas situações em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilita um benefício futuro para a vítima, como deixar de obter uma sentença favorável pela omissão do advogado.

O Direito Pátrio, onde a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que a “reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (Caio Mário, “Responsabilidade Civil”, 9ª ed. Forense, p.42). É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura favorável. Tudo deverá ser pautado pelo princípio da razoabilidade.

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

No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. O que deve ser objeto da indenização, repita-se, é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal.

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

O parágrafo único do citado art. 32 responsabiliza o advogado solidariamente com o seu cliente no caso de lide temerária, desde que coligado com este para lesar a parte contrária (dolo), o que deverá ser apurado em ação própria.

Assim como não está obrigado a aceitar a causa, pode o advogado renunciar ao mandato sempre que, no curso do processo, surgir impedimento pessoal ou qualquer outro motivo de convicção íntima. Não importa isso em quebra do contrato, desde que o advogado dê ciência da renúncia ao cliente, para que este o substitua. Deverá, contudo, continuar praticando os atos processuais urgentes durante o prazo previsto em lei (Código de Processo Civil, art. 45, e Lei nº 8.906/1994, art. 34, XI).

Responsabilidade do advogado com relação a terceiros

Com relação a terceiros, a responsabilidade extracontratual do advogado é também subjetiva; só responde por dolo ou culpa. Os casos mais recorrentes são de ofensa irrogada em juízo contra a outra parte, testemunha ou o juiz da causa. Tal conduta não se encontra ao amparo da inviolabilidade profissional conferida pelo art. 133 da Constituição Federal. E assim é porque, se por um lado a Lei Maior confere ao advogado inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, por outro garante a todos a inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X).

E como a Constituição não pode estar em conflito consigo

mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém, forçoso é concluir que sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se à imunidade do advogado contrapõe-se o direito à inviolabilidade da honra do juiz, segue-se como consequência lógica não constituir prerrogativa do advogado atingir a honra do magistrado, ainda que o faça no exercício do seu edificante mister.

Resulta daí uma verdade elementar que nunca é demais relembrar: todo direito tem limite, mesmo os direitos chamados de absolutos, qual seja o direito alheio; e quando esse limite é ultrapassado, configura-se o abuso do direito – ato ilícito gerador da responsabilidade. O abuso do direito é o outro lado de uma mesma moeda: se o exercício regular de um direito é ato lícito, a contrário senso o exercício anormal é ilícito, repellido pela ordem jurídica.

Ressalte-se que a própria Constituição, no já citado art. 133, condicionou a inviolabilidade do advogado aos limites da lei. Esta, por sua vez, a Lei nº 8.906/1994, em seu art. 7º, § 2º, restringiu essa inviolabilidade, como não poderia deixar de ser, à imunidade penal para os crimes de injúria e difamação, suspensa a eficácia da expressão “desacato” pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de liminar concedida na ADIn 1.127-8-DF. Ora, é de todos sabido que a responsabilidade civil é independente da criminal, conforme proclamado pelo art. 935 do Código Civil (art. 1.515 do Código revogado), de sorte que, ainda que não existissem os limites constitucionais já examinados no que diz respeito à inviolabilidade do advogado, a imunidade penal prevista no Estatuto da OAB não tem nenhuma repercussão sobre a sua responsabilidade civil pela eventual prática de ato ilícito no exercício de sua atividade profissional. Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito Civil – Dano moral – Indenização – Advogado – Excesso – Inaplicabilidade da imunidade profissional deferida pelo Estatuto da Advocacia e da OAB – Precedentes – Recurso desacolhido. A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo novo Estatuto da Advocacia e da OAB, não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo, seja o magistrado, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário ou o advogado da parte contrária. Segundo firme jurisprudência da Corte, a imunidade conferida ao advogado no exercício da sua bela e árdua profissão não constitui um *bill of indemnity*. A indenização por dano moral dispensa a prática de crime, bastando a aferição da ocorrência do dano pela atuação do réu. (4ª T., REsp 151.840-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 124/361; REsp 163.221; RSTJ 162/331).”



Foto: Luiz Henrique