

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO DO ADVOGADO

CURITIBA

2007

LUIZ CARLOS ROVEDA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO DO ADVOGADO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Aplicado no Curso de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor Doutor Clayton Reis.

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ CARLOS ROVEDA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO DO ADVOGADO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Aplicado, ao XXV Curso de Preparação à Magistratura, da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Clayton Reis.

Dr. Clayton Reis

Examinador II

Curitiba, 9 de novembro de 2007.

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

Rudolf Von Ihering

SUMÁRIO

RESUMO	05
INTRODUÇÃO	06
I. ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNDAMENTAIS DO ADVOGADO	09
II. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.1 CULPA	19
2.2 DANO	22
2.3 NEXO CAUSAL	24
III. DANOS DECORRENTES DO ABUSO DE DIREITO E DO NÃO CUMPRIMENTO DO MANDATO	25
3.1 ABUSO DE DIREITO	26
3.2 O MANDATO	28
3.3 A BOA-FÉ	30
IV. O PROCESSO DE AVALIAÇÃO DO DANO E SUA REPARAÇÃO	32
V. O PROCEDIMENTO DA REPARAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS	42
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de apurar a responsabilidade civil do advogado por abuso de direito no exercício da sua profissão. Pretende estudar o abuso de direito como instituto jurídico, e, ao caso, por inserir-se como uma violação da ética profissional na relação advogado-cliente, extrapolando o limite contratual que os une, sobretudo quando há danos decorrentes do abuso de direito e do descumprimento do mandato. Ainda, se pretende avaliar a força contratual do mandato, tendo em vista a outorga recebida pelo mandatário para que este atue em nome do mandante, defendendo seus interesses. De forma mais abrangente, será abordado o ato ilícito e a boa-fé do advogado, a atividade advocatícia no plano histórico e contemporâneo, os fundamentos da responsabilidade civil, no que tange a responsabilidade contratual, bem como, o processo de avaliação do dano e sua reparação. Em última análise, será abordado o procedimento reparatorio nos Tribunais e suas interpretações acerca da presente matéria.

PALAVRAS CHAVE: Responsabilidade civil, abuso de direito, imunidade profissional, advogado, mandato, boa-fé processual, ato ilícito, dano, indenização.

INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico apresenta-se ao mundo científico como meio escrito de confirmação de uma pesquisa realizada. Para tanto, é necessário seguir regras de planejamento, normas e técnicas de apresentação de trabalho e principalmente deve seguir padrões lógicos de um determinado assunto e construção racional.

A presente monografia trata-se de Direito Civil, com o tema Responsabilidade Civil e delimita-se no Abuso de Direito do Advogado.

Não havendo um problema a ser discutido não há pesquisa. A pesquisa deve se iniciar por um problema, pois, possíveis alterações poderão modificar a pesquisa como um todo. Com efeito, é necessário redigi-lo de forma concreta, sucinta e clara.

Da problemática em questão, urge a seguinte indagação: Até que ponto ocorre a responsabilidade civil do advogado por abuso de direito?

Pessoalmente, espera-se uma produção científica de qualidade e profundidade. Institucionalmente, poderá fazer parte dos trabalhos elaborados por alunos que concluíram com êxito a Especialização. Da mesma forma, em outras escolas de ensino jurídico, cujo desempenho poderá compor cadernos científicos.

A problemática enfatiza um assunto de suma importância no campo da responsabilidade, sendo que, há muito tempo discute-se a boa-fé nos atos do processo, que levam o mandante e o mandatário questionarem suas funções na relação contratual que os liga.

A relação contratual mandante e mandatário, ou melhor, advogado e cliente, requer um estudo aprofundado da confiança depositada um ao outro. Juridicamente, deixa clara a relação existente diante de um contrato de mandato. Observa-se inclusive, a necessidade de se apurar a fidelidade processual dos contratantes, pois o volume de conflitos de trabalho do advogado tem buscado uma rápida e eficaz atuação deste que é mandatário.

Diante da perspectiva da boa-fé contratual, pode incorrer em abuso de direito o mandatário que pratica ato ilícito no decorrer do processo judicial, o qual deve ser responsabilizado civilmente e em certos casos até criminalmente.

O objetivo principal é analisar a responsabilidade civil do advogado quando extrapolada a boa-fé do contrato de mandato. Especificando os objetivos, busca-se

estudar a importância e a força contratual do mandato na relação do advogado com seu cliente. Diagnosticar as consequências jurídicas da má atuação do profissional na atividade advocatícia. Avaliar os requisitos que constituem o abuso de direito do advogado diante do mandato. Identificar quem será o titular responsável pela má atuação do advogado, quando houver dano à parte oposta da demanda. Analisar o direito de regresso por danos causados ao cliente decorrente da atuação do advogado.

A pesquisa fundamenta-se em abordar um assunto de conteúdo relevante ao ordenamento jurídico. Para se elaborar uma dissertação coerente com as normas e técnicas de trabalhos científicos é necessário que os institutos da pesquisa sejam relacionados à ciência estudada.

No entanto, para manter essa fidelidade, no presente caso estuda-se a respeito de responsabilidade civil do advogado que pretende analisar a sua atuação como profissional, da mesma forma ao abuso de direito que viola a boa-fé e a ética profissional do advogado em relação ao cliente, quando extrapolado os seus limites contratuais. Também a força contratual do mandato, a outorga recebida pelo mandante para que o mandatário (advogado) fale em seu nome, atue juridicamente em seu nome e responda pelos atos do cliente no que lhe aprouver.

As diretrizes que nortearão o desenvolvimento do projeto estão focalizados nos institutos da responsabilidade civil, no abuso de direito e no mandato. Todavia, condiciona-se a estudar o ato ilícito, a boa-fé, a atividade advocatícia (histórica e contemporânea), a ocorrência do dano, da culpa e do nexo causal (fundamentos da responsabilidade civil) e o direito de regresso. Por fim, é plausível chegar ao processo de avaliação do dano e a sua reparação, corroborando entendimentos adotados pelas Cortes brasileiras através dos acórdãos.

Ressalte-se, que ficam como obrigados o advogado e o cliente quando houver dano à parte oposta da demanda pela má atuação do profissional, respondendo pelas faltas cometidas no processo.

Metodologicamente, o projeto objetiva uma pesquisa de caráter explicativa, e totalmente bibliográfica. Utilizando-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, cujo procedimento será histórico, funcionalista e comparativo. Por ser bibliográfica e documental, a pesquisa representa a técnica de documentação indireta.

Para a coleta dos dados foram utilizados instrumentos basicamente de referência bibliográfica como: doutrinas, jurisprudências, códigos e dicionários. Quanto a interpretação desses dados, admite-se uma concepção sociológica, estruturada de forma que, ocorram

possíveis hipóteses comparativas de domínio pessoal, reflexivo; firmados por conceitos de doutrinadores que embasam previamente a pesquisa.

Com relação aos recursos humanos, foi reservado ao professor orientador a exclusividade de acompanhamento para a elaboração do trabalho no seu conteúdo. Para efeitos metodológicos, houve orientação diferenciada. Os recursos materiais foram de relevância maior, sendo utilizada a biblioteca da referida mantenedora e o acervo da Universidade Federal do Paraná.

A monografia percorreu o seguinte cronograma: na fase de pesquisa, no período de março a abril, houve determinação pelo orientador para pesquisar doutrinadores que dessem sustentação à elaboração do projeto, as possíveis hipóteses de questões a serem apresentadas. Protocolado o projeto em maio, este foi devolvido em junho já com as correções para ser iniciada a confecção do trabalho.

Em um segundo momento, de junho a novembro, iniciou-se a confecção do trabalho, desde o início buscou-se referencial bibliográfico para elaboração e para complementar as idéias expostas. Em dada ocasião, para concluir a fundamentação teórica, foi necessário recorrer a material bibliográfico extra. Por fim, em novembro, a pré-apresentação do projeto, as revisões determinada pelo orientador, e a apresentação definitiva.

As pesquisas foram construídas em cima de bibliografia voltada ao estudo de direito, especificamente de direito civil, responsabilidade civil, dano moral, direito constitucional e, métodos e técnicas de pesquisa para elaboração de trabalhos acadêmicos.

I. ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNDAMENTAIS DO ADVOGADO

Análogo ao estudo das ciências jurídicas, as origens da advocacia reportam à séculos antes de Cristo. A advocacia como profissão organizada sobreveio aproximadamente na época do Imperador Justino, antecessor de Justiniano.

No Brasil, somente no século XIX se reconhece a profissão com a criação de cursos jurídicos. “A fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 1843, e, finalmente, a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, simbolizam as etapas evolutivas da advocacia brasileira” (LÔBO, 2002, p. 6).

A Organização instituiu um regimento próprio em 1931 (Decreto 20.784) e um segundo Estatuto foi elaborado em 1963 (Lei 4.215), em comum trazem uma advocacia como profissão autônoma e sem alguns cuidados específicos da profissão.

Com uma nova realidade social, ampliaram-se as áreas e formas de atuação, as quais passaram a não mais corresponder ao Estatuto vigente à época.

Buscou-se elaborar um terceiro Estatuto (Lei 8.906 de 1994), atualmente vigente, que se amoldasse à advocacia contemporânea, trazendo uma nova forma de postulação perante ao judiciário e seus órgãos, trazendo uma atividade de consultoria, na forma de assessoramento e regrido a advocacia assalariada, contrapondo-se à idéia de uma atuação autônoma do advogado.

O Estatuto de 1994 procurou unir a idéia da responsabilidade social do advogado perante a sociedade exposta na Constituição Federal de 1988, tornando uma advocacia indispensável à administração da justiça, como se pode ver na primeira parte do artigo 133 da CF, corroborada pelo artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “o advogado é indispensável à administração da justiça”.

A Constituição Federal por sua vez, compreendeu novas idéias e conceitos para a advocacia brasileira. O artigo 133 da CF explica que: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Neste sentido, Alexandre de Moraes destaca que “a inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, não é absoluta, sujeitando-se aos limites legais, devendo sempre apresentar relação de causalidade com o exercício profissional” (MORAES, 2002, p. 1598).

No âmbito do profissionalismo, o advogado é o bacharel em direito, inscrito na OAB, que exerce atividade advocatícia nos diferentes ramos que a profissão permite. Tais atividades podem ser de consultoria, assessoria, e a tradicional postulação perante o Judiciário.

A postulação perante o Judiciário e também em graus superiores de jurisdição é exclusiva de advogado, este, sempre representando uma intenção do cliente, exercendo o direito de ação.

Não pode o cidadão que pretende exercer um direito, fazê-lo sem a intervenção do profissional, pois é este quem detêm a competência e habilidade técnica. De maneira que, à todo cidadão é garantido o direito a assistência jurídica por um advogado, tanto que, se não o tiver constituído, o Juiz nomeará um profissional para atuar na causa, quando comprovada baixa renda e os rendimentos mensais da família não são suficientes para nomear de um profissional.

O artigo 2º do Estatuto expõe como características essenciais da advocacia a indispensabilidade, a inviolabilidade, a função social e a independência. É indispensável porque é o advogado quem tem o conhecimento técnico e é uma garantia da parte ter a assistência e não do profissional angariar clientes, em que pese a OAB possuir o monopólio da atividade. A inviolabilidade corresponde a sua atuação, devendo ser exercida com sigilo e proteção. A função social é a finalidade para qual a advocacia é exercida, que é a realização da justiça e não simplesmente a defesa de uma causa. Por último, quanto a independência, o profissional não é dependente de nenhum órgão, exceto a OAB o qual pertence; por isso pode exercer livremente sua atividade dentro dos limites estabelecidos em lei, ou seja, não há hierarquia entre os membros que atuam no meio jurídico e por conseqüência, subordinação entre juiz, promotor e advogado.

O advogado exerce atividade meio e não de resultado. Anota José de Aguiar Dias que “é preciso recordar que o contrato advocatício não impõe ao advogado a obrigação de sair vitorioso na causa, porque *lites habent sua sidera*. Neste particular, ele assume, semelhantemente ao médico, uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado” (DIAS, 1995, vol. I, p. 292). Destarte, “o que lhe cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo pela melhor forma possível os interesses que lhe confiou” (DIAS, 1995, vol. I, p. 292).

Reforça Rui Stoco alegando que “não se indenize pelo resultado adverso da demanda, pois a sua obrigação é de meios, regra que comporta, contudo, algumas exceções” (STOCO, 2001, p. 360).

Sua responsabilidade é contratual, depende da prova do contrato de prestação de serviço ou do mandato. Eduardo C. B. Bittar explica que quando houver irregularidade ao múnus do advogado, extrapolando o mandato tradicional, a sua fonte contratual é o mandato: “seu papel é misto entre uma atividade pública de postulação e uma atividade privada de representação. Dito isso, não há que se admitir ser, conceitualmente, o advogado apenas um mandatário” (BITTAR, 2002, p. 390).

Diante desta lição, a função advocatícia consubstancia-se em uma atividade pública, como oficial impregnado, e privada, como representante. A atividade pública do advogado ou “múnus público é o encargo a que se não pode fugir, dadas as circunstâncias, no interesse social” (LÔBO, 2002, p. 31), assim, o advogado deve atender a função social para qual o seu ofício determina, cumprindo não só a realização da causa ou os interesses alheios, mas também fazer valer os padrões de justiça. A sua atividade privada é a representação do cliente, é o “falar” em nome do representado, por força do mandato.

O parágrafo 1º do artigo 2º do Estatuto da OAB define a mescla de obrigações do advogado no seu mister: “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

A atuação do advogado depende da vontade do cliente, que age mediante instrumento de mandato. O Código Civil coloca o mandato como uma forma de contrato, como diz o artigo 653: “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

O advogado deve sempre fazer prova de seu mandato, judicialmente ou em qualquer repartição pública que exerça a atividade. O Estatuto da OAB já complementa no artigo 5º: “o advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato”.

A prova do mandato deve acontecer sempre que postular em nome do cliente. No entanto,

a falta de mandato produz conseqüências em face de terceiros e do suposto mandante. Atinge-se o plano da existência e não apenas o da eficácia. Contudo, em deferência ao velho princípio de direito que veda o enriquecimento ilícito, responde o suposto mandante até o proveito que teve. Quanto ao advogado, há responsabilidade disciplinar e civil (LÔBO, 2002, p. 40).

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

A responsabilidade por erros de fato e de direito compreendem uma apreciação subjetiva, como a própria atividade advocatícia. De maneira que,

só se poderá responsabilizar o advogado quando, por dolo e intenção manifesta de prejudicar ou locupletar-se, cause prejuízos ao seu modo tão insatisfatório, atabalhado, displicente e imperito que a relação causal entre esse agir e o resultado fique manifesta (STOCO, 2001, p. 361).

O mandato não deve ser confundido com o contrato de prestação de serviços profissionais ou contrato de honorários como é conhecido. O advogado ao ser contratado, engloba na prestação do serviço, o mandato e o contrato de honorários (quando não for assistência judiciária). É com a outorga de mandato que o advogado adquire a formalidade necessária e obrigatória para postular em juízo. Assim, o cliente esta autorizando o seu procurador a agir com plenitude na defesa de seus interes, porem dentro dos limites legais.

Estes limites são regulados pelo que é permitido fazer em defesa de uma causa, ou seja, o que é lícito. O profissional que violar, normas de conduta ou regras contidas na lei pode cometer ato ilícito. Logo, o profissional que não corresponder aos interesses da causa agindo com leviandade, pela falta de cuidados ou por exageros que venha cometer, comete ato ilícito e pode sofrer sanções.

O ato ilícito é a violação de uma norma jurídica da qual faz parte os costumes e os valores sociais,

é sempre um *comportamento* voluntário que infringe um dever jurídico, e não simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o memento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 34).

O artigo 186 do CC define a violação de um direito por ato ilícito, no entanto, quando se tratar de uma violação por excesso, não significa simplesmente violar um direito, como coloca o dispositivo, mas também violar uma regra moral, exposta no artigo subsequente.

O ato ilícito pode vir carregado de um abuso, o qual acaba ferindo os limites da boa-fé e dos bons costumes. Quanto ao abuso, o Código Civil de 2002 se encarregou em cuidar especificamente no artigo 187 sobre o abuso de direito.

O abuso de direito é um instituto jurídico que sofreu uma evolução conceitual ao longo do tempo, frisa Silvio Rodrigues que

a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josseland, segundo o qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, com diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição (RODRIGUES, 2003, 321).

A vista disto, o cometimento de um desvio de finalidade dada à um direito, por um advogado, entende-se por abuso. Neste prisma os atos do profissional da advocacia devem sempre ser jungidos de cautela, embora possua imunidade judiciária.

A imunidade cuida das manifestações e atos do profissional em exercício, no que tange a responsabilidade penal. De modo que, está acobertado pela imunidade aquele que, dentro dos limites permitidos, defende a causa com avidez no interesse alheio.

É de fácil conclusão que a natureza da profissão já é conflitiva por excelência e frequentemente podem ocorrer situações que obrigam os advogados agirem com exagero.

A imunidade tutela o profissional de ofensas à honra quando por este irrogadas em juízo, logo, não caracteriza ilícito penal. Tais ofensas podem ocorrer via oral, na discussão da causa, ou por atos escritos peticionados em juízo.

Este instituto tem amparo na Constituição Federal no artigo 133 quando expõe que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, porém, não deixa de mencionar os limites, obviamente que os atos não são soberanos, o profissional que exceder o permitido pode cometer ato ilícito e abuso de direito conseqüentemente.

Resulta concordar com a idéia de Sergio Cavalieri Filho que:

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 de direito, ato ilícito gerador de responsabilidade. O abuso de 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 (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 412).

O cerne da pesquisa concentra-se essencialmente neste ponto, na responsabilidade do profissional da advocacia que comete ato ilícito quando extrapola a boa-fé alheia resultando em abuso de direito, no entanto, logo adiante, será explanado em capítulo próprio.

A advocacia é passível de erros, como já mencionado, a sua atividade exige o cumprimento das funções da melhor forma possível, porém, não visa necessariamente satisfazer a pretensão do cliente.

De fato, não há obrigatoriedade de um resultado vitorioso, mesmo porque, nas causas em que os litigantes são particulares, como nas causas cíveis, uma das partes não terá sua pretensão jurídica satisfeita, todavia, não obsta o advogado de agir com cautelas necessárias que exige a profissão, com presteza e diligência em prol do seu cliente.

A ética profissional do advogado rege-se pela deontologia jurídica, a qual assiste o advogado em desempenhar suas funções de acordo com as normas éticas e morais, atendendo ao que determina a lei.

Desta forma,

a ética profissional impõe-se ao advogado em todas as circunstâncias e vicissitudes de sua vida profissional e pessoal que possam repercutir no conceito público e na dignidade da advocacia. Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração disciplinar punível com a sanção de censura (art. 36 do Estatuto) se outra mais grave não for aplicável (LÔBO, 2002, p. 165).

Foi pensando em regras deontológicas que o legislador buscou complementar o Estatuto da OAB. Com intenção de extirpar qualquer conduta indesejável do advogado criando-se o Código de Ética e Disciplina, instituído em 1995. Assim, “o Código de Ética e Disciplina alcança o advogado no foro, na rua, em seu escritório, enfim, em todos os espaços públicos onde seu comportamento possa repercutir no prestígio ou desprestígio da advocacia” (LÔBO, 2002, p. 180).

Os profissionais liberais estão sujeitos a responsabilidade civil pela má atuação nas funções que desempenha, “a atividade obriga e qualifica como culposa a responsabilidade pelo dano decorrente de qualquer de seus atos de exercício” (LÔBO, 2002, p. 172). Portanto, ao advogado, especificamente, atribui-se à responsabilidade subjetiva, visto que, deve ser provada a culpa nestes casos.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece alguns elementos para se verificar a culpa, os quais, além da culpa em sentido estrito (pelo ato praticado), é indispensável a análise do resultado danoso e do nexo de causalidade entre ambos.

O ato ilícito praticado por advogado não se restringe somente às normas civis no âmbito da responsabilidade civil, mas também, na análise do caso concreto, pode resultar em responsabilidade penal e administrativa.

As faltas cometidas administrativamente, estão amparadas nas normas próprias da instituição, como o Estatuto da OAB e o Código de Ética e Disciplina, ademais, é da alçada do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB aplicar as sanções pertinentes ao profissional. Tais sanções consistem em censura, suspensão, exclusão e multa, conforme o que determina os dispositivos legais e a gravidade da conduta.

Quanto aos fundamentos e a verificação da responsabilidade civil do advogado será tema do próximo tópico a ser analisado.

II. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto no capítulo anterior, a conduta irregular do advogado implica em responsabilidade do profissional quando causar prejuízo a seu cliente ou a quem esteja diretamente envolvido no processo, mesmo que seja a parte oposta da demanda.

A responsabilidade civil é uma das disciplinas mais importantes que cercam o ordenamento jurídico. Anteriormente ao Código Civil em vigor, se podia verificar que o conteúdo normativo desta disciplina era deficiente para alcançar os novos rumos da convivência social para a época contemporânea.

O legislador do atual Código Civil brasileiro não trouxe nada de especial ao codificá-lo. Com o grande número de ações indenizatórias, observa-se a importância em ter um sistema normativo eficiente. Diga-se de passagem, perdeu-se a oportunidade de estabelecer parâmetros importantes acerca de determinados tópicos da responsabilidade civil.

Um exemplo concreto é o dano moral, o qual poderia se estabelecer a extensão e os critérios de liquidação do dano, bem como, parâmetros para a fixação do quantum indenizatório. Também, nada foi mencionado quanto ao dano estético.

Ademais, “o novo Código Civil sistematizou a matéria, dedicando um capítulo especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsis literis* alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros trazendo, porém, poucas inovações” (GONÇALVES, 2001, p. 3).

Não há que se questionar em sede de responsabilidade civil a importância de alguns temas atuais nessa área, destacam-se: a introdução da teoria do risco ao artigo 927, parágrafo único do CC; a adoção da teoria do abuso de direito, contida no artigo 187 do CC; a ampliação da culpa objetiva, como destaca os artigos 931 e 933 do CC.

O que se vê atualmente, sob uma ótica superficial, é que tudo esta cercado de responsabilidade, podendo gerar efeitos. E então, o que é responsabilidade?

Responsabilidade é qualquer atividade no meio social, em que o comportamento da pessoa gera um efeito que venha a prejudicar outrem, independentemente deste comportamento ter sido uma ação ou uma omissão.

Explica De Plácido e Silva, que responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa. Quer significar, assim, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenha convencido, ou a

obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal (SILVA, 1998, p. 713).

Obviamente, se não houver violação de um direito alheio por conduta antijurídica, não haverá responsabilidade.

De fato, os fundamentos teóricos da responsabilidade civil cingem-se na idéia de que viver em sociedade exige sempre um dever de cuidado, esta precaução funda-se na regra de não violar direito nem causar dano a outrem, contida nos princípios romanos *alterum non laedere e neminem laedere*, ou seja, a outro não prejudicar e a ninguém ofender.

Tal fundamento está regrado no artigo 186 do Código Civil de 2002: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Portanto, conclui-se que um comportamento indesejado na vida social gera responsabilidade por ato ilícito causado a outrem.

O ato ilícito é a violação de uma regra jurídica, intencional ou de resultado culposo que deriva de um direito obrigacional voluntário. No entender de Carlos Roberto Gonçalves

as obrigações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir prejuízo causado (GONÇALVES, 2003, p. 2).

O Código Civil menciona que a violação de uma norma jurídica caracteriza ato ilícito. Assim entende Maria Helena Diniz explicando que “o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual” (DINIZ, 2005, p. 217).

A conduta antijurídica pressupõe um desvio de comportamento que implica na violação de uma norma e em tese, pressupõe culpa.

Para se aferir culpa (para atribuição de responsabilidade) é imprescindível os elementos previsibilidade e comportamento. A previsibilidade comporta o dever que o agente podia conhecer e observar, juntamente com o comportamento que se espera de um homem que tenha a consciência evolutiva concorrente à nosso tempo, ou como se diz: homem médio.

De maneira que,

o previsível da culpa se mede pelo grau de atenção exigível do *homo medius*. A *obligatio ad diligentiam* é aferida pelo padrão médio do comportamento; um grau de

diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social (GONÇALVES, 2003, p. 11).

Percebe-se, que a culpa esta intimamente ligada à verificação mental do agente, de agir em desconformidade com o ordenamento jurídico, para então, se cogitar em atribuir responsabilidade.

A idéia de atribuir responsabilidade sempre fundou-se em voltar ao *status quo ante* (estado em que a coisa se encontrava anteriormente), no intuito de reparar o prejuízo causado.

Por muito tempo, voltar ao estado anterior em que se encontrava o bem jurídico tutelado, nem sempre significava pagar pecuniariamente pelo dano.

As civilizações antepassadas, admitiam no âmbito civil de reparação, dilacerar parte do corpo para penalizar o infrator que cometesse determinados delitos.

A reparação era dada equitativamente pelo resultado causado; como se vê, a título de ilustração, pelo Código de Hamurabi no artigo 196: “se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho” (Código de Hamurabi, 1994, p. 35) e no artigo 205: “se um escravo de um homem agrediu a face do filho de um homem, cortarão a sua orelha” (Código de Hamurabi, 1994, p. 36); acepções estas, também conhecidas pelo enunciado “olho por olho dente por dente”.

Por conseguinte, o que se buscava era representar um caráter de igualdade de direitos entre o ofensor e a vítima.

A reparação do dano sofreu evolução considerável com o passar do tempo, de modo que, da forma punitiva de reparação civil, passou para a forma indenizatória. Não mais era possível pagar com o próprio corpo, mas com patrimônio, diferença que os romanos não conseguiam distinguir.

Cabe mencionar, a confusão de tutelas pela qual sofriam aquelas civilizações. Um dano civil poderia ser reparado penalmente, ou seja, o que se vê é uma desordem no âmbito de responsabilidade. Ademais, não raro se ver uma desproporção da pena em relação ao dano.

Atualmente entende-se que somente nos casos de não pagamento das prestações de caráter alimentício e por ser o agente depositário infiel, poderá lhe atribuir pena à pessoa, e não a seu patrimônio. Remanesce um foco de punição pessoal somente nestes casos, aos demais, quaisquer atribuição de responsabilidade civil será reparada com patrimônio de valor pecuniário.

São fundamentos da responsabilidade civil, genericamente, a ação ou omissão, a culpa, o dano e o nexa causal. A ação ou omissão corresponde ao comportamento de uma pessoa. A

culpa é *lato sensu*, ou seja, independe se for com intenção (dolo) ou sem intenção (culpa *stricto sensu*) de lesionar. O dano é o resultado do ato ilícito praticado pelo comportamento do sujeito. E o nexo de causalidade é a presença de alguma relação entre a causa e o efeito.

A responsabilidade pode ser objetiva e subjetiva. Para a responsabilidade objetiva aplicam-se os elementos genéricos acima expostos, com exceção da culpa. Já para a subjetiva, é imprescindível o elemento culpa além dos demais.

O nosso ordenamento estabelece que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva e por consequência dos advogados também, assim certifica o Código de Defesa do Consumidor no artigo 14, parágrafo 4º: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

No Brasil, a teoria preconizada na responsabilidade subjetiva é que são imprescindíveis os elementos que a fundamentam: culpa, dano e nexo causal. Diz-se que “a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa” (GONÇALVES, 2003, p. 21).

Quanto a responsabilidade objetiva, independe de provar culpa, havendo um comportamento, o dano e o nexo de causalidade é suficiente para gerar responsabilidade. Portanto,

não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura) (GONÇALVES, 2003, p. 21).

O Código Civil brasileiro adotou no princípio da responsabilidade subjetiva a necessidade de investigação da culpa para apuração da responsabilidade. Ainda que, alguns artigos expressem diretamente a incidência da teoria do risco (objetiva).

Na teoria do risco, como não depende de provar a culpa, pode haver responsabilidade mesmo exercendo alguma atividade perigosa e produzindo risco de dano potencial, de modo que, oferece à vítima o direito de ser indenizada.

Assevera J. J. Calmon de Passos que

se entendermos “perigo” como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputada a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de “risco” quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como consequência de uma decisão, seja ela imputável ao agente ou atribuível a um outro que não ele. Nesses termos, a sociedade contemporânea caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 134).

Exemplificando, o transporte de valores pertencentes a terceiros, quando não tomado o devido cuidado e segurança, gera responsabilidade pelo risco produzido, sem mesmo ter resultado danoso.

Esta teoria, embora em algumas hipóteses possa ser admitida, não disseminou como regra adotada pelo nosso ordenamento, pois na maioria dos casos prevalece a teoria da culpa.

No entanto, a responsabilidade civil dos profissionais liberais, mais propriamente do advogado tema deste trabalho, é contratual e em regra subjetiva. É o que aponta Sérgio Novais Dias:

a responsabilidade civil pode decorrer de um contrato ou da violação do dever legal de não causar danos a ninguém. A natureza da relação entre o advogado e o cliente é *contratual*. Havendo inexecução de obrigação contratual pelo advogado, ele responde perante o cliente pelas perdas e danos que causar, (...). A responsabilidade do advogado perante seu cliente, além de contratual, é subjetiva (NOVAIS DIAS, 2001, p. 299).

Observando o caso concreto poder-se-á concluir por um dano civil, penal ou administrativo. Destarte, configurado ato ilícito, haverá responsabilidade administrativa mesmo que não cause dano (material ou imaterial) no plano civil ou penal.

Somente haverá efeitos de responsabilidade civil ou penal, teoricamente, quando houver resultado danoso, quando não houver dano somente poderá ser atribuída no plano administrativo. Portanto, o condutor de um veículo que dirige em velocidade acima do permitido naquele trecho, somente poderá ser responsabilizado administrativamente, ou seja, multa por excesso de velocidade. Caso ocorra dano ao particular, como uma colisão veicular, haverá responsabilidade civil pela ocorrência do dano.

Passa-se ao estudo dos pressupostos da responsabilidade civil, anteriormente mencionados, com mais profundidade.

2.1 CULPA

O artigo 186 do CC exige que não basta somente o fato danoso para se configurar responsabilidade, o elemento culpa também é necessário.

Define Carlos Roberto Gonçalves, que a culpa “implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação de um dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los” (GONÇALVES, 2003, p. 475).

Neste sentido,

a culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivando, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude (DIAS, 1995, p. 120).

O elemento culpa é entendido como a culpa em sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido restrito. O próprio Código Civil em seu artigo 186, intrinsecamente a considera desta forma,

pressupunha sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de o praticar) e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio) (GONÇALVES, 2003, p. 10).

Como o sistema brasileiro adotou a teoria subjetiva, para se obter a reparação de um dano, a vítima tem que provar o dolo ou a culpa. Muito embora, como já explicado, há casos específicos, que pela dificuldade de se provar a culpa pela vítima, admite-se a responsabilidade sem culpa, pela teoria objetiva.

O dolo consiste basicamente em uma conduta carregada de consciência e vontade, em que “o agente procura intencionalmente o resultado” (VENOSA, 2007, vol. IV, p. 22), e, distancia-se da culpa pela substituição do elemento vontade pelo elemento previsão. Logo, a falta de intenção implica responsabilidade da mesma forma, caracterizando a culpa, pois o sujeito estando em condições de prever um resultado não o faz, por negligência, imprudência e imperícia.

Na esfera cível para que haja indenização não exige-se distinção entre dolo e culpa, “em sede de indenização, porém, as conseqüências são idênticas (VENOSA, 2007, vol. IV, p. 22)”.

Utiliza-se para aferição da culpa, os critérios psicológicos exigíveis de uma pessoa capaz de prever um resultado e evitar o perigo iminente, juntamente com sua capacidade psico-evolutiva para saber que aquele comportamento é antijurídico, ou seja, o comportamento de um homem médio, ou “a nosso tempo”. Esta diligência exigível do agente pode ser comparada através do “seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo. A culpa *stricto sensu* é também denominada culpa aquiliana” (GONÇALVES, 2003, p. 475).

Destarte, os elementos previsibilidade e comportamento se coadunam totalmente,

o previsível da culpa se mede pelo grau de atenção exigível do *homo medius*. A *obligatio ad diligentiam* é aferida pelo padrão médio de comportamento; um grau de diligência considerado normal, de acordo do com a sensibilidade ético-social (GONÇALVES, 2003, p. 11).

Não há que se falar em culpa quando o evento é imprevisível, somente quando previsível, “é consenso geral que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos “previsibilidade” e comportamento do *homo medius*” (GONÇALVES, 2003, p. 10).

A falta de cuidado a um evento previsível gera responsabilidade, por negligência, imprudência ou imperícia, modalidades de culpa.

A negligência acontece pela “falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto” (GONÇALVES, 2003, p. 11).

Explica Rui Stoco que

na negligência há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso; na imprudência o sujeito procede precipitadamente ou sem prever integralmente as conseqüências da ação. Em qualquer dos casos, encontra-se um defeito de previsibilidade (STOCO, 2001, p. 97).

A imprudência “consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios” (GONÇALVES, 2003, p. 11).

Imperícia consiste “na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional” (GONÇALVES, 2003, p. 11).

Há que se mencionar outras modalidades de culpa na ânsia de tentar estabelecer condutas diferentes às situações diversas existentes. Destacam-se as seguintes, culpa *in eligendo*, “é a oriunda da má escolha do representante ou do preposto, como, por exemplo, contratar empregado inabilitado ou imperito” (VENOSA, 2007, vol. IV, p. 27). Culpa *in vigilando* “é a que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando. Culpa *in commitendo* ocorre quando o agente pratica ato positivo, geralmente caracterizado por imprudência e culpa *in omittendo* decorre de uma abstenção indevida, caracterizando negligência. Deixar, por exemplo, o patrão que empregado sem condições técnicas opere máquina de alta periculosidade” (VENOSA, 2007, vol. IV, p. 28).

A culpa *in concreto*, é “aquela examinada na conduta específica sob exame, e a culpa *in abstracto*, aquela conduta de transgressão avaliada pelo padrão do homem médio” (VENOSA, 2007, vol. IV, p 29).

Enfim, a análise da culpa na esfera cível é concorrente, assim, todo aquele que participou ao resultado danoso esta sujeito às sanções pertinentes, de modo que, para fixação da indenização pode haver compensação. Diferentemente, na esfera penal em que cada qual responde pessoalmente por sua conduta e pela participação que teve no resultado, independente da atuação da parte oposta.

2.2 DANO

Antes de qualquer aprofundamento, dano, sob ótica leiga refere-se a prejuízo e na concepção jurídica não foge desta idéia, assim, sempre que houver uma depreciação do patrimônio alheio, em virtude da ação de outrem, entende-se que houve dano.

Não havendo dano não há porque indenizar, pois não há prejuízo. Com efeito, “ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo” (GONÇALVES, 2003, p. 34).

O artigo 186 do CC é taxativo ao mencionar que não basta violar direito (ato ilícito) é necessário também causar dano, devendo estar presentes estes dois requisitos.

Sílvio de Salvo Venosa explica que

nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*) (VENOSA, 2007, vol. IV, p. 31 e 32).

Neste prisma, o dano sempre esta revestido de um ato ilícito, ou seja, haverá a violação de uma norma jurídica. Todavia, o ato ilícito não necessariamente gera prejuízo. Obviamente, para a seara da responsabilidade civil unem-se concomitantemente o dano e a especificação normativa violada.

O prejuízo ao patrimônio de uma pessoa não comporta simplesmente bens materiais, mas também imateriais. Portanto, o dano pode ser patrimonial (de cunho valorativo) ou extrapatrimonial (não valorativo). De maneira que,

ressalte-se que o conceito de dano considera não só o patrimônio material, como também a esfera moral das pessoas, compreendendo os direitos de personalidade (a honra, o nome, dentre outros), tanto é que o artigo 186 do CCB alude expressamente à reparação do dano “exclusivamente moral” (TASCA, 2004, p. 119).

Os danos materiais são valorados economicamente pelo prejuízo causado, os quais compreendem bens visivelmente apreciáveis.

Incidem no patrimônio material da pessoa o dano emergente, ou seja, aquilo de prejuízo, que realmente se perdeu de patrimônio pela ocorrência do fato e o lucro cessante, aquilo que se deixou de ganhar pelo resultado danoso.

Pode também, quanto às suas modalidades, haver casos em que o dano seja *in contrahendo*, *ex delicto*, iminente ou infecto.

Os danos imateriais são os de difícil valoração, por estarem fora do patrimônio pecuniário da pessoa, ou da gama de bens visíveis. São enfim, os de ordem moral ou psicológica, como define Flori Antonio Tasca, por extrapatrimonial: “reveste-se de natureza imaterial exatamente por representar lesão a direito de personalidade, imaterial e insuscetível de apreciação pecuniária por sua própria natureza” (TASCA, 2004, p. 120).

Danos extrapatrimoniais estão diretamente relacionados aos direitos de personalidade, que são direitos inatos, como a vida, a honra, a imagem, entre outros. Logo, atingem o foro íntimo da pessoa e caminham à uma reparação judicial.

Estão incluídos e compreendem danos extrapatrimoniais os de ordem moral. O dano moral “é aquele que no mais íntimo de seu ser, padece quem tenha sido magoado em suas afeições legítimas, traduzidas em dores e padecimentos pessoais” (SANTOS, 2003, p. 95). Esta noção vincula-se “ao conceito de diminuição extrapatrimonial ou lesão nos sentimentos pessoais, nas afeições legítimas ou na tranqüilidade anímica” (SANTOS, 2003, 95).

Justo por constituir o patrimônio imaterial da pessoa, os danos morais não são passíveis de *restitutio in integrum*. Dito isto,

tanto a doutrina como a jurisprudência nacional e comparada, metamorfosearam a palavra reparação, outorgando-lhe um sentido de compensação ou satisfação da vítima; afinal, nada há para ser reparado na esfera dos danos morais. E nem poderia haver, se considerarmos que nos encontramos perante prejuízos de natureza eminentemente subjetiva (REIS, 2002, p. 125, 126).

É neste sentido que Clayton Reis define a reparação na tentativa de apaziguar o espírito lesado: “se a reparação do dano extrapatrimonial não pode ser objeto de um

restabelecimento ao estado anterior deverá, no entanto, propiciar à vítima uma forma de apaziguar o seu natural sentimento de vingança” (REIS, 2002, p. 126).

Enfim, todo aquele que causar prejuízo material ou imaterial sujeita-se a uma pretensão ressarcitória do lesado.

2.3 NEXO CAUSAL

Melhor entendido por relação de causalidade, o nexo causal é a compatibilidade entre a ação (ou omissão) e o resultado. É o elemento da responsabilidade civil que liga os outros pressupostos já explicados.

O nexo comporta dependência mútua entre causa e efeito, assim,

não basta que o agente haja procedido *contra jus*, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar (STOCO, 2001, p. 106).

Não existe o dever de indenizar se não houver relação entre a causa e seu efeito: “se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar” (GONÇALVES, 2003, p. 33).

Quando se observa a relação direta entre a causa (ação) e o efeito, não há dificuldade em reconhecer o efetivo responsável, basta que se identifique o fato que deu causa ao dano e se determine a prova da relação causal.

No entanto, há casos em que não é fácil determinar uma relação causal entre o dano e seu autor. Pois, “a teoria do nexo causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil” (GONÇALVES, 2003, p. 521). Em vista disto, “a grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como sendo a responsável pelos danos” (GONÇALVES, 2003, p. 521).

Em suma, o que gera responsabilidade é o liame de causalidade entre os demais elementos, os quais unem-se através deste instituto inexoravelmente importante para determinar quem aspira o pólo passível de uma demanda judicial.

Após estas considerações acerca dos fundamentos da responsabilidade civil, fica mais serena a compreensão do estudo dos danos decorrentes do abuso de direito e do não cumprimento do mandato.

III. DANOS DECORRENTES DO ABUSO DE DIREITO E DO NÃO CUMPRIMENTO DO MANDATO

A responsabilidade civil permite verificar as obrigações faltosas cometidas por uma pessoa causadora de um dano.

O advogado pode ser responsável por danos decorrentes de sua má atuação como profissional, podendo responder perante seu cliente pelo descumprimento do mandato.

O dano ocasionado pelo desleixo do advogado deve se corrigir mediante indenização ao lesado, nos casos em que o erro for injustificável. Quando o erro for justificável não haverá responsabilidade, pois assim, o profissional não teve como evitar o prejuízo.

Quanto a distinção entre o erro e a imperícia profissional, o erro profissional é escusável, por outro lado, a imperícia profissional é inescusável.

Neste prisma, observa-se que nem todo erro conduz à reparação, recai a responsabilidade, somente aos erros que geram prejuízo e que poderiam ser evitados.

A atuação precária do advogado implica em danos primeiramente ao seu cliente, que é o principal interessado na causa, em um segundo momento, à outro envolvido no processo, *ad exemplum*, tem-se as infrações relacionadas no artigo 34 do Estatuto da OAB, ou seja, infrações quem acarretam sanção disciplinar. Entre estas destacam-se, a desobediência às ordens do mandante, a responsabilidade pela perda de uma chance, pelo extravio de autos, pela quebra do sigilo profissional, pela obrigação em recorrer de uma decisão judicial, pelo dever de cumprir prazos, pelo ajuizamento de lide temerária; entre outras não contidas no Estatuto.

Ainda que a abordagem seja genérica dos casos de responsabilidade do advogado, o foco do estudo corresponde às hipóteses de danos decorrentes do abuso de direito.

A desídia do advogado em agir por sua própria conta, abrange no todo, as atividades errôneas do profissional. Este, atua com independência técnica, buscando solucionar os interesses de seu cliente. Tal independência, já colocada no primeiro capítulo como uma das suas características, não pode afrontar ou extrapolar os poderes que lhe foram conferidos e, muito menos, pode ser utilizada para prejudicá-lo.

O advogado que ultrapassa os limites de sua independência profissional, comete abuso de direito. O abuso de direito é revestido de um ato ilícito, ou seja, antijurídico.

O conjunto de normas repousa na esteira legislativa do Estado que necessita atender satisfatoriamente os conflitos de interesse. Por conseguinte, há uma preponderância maior da normatividade direcionada à atender o ilícito do que o lícito, como enfatiza Kenneth J. Vandavelde: “o direito dos atos ilícitos constitui um corpo de leis intrinsecamente majoritaristas porque as obrigações se baseiam não na vontade das partes envolvidas na situação, mas na vontade do Estado” (VANDEVELDE, 2000, p. 259).

Por isso, é importante determinar quando um comportamento é lícito ou ilícito. No que compete ao

direito dos atos ilícitos é, teoricamente, um corpo de normas baseadas na vontade do Estado; todavia, seu princípio organizador é a natureza do ato de vontade pelo qual o ofensor provocou o dano. Embora o conceito de responsabilidade por ilícito seja majoritarista, as normas mais específicas que impõem responsabilidade refletem, pelo menos, uma certa deferência ao individualismo no sentido de que condicionam a responsabilidade a alguns atos de vontade do ofensor. (VANDEVELDE, 2000, p. 260, 261).

O lícito é a harmonia do comportamento do agente com as normas pré-estabelecidas, e o ilícito é “todo aquele que se mostra ofensivo à alguma regra jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 17), logo, “se o agente dos negócios e atos jurídico, por ação ou omissão, pratica ato contra o Direito, com ou sem intenção manifesta de prejudicar, mas ocasiona prejuízo, dano a outrem, estamos no campo dos atos ilícitos” (VENOSA, 2004, p. 607).

O abuso de direito é totalmente dependente do ato ilícito, assim, “o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. Neste momento torna-se antijurídico. Com essa qualificação converte-se em ato ilícito” (STOCO, 2002, p. 74).

Resulta que, quando praticado determinado ato ilícito por um advogado, este por si só não caracteriza abuso, no entanto, quando se ultrapassa as barreiras da finalidade a qual a atividade foi definida, então se ingressa na seara da teoria do abuso de direito.

3.1 ABUSO DE DIREITO

No propósito de apresentar o tema, Caio Mário da Silva Pereira reforça que “o problema ligado ao limite do exercício do direito além do qual poderá ser abusivo constitui,

portanto, a essência da *teoria do abuso de direito*” (PEREIRA, 1996, p. 253). Na verdade, “o problema existe quando se procura estabelecer o limite da regularidade, ou a linha demarcatória entre o *uso do direito* e o *abuso do direito*” (PEREIRA, 1996, p. 255).

A teoria do abuso de direito, tem ganhado espaço em nosso ordenamento não ficando restrito somente a responsabilidade civil. Ademais, justifica o direito comparado que sua esfera de atuação ultrapasse os limites da ciência jurídica, como se observa na expressão: “o direito cessa onde começa o abuso”, protagonizada pelo Direito Francês.

O abuso de direito, ou do direito (retificado pela doutrina), “poder-se-ia dizer que também encontra supedâneo na extensão do seu exercício, ou seja, aquele que exercita o direito de forma anormal ou irregular e, assim, excede o limite do exercício regular desse seu direito” (STOCO, 2002, p. 58).

Ocorre o abuso, na maior das vezes, quando uma pessoa quer prejudicar outra e excede o direito que lhe é permitido, de modo que,

levada pela paixão, transpõe os limites que a lei e a jurisprudência puseram à sua atividade. Não há mais necessidade de procurar a intenção, visto que a ação pelos seus próprios caracteres é geradora da responsabilidade. A irregularidade do ato torna inútil a apreciação dos motivos (RIPERT, 2002, p. 177).

A presença do requisito intenção, para caracterização do abuso de direito, prevalece na doutrina majoritária, subentendendo-se que a falta de intenção jamais poderá caracterizar um abuso, no máximo um ato ilícito. De fato,

o que ainda predomina, na atualidade de seus elementos etiológicos, é o caráter subjetivo de sua apuração. O que, na maioria dos autores e dos arestos, sobreleva, é a determinação do *animus* do titular, ou seja, o exercício do direito com o propósito de causar dano a outrem. Com o tempo, entretanto, e num segundo estágio, bastará verificar se o agente procedeu com a consciência do mal causado (PEREIRA, 1996, p. 258).

No artigo 50 do CC, vê-se que a base de fundamentação do abuso esta intimamente ligada à idéia de fraude, de fraudar terceiro, credores, interessados, enfim, pessoas físicas ou jurídicas: “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Assim, o abuso de direito é um meio de fraude com intuito de desviar a finalidade para a qual foi anteriormente designada.

O artigo 187 do CC regulamenta a aplicabilidade do abuso de direito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Determina o doutrinador civil com excelência, os ditames expostos na tipificação legal para configuração do abuso de direito:

avulta de importância o critério do julgador no caso concreto pois, ao concluir pelo abuso de direito, verificará ele se, além de transgredir a boa-fé objetiva aceitável na hipótese, a conduta excedeu os limites estabelecidos para o fim econômico ou moral do direito que se discute, além dos bons costumes, também citados no texto legal (VENOSA, 2004, p. 627).

Não é tarefa fácil estabelecer quando e porque ocorre o abuso de um direito. Neste sentido, interpreta Humberto Theodoro Júnior, que “o *abuso do direito* não se dá porque o titular não respeitou os limites internos de seu direito, porque aí, sim, estaria praticando ilegalidade simples, mas, sim, porque *abusou do exercício* de uma faculdade que realmente lhe cabia” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 112).

Enfim, conclui-se que “para o indivíduo exercer o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo” (STOCO, 2002, p. 59).

Os requisitos para configuração do abuso de direito são determinados intrinsecamente pelo artigo 187 do CC. A doutrina aponta claramente tais segmentos:

- a) conduta humana;
- b) existência de um direito subjetivo;
- c) exercício desse direito de forma emulativa (ou, pelo menos, culposa);
- d) dano para outrem;
- e) ofensa aos bons costumes e à boa-fé; ou
- f) prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 120, 121).

Estes requisitos admitem que o abuso de direito seja caso de responsabilidade subjetiva. No entanto, cabe analisar na prática, quando inoperante o dolo, se a conduta foi reprovável suficientemente para sua caracterização, apoiando-se, nas variações de culpa, sendo ela, grave, leve e levíssima. *Data vênia*, na maioria dos casos o abuso esta vinculado à intenção dolosa.

Importa dizer, que

o domínio próprio da teoria do abuso dos direitos, é, como se vê, singularmente limitado. Algumas vezes, com efeito, o ato voluntariamente nocivo constitui um delito penal; pelo menos, é uma falta civil; em ambos os casos aquele que o pratica ultrapassa o seu direito (RIPERT, 2002, p. 186).

A responsabilidade do advogado por abuso de direito, esta doutrinariamente consignada na idéia de que a ação do profissional aconteça mediante dolo ou culpa manifesta, consequência da violação do mandato.

O mandato e a função social são fontes que sustentam a relação (contratual) profissional-cliente, para que se possa determinar a responsabilidade do advogado.

Veja-se então, as peculiaridades concernentes ao mandato advocatício.

3.2 O MANDATO

O mandato é o instrumento formal que concede poderes ao mandatário, para que este pratique atos em seu nome. Estes atos estão limitados ao interesse da parte e não da direitos ao procurador atuar de forma não condizente à outorga recebida. O mandato é uma espécie de contrato estabelecido genericamente no artigo 653 do CC.

Explica Maria Helena Diniz sucintamente, que o “mandato é o contrato pelo qual alguém (mandatário ou procurador) recebe de outrem (mandante) poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (CC, art. 653)” (DINIZ, 2004, vol. 3, p. 351).

Paulo Luiz Netto Lobo conceitua: “o mandato é o contrato mediante o qual se outorga a representação voluntária do cliente ao advogado, para que este possa atuar em nome daquele, em juízo ou fora dele” (LÔBO, 2002, p. 38).

Para que exista o mandato, exige-se basicamente três caracteres: contratualidade, representatividade e revogabilidade.

Consiste a contratualidade em pactuar a convenção entre duas partes, logo, “requer a manifestação de duas vontades” (DINIZ, 2004, vol. 3, p. 351). Desta forma, “ter-se-á aceitação tácita, por atos inequívocos, se o mandatário, a partir da recepção da procuração, praticar atos compatíveis com uma conduta de quem tomou a si a sua execução” (DINIZ, 2004, vol. 3, p. 351 e 352).

Genericamente, o contrato de mandato rege-se pela bilateralidade, gratuidade ou onerosidade, podendo ser *intuitu personae*, preparatório e consensual.

O segundo caractere porta-se em ser ele representativo, sendo

imprescindível a idéia de representação, que estabelece um liame obrigacional entre representado e terceira pessoa, por meio do representante. O mandatário é representante por vontade do representado. Daí ser o mandato uma representação convencional, em que o representante recebe poderes para agir em nome do representado (DINIZ, 2004, vol. 3, p. 353).

Na revogabilidade ocorre:

uma vez que qualquer dos contratantes poderá *ad nutum* pôr fim ao contrato, sem anuência do outro, sem qualquer justificativa, mediante simples manifestação

volitiva unilateral: revogação por parte do mandante e renúncia por parte do mandatário. Isto é assim porque o mandato é *intuitu personae*, baseado na mútua confiança; logo, só durará enquanto esta persistir (DINIZ, 2004, vol. 3, p. 354).

Tais regras são válidas aos contratos de mandato em geral. A procuração de advogado difere-se dos demais contratos, pois exige-se a cláusula *ad judicia*, com poderes especiais e específicos para praticar atos em juízo.

Os atos do advogado são limitados à causa ou aos interesses pelo qual postula, devendo responder pelos erros de fato e de direito. O erro na execução das atividades desenvolvidas pela confiança dispensada através do mandato, conduz à responsabilidade do profissional quando o seu exercício estiver envolto de gravidade, e por consequência, estendendo à sociedade de advogados a qual pertence, se estiver integrado a ela, como ressalta Sérgio Novais Dias:

o normal é que o cliente compareça a um escritório de advocacia à procura de um certo advogado e o contrate, firmando, porém, a procuração (no geral, previamente impressa), não só para esse profissional, mas para alguns ou para todos os advogados integrantes daquela sociedade como sócios, bem assim para os advogados empregados da sociedade (NOVAIS DIAS, 2001, p. 312).

Enfim, o mandato possibilita “que pessoa interessada na realização de certo ato negocial, que não possua ou não saiba praticá-lo, o efetue por meio de outra pessoa” (DINIZ, 2004, vol. 3, p. 351).

3.3 A BOA-FÉ

A boa-fé é inerente ao ser humano, nasce com ele e se mantém por sua própria vontade e qualquer atitude não condizente com a boa-fé caracteriza o seu efeito inverso, ou seja, a má-fé. Portanto, “a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio da personalidade” (STOCO, 2002, p. 37).

Entende-se que a boa-fé é uma categoria de valor ético determinante nas relações sociais de qualquer natureza. Não obstante a má-fé, que diferencia-se pelo conhecimento da atitude maléfica, de modo que,

se pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, ou seja, estava ciente do engano ou da fraude, contido no ato e, ainda assim, praticou o ato ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo (STOCO, 2002, p. 45).

A boa-fé é requisito de validade dos atos jurídicos e deve-se analisar o caso concreto para a sua aplicação. Esta idéia advém do direito moderno que trouxe a boa-fé como princípio.

O princípio da boa-fé fundamenta-se no agir do sujeito como pessoa de bem, de forma honesta e leal. O que acrescenta na categoria de princípio é a sua extensão, no que concerne a orientar o comportamento das pessoas e à integralização do exercício dos direitos subjetivos.

Explica Georges Ripert que “aquele que não reclama os efeitos jurídicos ligados pela lei à boa-fé não tem nenhuma prova a fazer quanto ao caráter da sua vontade e ao valor dos seus sentimentos. É contra ele que é preciso estabelecer a má-fé” (RIPERT, 2002, p. 284). Neste sentido, presume-se a boa-fé em todos os atos jurídicos, do contrário é necessário provar que houve má-fé.

Basicamente a boa-fé subdivide-se em objetiva e subjetiva,

o Código Civil de 1916 reconhece apenas a boa-fé **subjetiva**, ou seja, a crença ou a ignorância de uma pessoa acerca de determinado fato, encontrando aplicação no estudo dos direitos reais e da posse. Na forma **objetiva** se averigua a conduta do sujeito, sendo irrelevante a sua opinião ou qualquer aspecto psicológico. É aferida dos aspectos externos da atuação da pessoa (STOCO, 2002, p. 38, 39).

A boa-fé subjetiva entende-se pelo grau de conhecimento de uma pessoa que age de boa-fé. Na boa-fé objetiva se observa simplesmente a sua atuação, independente de qualquer anseio de consciência.

Observa-se que a boa-fé exige um dever de lealdade e probidade no que quer que seja, para o advogado não é diferente, este dever acontece ainda mais forte pela relação jurídica e profissional que cerca o seu ofício.

A respeito, Paulo Luiz Netto Lobo relata que

a honestidade é o valor magno da ética da advocacia; sem ela, a conduta profissional resta profundamente comprometida. O advogado lida frequentemente, em razão de seu ofício, com interesses econômicos de seus clientes, que nele depositam sua confiança, e, por seus conhecimentos técnicos, acha-se em condição de superioridade em relação à pessoa que solicita seus serviços (LÔBO, 2002, p. 166).

A boa-fé faz parte do estudo da responsabilidade civil do advogado quando pratica abuso de direito, juntamente com outros parâmetros já lecionados como o mandato, os fundamentos da responsabilidade civil e da atividade advocatícia.

Notadamente, após um estudo singelo destes institutos, parte-se para o processo de avaliação do dano decorrente do abuso de direito do advogado e os fundamentos reparatórios.

IV. O PROCESSO DE AVALIAÇÃO DO DANO E SUA REPARAÇÃO

Em qualquer ofício, espera-se que os profissionais no exercício da profissão saibam desenvolver o que aprenderam de teoria nos bancos escolares com a prática adquirida na atividade.

O profissional do direito deve estar sempre alinhado à teoria e a prática, e é quem detém o conhecimento jurídico para atuar na área que escolheu para si. Assim, “a ordem jurídica é manipulável através do método cognitivo. O melhor uso das leis se faz pelo conhecimento articulado. O advogado é habilitado a atuar em defesa de direitos porque obtém apuro técnico (bacharelato) para esse mister” (ZULIANI, 2003, p. 130).

Na advocacia não podia ser diferente. A regra é ter advogados preocupados e comprometidos com a função, porém, é da natureza humana e de qualquer profissão ter pessoas mal intencionadas, levianas e displicentes.

No direito civil a forma de sanção a estes membros que atuam imprudentemente é de forma indenizatória. A indenização é a forma de reparação de um dano comprovadamente obtido por uma pessoa.

A ocorrência de um dano pressupõe a sua reparação, centrando-se na idéia de voltar ao *status quo ante* e para tanto, é necessário constituir meios precisos de avaliação e verificação do prejuízo, esclarece Héctor Pedro Iribarne que

la situación preexistente al siniestro sólo puede brindar una serie de directivas, que deben comprenderse dinámicamente hacia sus proyecciones razonables, ya que sólo así será factible reparar de algún modo los perjuicios reclamados. El momento anterior al hecho no es una fotografía a la que hay que reconstruir. Más bien vale pensar que es necesario suministrar modificaciones de su argumento. Conviene atender entonces a la situación nueva generada por el hecho dañoso y a proporcionar los medios para restablecer las aptitudes o funciones menoscabadas o aniquiladas por el infortunio (IRIBARNE, 1995, p. 80).¹

Como visto, não é de fácil solução chegar a um resultado incontroverso. Devendo buscar ao máximo reconstituir o que aconteceu de fato para se chegar uma pretensão jurídica confiável.

¹ “a situação preexistente ao dano somente pode oferecer uma série de diretivas, que devem ser compreendidas dinamicamente para suas projeções razoáveis, desde que somente assim será praticável o reparo de alguma maneira aos prejuízos exigíveis. O momento precedente ao fato não é uma fotografia que se pode reconstruir. Mas vale pensar que é necessário ministrar modificações para este argumento. Convém advertir então a nova situação gerada pelo fato danoso e fornecer meios para restaurar as aptidões ou funcionamentos reduzidos ou acabados pelo infortúnio”.

O dano deve ser comprovado de forma indubitosa, a contrário senso, não há o que reaver de prejuízo, quando se verifica que há controvérsias quanto a efetividade do dano e, portanto, não se sabe com precisão se houve depreciação do patrimônio da pessoa. De fato,

não há falar em presunção de culpa do advogado nem, portanto, em inversão do ônus da prova, de modo que este somente poderá ser responsabilizado se comprovado que atuou, na defesa da causa para a qual foi contratado, com dolo ou culpa e que de sua ação ou omissão decorreu efetivo dano para o seu cliente (STOCO, 2006, p. 521).

O ordenamento jurídico busca avaliar com bom senso o que é tolerável e o que não é tolerável à convivência social. Pode-se dizer que o tolerável esta no respeitar o direito particular, e o intolerável, quando este direito é diminuído pela ação de outro, ou seja, o direito de uma pessoa termina aonde começa o da outra.

Quando uma pessoa tem uma conduta intolerável e causa prejuízo a outra, tal prejuízo deve ser reparado na proporção do dano que causou. Já menciona o parágrafo único do artigo 944: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

A conduta negativa que resultou em dano, será sustentada pela responsabilidade do agente que agiu indevidamente e concorreu para as conseqüências do ato, de maneira que, “a alusão à responsabilidade civil remete à violação de um dever jurídico preexistente de parte de que, *ipso facto*, se tornou responsável pelos efeitos dessa infringência” (ALVES, 2002, p. 33).

O dano é o resultado de uma conduta intolerável que proporciona a redução de um direito alheio, “alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção” (GONÇALVES, 2003, p. 529).

É “elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito como de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana” (STOCO, 2006, p. 539).

O dano pode ser material e imaterial. Material de ordem patrimonial e imaterial de ordem moral ou psicológica.

A possibilidade de se reparar um dano civil está exposto no artigo 186 do CC: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ressalta Ênio Santarelli Zuliani a importância de um resultado danoso para a configuração de responsabilidade profissional: “em se confirmando que a ação não examinada (por erro do advogado) era fadada ao insucesso, se fosse conhecida e julgada, o advogado, mesmo errando no antecedente, não responde pela conseqüência” (ZULIANI, 2003, p. 136).

Para configuração de responsabilidade é necessário que o dano importe na violação de uma norma jurídica, qual seja, um ato ilícito.

Verifica-se que a atuação do advogado que resulta em ato ilícito configura a responsabilidade do profissional que pode incorrer em abuso de direito. Conseqüentemente, “como o abuso de direito é uma modalidade de ato ilícito, é indispensável, para sua configuração, a ocorrência de um *dano* para o terceiro prejudicado” (THODORO JÚNIOR, 2003, p. 122).

Reforça a teoria, Caio Mário da Silva Pereira dizendo que “em sua maioria, os autores situam a teoria do abuso de direito no campo da responsabilidade civil por ato ilícito, atentando em que na noção fundamental deste reside o procedimento contrário ao direito” (PEREIRA, 1996, p. 256).

De tal forma, que o abuso de direito esta consagrado no Código Civil de 2002 no artigo 187. Explica o dispositivo que havendo excesso dos limites permitidos pela lei e não ultrapassando o que é tolerável pelo que impõe o mandato, importa em abuso de direito e conseqüentemente a obrigação de reparar: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (grifa-se)

Neste sentido, “o titular de um direito subjetivo deve conduzir-se no seu exercício até o ponto em que não o transforme em causa de prejuízo a outrem, desnecessário à sua utilização, ou ultrapassando os seus limites regulares” (PEREIRA, 1996, p. 256).

Há duas situações que devem ser analisadas quando o advogado comete ato ilícito. Primeiramente é quando há responsabilidade profissional em relação a seu cliente, e em segundo lugar, quando a responsabilidade atinge terceiros.

A primeira hipótese destaca a responsabilidade do advogado por ato ilícito no exercício profissional que acarreta prejuízo ao cliente. Nestas circunstâncias, não foge da regra processual em que incumbe a quem alega fazer provar o fato constitutivo de seu direito. Deste modo, “cabe ao cliente provar a existência do serviço, ou seja, a relação negocial entre ambos, e a existência do defeito de execução dos serviços de advocacia que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade” (LÔBO, 2002, p. 173).

Por outro lado,

cabe ao advogado provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade, que não agiu com culpa (em sentido amplo, inclui o dolo). Se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada (LÔBO, 2002, p. 173).

Visualiza-se a possibilidade de uma demanda indenizatória da parte perante o seu próprio constituinte, pela ocorrência, por exemplo, da violação de sigilo profissional; extravio ou retenção de autos; recusa não justificada de prestação de contas de valores recebidos na causa, entre outras hipóteses elencadas no artigo 34 do EOAB, qual seja um rol não taxativo.

A segunda hipótese refere-se ao dano praticado à terceiro, geralmente configurado pela parte contrária da demanda. Ocasão em que, o advogado excede os limites permitidos pela outorga de mandato recebida pelo cliente e faz uso indevido desta atribuição que lhe foi determinada e confiada.

Assim, configura abuso de direito, pois não é a defesa de um direito seu (mandatário), mas de seu cliente (mandante), que lhe confiou poderes para tanto.

Destarte, a responsabilidade do advogado pode alcançar caminhos mais maléficos, como a ofensa irrogada em juízo, que constitui crime contra a honra, podendo responder na esfera penal por difamação ou injúria, quando não protegido pela imunidade judiciária.

O artigo 133 da Constituição Federal explica que a responsabilidade do advogado é composta de uma inviolabilidade relativa, pois impõe limites ao seu exercício: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

De tal sorte, que pode ocorrer “de o advogado, no exercício do seu *munus* e em nome do seu representado, redigir petições com excesso de linguagem, ofensivas à honra do juiz, do advogado *ex adverso* ou da outra parte” (STOCO, 2006, p. 542).

A inviolabilidade do direito de defesa é pertinente, quando diz respeito ao pleito da causa, como salienta Alexandre de Moraes:

Não se comunicam as esferas de responsabilidade, de modo que, havendo responsabilidade criminal, também pode haver sanção civil indenizatória e administrativa no que tange às particularidades funcionais.

Menciona o artigo 935 do CC que questões decididas na esfera criminal não são extensivas à esfera cível, somente às matérias não analisadas por aquele juízo, prevalecendo a independência: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Isto porque,

parece não haver dúvida de que a conduta excessiva através de palavras, gestos ou escritos poderá não caracterizar os crimes de difamação e injúria, mas nenhuma influência repercutirá no âmbito civil, de sorte que poderá ensejar a responsabilização por danos materiais e morais (STOCO, 2006, p. 546).

Portanto, entende-se que a ofensa irrogada em juízo pelo procurador caracteriza abuso de um direito que foi outorgado pelo seu cliente por instrumento de mandato.

Esclarece Álvaro Villaça Azevedo que “o abuso de direito representa o uso excessivo no exercício do direito” (AZEVEDO, 2003, p. 365).

O abuso pode ser também processual caracterizado pela litigância de má-fé. O artigo 17 do CPC enumera algumas formas de abuso processual. A título de exemplo, diz o inciso V deste artigo: “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”. Neste caso “está-se diante, pois, do abuso do direito processual, que se transmuda em má-fé, e, para o advogado, impõe o dever de reparar em ação própria, isolada ou solidariamente com a parte, se esta também estiver em conluio com o seu representante em juízo” (STOCO, 2006, p. 533).

Conclui-se que a atuação temerária ou de má-fé do advogado também enseja responsabilidade, porquanto, deverá ser apurada em ação própria.

A legislação tutela a obrigação de reparação civil quando menciona no artigo 927 que: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Subentende-se que se compromete a reparar o prejuízo aquele que violar uma norma e causar um dano.

A reparação de um dano no ordenamento civil se dá por indenização paga à vítima ou quem adquiriu a titularidade para recebê-la. Carlos Roberto Gonçalves complementa dizendo que

De fato, o fundamento da ação de indenização por danos é sempre procurar chegar ao estado anterior em que se encontrava o bem tutelado, de maneira que, a indenização deve aproximar-se ao máximo do *status quo ante* ou reconstituído no seu todo, diga-se de passagem, quando o bem tutelado permite tal regeneração.

Este fundamento encontra guarida no princípio da *restitutio in integrum* ou teoria da integralidade.

Obviamente que o dano indenizável, estudo da responsabilidade civil, é aquele o qual constitui requisito da obrigação de indenizar, tendo como pressupostos genéricos: a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano.

Para que haja indenização, a existência dos pressupostos da responsabilidade civil são imprescindíveis, todavia, o dano é o mais importante nesta etapa pois sem prejuízo não há que se falar em indenização.

Vale mencionar novamente, a expressão consagrada pelo artigo 944 do CC: “a indenização mede-se pela extensão do dano”, a vista disto, o quanto de verba indenizatória deve ser proporcional ao dano causado, ressalvados os casos em que a vítima concorre para o evento, abrindo o precedente da culpabilidade que influi na liquidação do dano.

Para tanto, o artigo 945 abre a possibilidade que apurar a culpa concorrente da vítima: “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”.

etapas, primeiramente de avaliação e posteriormente de liquidação do dano. Na liquidação, fixa-se as quantias apuradas na avaliação, já fazendo parte da execução da sentença, por outro lado, a avaliação insere-se na ação propriamente dita.

A reparação se dá mediante um processo de avaliação do dano, para então, se ter a possibilidade de aplicar uma indenização coerente com o prejuízo causado à vítima. Visto isso, “avalia-se o dano tendo em vista a diminuição ocorrida no patrimônio, de modo que a questão relativa ao dano prende-se à da indenização, dando-se relevo, pois, ao dano indenizável” (STOCO, 2001, p. 934).

Não se deve confundir a certeza de um dano e a sua medida. Havendo a certeza da ocorrência do dano, a medida do prejuízo sofrido pela vítima pode ser incerto, como se observa nos casos de danos materiais onde se apura lucro cessante, neste caso nem sempre se pode provar quanto se deixou de ganhar. Também, pode se ver nos casos de danos morais, onde a medida do prejuízo é de difícil análise, sendo levantada pelas circunstâncias que cercam o fato. Tais hipóteses, enfim, são pautadas pelo que normalmente é fixado pelos Tribunais.

Não obstante a fixação da indenização ser baseado nos fatos incontrovertidos provados no processo e não pelo razoável, a forma de apuração do *quantum* indenizatório ocorre pelas perdas e danos, disposta no artigo 402 do CC, que nem sempre se pode obter uma medida exata do prejuízo a ser reparado.

Este dispositivo destaca o dano emergente e o lucro cessante como critério para verificação do dano: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Exemplo de fácil visualização é o do táxi. Colidir com um táxi causando danos materiais, há obrigação por dano emergente causado pelo abaloamento, e, lucros cessantes pelo que se deixou de lucrar, tendo em vista o objeto danificado que não pôde ser usado para o trabalho do taxista.

Em boa parte dos casos não se pode precisar a medida do prejuízo para fixar perdas e danos, haja vista que não se poderá saber o resultado da demanda, também caracterizada pela “perda de uma chance”. Se não bastasse, além de ter que provar a culpa do profissional, deverá identificar a relação do ato com o dano, e o resultado falho.

No que tange aos processos indenizatórios de abuso de direito, apesar de difícil compreensão, a identificação do dano não é tão complicado quanto parece, pois trata-se da violação de um direito outorgado pela parte, desviando-se do fim colimado, isso, mesmo que dentro dos limites objetivos da lei.

A tendência doutrinária é verificar o abuso de direito como instituto autônomo, tendo por base critérios subjetivos, superando-se os requisitos consciência e vontade, para a prática do ato abusivo. Em um momento final, adota-se o critério de apuração objetiva, pelo qual,

responderá por perdas e danos o titular do direito que o exercer além dos limites da normalidade ou regularidade, causando dano a outrem, independentemente de penetrar no psiquismo do sujeito, e indagar de seu propósito ou de sua consciência do dano causado. Bastaria, então, verificar se o titular do direito o exerceu excedendo os limites impostos pela destinação econômica ou social dele (PEREIRA, 1996, p. 258).

Todavia, “para encontrar hipóteses reais de abuso de direito, é preciso que o ato praticado seja em si irrepreensível. Reentrando no exercício normal e habitual do direito ele seria suportado sem recurso, se não fosse viciado pelo espírito que o inspira” (RIPERT, 2002, p. 180).

A responsabilidade do advogado ocorre inequivocamente quando o prejudicado direto é o seu cliente. Desta forma, a ação de indenização tem sujeitos definidos no processo. O que não acontece quando o sujeito prejudicado é pessoa diversa destes sujeitos, como, a parte oposta da demanda. Dificulta então, se saber quem constituirá o pólo passivo da demanda judicial.

O ordenamento jurídico pátrio adota atualmente o seguinte entendimento: o cliente por ser parte direta e figurar com titular da demanda originária, será o destinatário da demanda reparatoria.

Ocorre, como já discorrido anteriormente, casos de ofensas irrogadas em juízo pelos procuradores das partes, ofendendo intimamente a parte contrária e dando causa à uma demanda reparatoria de danos morais.

O artigo 133 da Constituição Federal, apesar de impor limites, possibilita ao profissional ter uma garantia no exercício das funções advocatícias. A proteção ao advogado por palavras ditas na discussão da causa, tem sustentabilidade constitucional, pelo princípio da imunidade judiciária.

Estes profissionais acabam se excedendo na linguagem e terminam por responder juridicamente por seus atos, caracterizando dano à honra. As conseqüências jurídicas destes atos não serão imunes, pois a ofensa é pessoal e não corresponde a defesa da causa.

Expõe claramente Paulo Lúcio Nogueira o objetivo da imunidade judiciária:

cumpre frisar que toda a ofensa que se faz a alguém, seja quem for, com a evidente intenção de ofender, não pode de forma alguma encontrar guarida na imunidade judiciária, que só deve ser admitida quando ausente o ânimo claro de ofender a honra alheia (NOGUEIRA, 1995, p. 77).

Caso este, de abuso de um direito que a parte conferiu a seu procurador a prerrogativa de tratar de assuntos de seu interesse e não atacar ofensivamente a parte oposta da demanda.

A ofensa a honra resulta em danos morais à ser reparado judicialmente, sendo que

o apaziguamento do espírito do lesionado é o resultado da satisfação havida no processo indenizatório, por decorrência do *quantum* indenizatório recebido, quando foram observados parâmetros de equivalência. Para esse desiderato, é fundamental a existência de critérios de razoabilidade e proporcionalidade entre a lesão e a reparação (REIS, 2002, p. 126).

Desta forma, pode se ter um processo por danos morais, responsabilizando a parte pelas ofensas irrogadas em juízo por seu procurador.

O entendimento doutrinário fica dividido quanto à quem se deve responsabilizar em casos de atos do mandatário em face da parte litigante, todavia, há uma tendência à evoluir para a responsabilidade do procurador, em que pese, não ser o segmento adotado na prática atualmente:

resta claro e pode-se afirmar que, embora o advogado esteja representando quem o contratou e constituiu e fale em Juízo em nome da parte, a responsabilidade por eventual abuso ou excesso de linguagem é sua e não do cliente, salvo se também este subscrever a peça onde se contém o destempero e a invectiva (STOCO, 2006, p. 547).

Indubitavelmente, a questão assenta-se na subjetividade. Entende José de Aguiar Dias que a haverá responsabilidade do advogado somente em casos específicos:

a responsabilidade do advogado perante terceiros é de tipo excepcional, uma vez que os seus atos se reputam atos de mandante, salvo desvio, excesso ou abuso de poderes. A esse título podem ser considerados todos os atos que, não importando defesa do direito do constituinte, acarretem prejuízo a terceiros, o que pode ocorrer mesmo dentro da órbita do mandato, se o advogado não prova que o ato abusivo se deve a instruções do cliente (DIAS, 1995, p. 298).

Como já dito, hodiernamente se adota a parte como primeira responsável, cabendo à esta, o direito de regresso contra seu procurador.

A ação regressiva permite que o cliente, que arcou com as conseqüências do seu procurador, possa reaver juridicamente o que perdeu, ingressando em juízo perante seu advogado.

De tudo, percebe-se que a ciência jurídica depende de entendimentos das Cortes, as quais exercem práticas reiteradas de julgamento e fazendo surgir os usos e costumes que disciplinam determinadas matérias.

É neste prisma que se pretende definir o procedimento da reparação adotado pelos Tribunais.

V. O PROCEDIMENTO DA REPARAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS

Em instância de primeiro grau, o juiz profere decisão monocrática elaborando uma sentença. Esta decisão, só poderá ser reformada em grau de recurso.

O procedimento reparatório dos Tribunais ocorre mediante acórdãos, sendo estes, decisões proclamadas por desembargadores que compõem câmaras de julgamento.

Não raro se confundir acórdão com jurisprudência. O acórdão é a decisão colegiada que decide em instância superior um processo. A jurisprudência, por sua vez, paira na idéia abstrata de decisão, assim, a jurisprudência não representa somente uma decisão, mas um entendimento acerca de determinada matéria. Na jurisprudência há um conjunto de decisões parecidas que formam uma opinião, cujo conteúdo foi cimentado por práticas repetidas nos acórdãos.

Obviamente que o tema abordado já gerou diversos acórdãos. A responsabilidade do advogado é ainda assunto em construção nas Cortes brasileiras, que deixam entendimentos dúbios e obscuros. Portanto, procurar-se-á expor algumas decisões da maneira mais límpida possível.

São vários os exemplos de danos causados por advogado que podem caracterizar responsabilidade, veja-se alguns casos.

Anota Ênio Santarelli Zuliani que: “o erro que não se perdoa do advogado é aquele decorrente da inobservância de prazos processuais e materiais, porque a omissão representa preclusão e prescrição (prejuízo certo para a causa e, conseqüentemente, para o cliente)” (ZULIANI, 2003, p. 138, 139).

A perda de prazo processual pelo advogado pode ser motivo de danos materiais, por ter perdido o direito material argüido, e também morais, por ter mitigado o direito da parte de ver sua pretensão satisfeita. É o que se vislumbra na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Mandato – Responsabilidade civil do advogado – Indenização por danos causados em virtude de perda de prazo – Danos morais julgados procedentes. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em conseqüência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexos de causalidade entre a conduta do apelante e o resultado prejudicial à apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista pelo ato do seu mandatário, o que se

comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante (TJRJ, Ap. cível 19.138/2003 – 14ª C., Des. Ferdinando do Nascimento) (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 415, 416).

Observa-se que o fato de amenizar o erro não o exclui totalmente de responsabilidade, pois haverá de responder administrativamente. Assim, considera como responsável o advogado desidioso na causa, que não defendeu integralmente o cliente e devolvendo os honorários, respondeu apenas na esfera administrativa:

Indenização – Responsabilidade civil – Propositura contra advogado, que mal defendera os interesses dos autores em Juízo – Improcedência – Hipótese em que o mesmo se sujeita, eventualmente, à sanção disciplinar mas não civil, mormente quando devolveu o que recebera a título de honorários – Pedido improcedente (TJSP – 1.ª C. – Ap. 113.443-1 – Rel. Luiz de Azevedo – j. 15.2.90) (STOCO, 2001, p. 361).

A mesma Corte decide que, ante a falta de comprovação da inépcia profissional, o advogado não poderá ser responsabilizado:

Indenização – Responsabilidade civil – Advogado – Propositura de ação inadequada – Circunstância que não proporciona, automaticamente, o direito a eventual ressarcimento pelos danos sofridos – Necessidade de comprovação da total inépcia do profissional e de sua autoria como causador direto do dano – Inocorrência na espécie – Ação improcedente – Sentença confirmada (TJSP – 1.ª C. – Ap. – Rel. Luiz de Azevedo – j. 15.2.90 – RJTJSP 125/176) (STOCO, 2001, p. 362).

Evidente é a dificuldade de apurar ao caso concreto, a ocorrência de abuso de direito. Porquanto, os requisitos observados nem sempre chegam a um abuso, geralmente a responsabilidade acarreta somente ato ilícito.

O abuso de direito não ocorre simplesmente por engano do advogado ou erro pelo qual poderia evitar, para sua caracterização é necessário que o seu propósito deve ser revestido de uma intenção concreta de obter vantagem ilícita, ou, quando destinada à parte contrária, de lesa-lá. Veja-se:

Para a caracterização do abuso do direito de demandar ou da litigância de má-fé exige-se a comprovação de culpa *lato sensu* da parte, ou seja, a demonstração do elemento intencional ou culposo voltado ao propósito de obter vantagem processual indevida ou de prejudicar e causar gravame à outra parte. O mero equívoco ou simples erro escusável não empenha a imposição de sanção (TJSP – 3.ª C. Dir. Público – Ap. 111.876-5/0 – Rel. Rui Stoco – j. 31.07.2001 – Voto: 2.786/01) (STOCO, 2002, p. 164).

O foco do estudo, apesar de explorar a responsabilidade funcional do advogado de modo geral, centraliza-se no abuso de direito por este cometido. Indubitavelmente, se verifica que dentre os casos exíguos de abuso de direito, o de maior relevância e que gera divergência na ordem doutrinária é quanto as ofensas irrogadas em juízo na defesa da causa.

Tais ofensas compreendem crime contra a honra quando extrapolados dos limites impostos pela própria lei, porém, os advogados são amparados pela imunidade judiciária proposta na CF, artigo 133, que exclui os crimes de difamação e injúria (artigo 142, I do CP).

A imunidade não impede a ocorrência destes crimes, pois o dispositivo constitucional já impõe limites no dever profissional do advogado.

Decide o Tribunal de Justiça de São Paulo, que nas ofensas irrogadas em juízo, somente haverá responsabilidade quando comprovado o excesso de linguagem:

Conforme interpretação do art. 7.º, parágrafo 2.º, da Lei 8.906/94, palavras classificadas de ofensivas à honra do agente, inseridas na defesa à ação por este proposta, não dão direito à indenização por dano moral, se os advogados não extrapolaram os limites dos autos, nem deram conhecimento das palavras a estranhos ao litígio (TJSP – 1.ª C. Dir. Privado – Ap. 57.605-4/8-00 – Rel. Erbetta Filho – j. 24.11.1998 – RT 761/225) (STOCO, 2001, p. 366).

Os debates orais na defesa da causa é a forma natural de contestar e proteger em juízo o direito da parte. É inclusive, princípio jurídico e deve ser respeitado. No entanto, deve manter por outro lado, a ordem moral das pessoas interessadas na causa. Carrega em si uma relatividade que impõe limites ao exercício profissional da advocacia e em nada fere quanto ao seu desempenho.

Considerando inevitável a discussão na causa, os profissionais são amparados pela imunidade profissional, o que dá a maior garantia ao poder de fazer valer os direitos do seu cliente.

Não obsta enfim, que se defenda uma causa usando palavras fervorosas, o que se exige é que estas estejam vinculadas ao pleito da causa, e não atinja a integridade pessoal dos demais participantes, assim entende o STF:

Do benefício de licitude excepcional previsto no art. 142, I, do CP, podem gozar as partes e seus procuradores, compreendidos, pois, todos os que participam diretamente do debate processual, inclusive o Ministério Público e os advogados regularmente constituídos para representação em Juízo. As expressões ofensivas podem ser trocadas entre eles ou dirigidas a qualquer outro, desde que satisfeita a condição de que se relacione com a causa em andamento (STF – RHC – Rel. Oscar Corrêa – RT 585/411) (FRANCO; STOCO, 2001, p. 2341).

O Superior Tribunal de Justiça vê a possibilidade de se ofender a integridade pessoal, no que tange à honra, de qualquer pessoa envolvida no processo:

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 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) (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 412, 413).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende primeiramente que qualquer dano ofensivo à honra não deve ter proteção pela imunidade judiciária, mesmo porque afronta os princípios fundamentais da pessoa humana. Em seguida, admite a possibilidade de haver indenização por responsabilidade civil do advogado, ainda que, o ato ilícito já tenha sido julgado na esfera penal:

Responsabilidade civil do advogado – Ofensa moral assacada contra o juiz da causa – Conduta não amparada pela inviolabilidade profissional. Não há direito sem limites, mesmo no respeitante às garantias, inviolabilidades e imunidades constitucionais. Tanto é assim que a própria Constituição, se por um lado confere ao advogado inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, por outro assegura a todos a inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada. Resulta daí não constituir prerrogativa do advogado atingir a honra do magistrado, ainda que o faça no exercício do seu edificante mister.

Ademais, sendo independente a responsabilidade criminal da civil, a imunidade penal prevista no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.906/94, não tem nenhuma repercussão sobre o dever de indenizar do advogado pela prática de ato ilícito no exercício de sua atividade profissional (TJRJ, *Elfrs 306/96 na Ap. cível 8.343/95 – 2º Gr. Cs., rel. Des. Sergio Cavaliere Filho*) (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 415).

Foge do intuito de defender o seu cliente e do objetivo da causa, o advogado que ataca ofensivamente a outra parte com expressões injuriosas e difamatórias:

Não age com *animus defendendi* aquele que, longe do calor dos debates forenses e com plena consciência, imputa ao seu oponente fato tipo por ofensivo à sua honra (STJ – Resp – Rel. Flaquer Scartezini – RSTJ 44/239) (FRANCO; STOCO, 2001, p. 2341).

O que não ocorre quando a imputação de fatos à pessoa, seja pertinente à causa, estando amparado pela imunidade:

Difamação e injúria atribuídas a advogado que no curso de ação penal movida a seu constituinte pela prática de corrupção de menores, ao contraditar testemunha arrolada pela parte contrária, justificou a impugnação denunciando-lhe a vida desregrada. Inexistência de crime contra a honra (CP, art. 142, I) pelo comportamento do advogado, manifestado no exercício da profissão e dentro dos limites da lei (CF, art. 133) (STJ – HC – Rel. Carlos Thibau – RT 662/330) (FRANCO; STOCO, 2001, p. 2341).

A inviolabilidade do advogado tem restrições, e seus atos quando ultrapassam o razoável dos debates da causa configuram abuso de direito, mesmo que direcionados ao Juiz, como se observa no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

A inviolabilidade, a que se refere o art. 133 da Constituição Federal, protege o advogado por seus atos e manifestações, no exercício da profissão, encontrando, porém limites na lei. Hipótese em que o advogado, inconformado com a sentença, no recurso, não se restringiu ao debate jurídico da questão, mas investiu contra a honra do juiz, imputando-lhe fatos ofensivos à sua reputação (STF – 2.ª T. – j. 19.05.1992 – RTJ 144/513) (STOCO, 2001, p. 362).

Como visto, a imunidade profissional do advogado não é soberana. O juiz da causa também pode ser alvo de crime contra a honra.

A Corte máxima do nosso sistema jurídico, decidiu recentemente em liminar na ADIN nº 1.127-8, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, que o desacato, exposto no Estatuto da OAB, artigo 7º, parágrafo 2º, que faz imune os profissionais da advocacia quanto a este crime, é inconstitucional, haja vista tratar-se crime contra a honra dos magistrados e desta maneira, não deve vigorar o dispositivo da forma como foi redigido, incorrendo o advogado nas sanções penais.

Esquece a Suprema Corte que admitir crime de desacato, seria ofender a independência das profissões jurídicas, e por conseqüência, a hierarquia entre magistrados, advogados e promotores de justiça, atentatório à dignidade da justiça.

Considerar a ocorrência de desacato ao magistrado é afrontar a tese da insubordinação, ainda que o presidente da audiência seja o juiz de direito investido no cargo, sendo pessoa competente para organizar pacificamente os trabalhos que impulsionam o processo.

Por outro lado, não se pode esquecer que a OAB, colocando o desacato no seu Estatuto, estaria concordando com a insubordinação entre as profissões jurídicas.

De tal sorte, vale afirmar que bastaria imputar ao profissional os crimes de difamação e injúria em relação ao juiz, porém, jamais desacato. Sem dúvida, é questionável os argumentos de ambas as instituições, que por sua vez são imprescindíveis e determinam à marcha da justiça.

É plenamente possível que o magistrado seja alvo de injúria e difamação, em nada obriga imputar desacato ao advogado que investe ofensivamente contra o juiz:

O advogado que irroga ofensas a Magistrado fora dos limites razoáveis da discussão da causa e da defesa dos interesses de seu cliente comete crime contra a honra, pois a imunidade profissional prevista nos arts. 133 da CF, 142, I, do CP e 7.º, parágrafo 2.º, da Lei 8.906/94 não pode ser interpretada como de caráter absoluto (STF – RHC – Rel. Edson Vidigal – RT 751/553-554) (FRANCO; STOCO, 2001, p. 2342).

Em mais uma decisão se verifica limitada a imunidade do advogado prevista no artigo 133 da CF:

A inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, prevista na CF, art. 133, continua circunscrita aos limites da lei. Por essa razão, a imunidade judiciária de que trata o CP, art. 142, I, não acoberta ofensa dirigida ao Juiz da causa (STF – RHC – Rel. Edson Vidigal – RT 774/531) (FRANCO; STOCO, 2001, p. 2342).

Embora os Tribunais de Justiça, serem casas de julgamento onde o foco é buscar a decisão mais justa ao caso concreto, nem sempre a interpretação corresponde ao que se espera. O que se observa é que há uma união de entendimentos jurisprudenciais, quanto

àquela determinada matéria e a apreciação dada ao caso pela câmara que profere o julgamento.

Deste modo, a natureza do estudo jurídico é suscitar dúvidas e questionamentos, característica das ciências sociais.

CONCLUSÃO

Visa-se dar a melhor interpretação aos argumentos e institutos jurídicos, para a perfeita compreensão dos leitores que porventura se utilizem deste trabalho.

A monografia busca sintetizar os fatos narrados, comentando as idéias essenciais e os resultados obtidos. Enfim, procura-se eliminar os resquícios de dúvida acerca da matéria abordada.

Primeiramente verificaram-se os aspectos históricos e fundamentais do advogado, passando por uma evolução nos Estatutos da OAB e reavaliando a função do advogado para a construção de uma sociedade em desenvolvimento.

A responsabilidade do advogado é contratual, no entanto, os profissionais liberais desempenham atividade meio, prestando auxílio jurídico da melhor forma possível e não tem obrigação de resultado satisfativo.

Com a outorga de mandato, o advogado adquire a formalidade necessária para atuar. É por este instrumento que os atos do advogado têm validade e liberdade para postular em nome do seu cliente, dentro dos limites legais.

A imunidade judiciária exclui a responsabilidade penal do advogado, porém, em nada implica no plano civil, podendo ser condenado ao pagamento de indenização por perdas e danos, e ainda, responder processo administrativo.

Quanto a responsabilidade civil, verificou-se que para ter uma convivência social pacífica, é necessário que todos cumpram o princípio romano *neminem laedere*, ou, a ninguém ofender.

A verificação da culpa depende da verificação dos fundamentos genéricos da responsabilidade civil, quais sejam: a ação ou omissão, a culpa em sentido estrito, o dano e nexos causal entre o que deu causa e o resultado danoso.

A responsabilidade do advogado é subjetiva, de modo que, depende de provar a culpa do profissional.

A culpa representa um comportamento antijurídico pela qual se configura o ato ilícito. O ato ilícito é a violação de uma norma jurídica preexistente que amolda-se à conduta do sujeito. No caso, o advogado é civilmente responsável pelos atos cometidos no exercício do seu mandato.

A violação de um direito acarreta a infringência de uma norma jurídica, tal previsão esta disposta no artigo 186 do CC como ato ilícito. Quando ao mesmo tempo, ultrapassa os limites da boa-fé, desviando-se da finalidade para a qual foi desempenhada, incorre o advogado em abuso de direito, prescrito no artigo 187 do CC.

O abuso de um direito realiza-se quando se pratica o seu exercício irregular, excedendo o limite para o qual foi determinado, sendo que a medida é demarcada pela violação da boa-fé e da ética.

O abuso de direito expressa a relação íntima de confiança depositada pelo cliente em seu advogado, e a prova do conluio se opera mediante o contrato de mandato.

A boa-fé é requisito de validade dos atos e negócios jurídicos, pelos quais passam pelo filtro da ética. Esta, tem valor inestimável na análise da conduta profissional do advogado, uma vez que o exercício do seu ofício é sustentável em princípios éticos.

O método de reparação de danos é pela via indenizatória. O dano é o prejuízo causado à alguém por uma conduta intolerável social e juridicamente.

Para que haja a reparação de um dano causado por advogado, é necessário provar a sua culpa. Este elemento é indispensável para se apurar a responsabilidade do profissional, do contrário, não há que se falar em culpa do advogado quando não se verifica dano à vítima. Apesar de se referir o presente caso em especial ao advogado, em qualquer outro, deve haver dano para se fundamentar uma indenização.

A reparação ocorre via indenização paga à vítima. O processo indenizatório se subdivide em duas etapas: de avaliação, em que se apura perdas e danos, ou seja, o que se perdeu efetivamente (dano emergente) e o que se deixou de lucrar (lucro cessante); e, de liquidação, em que se realiza o pagamento das verbas indenizatórias.

As verbas indenizatórias podem ser cumuladas em processo cujo conteúdo se admita. De maneira que, em uma só demanda, poderá haver danos materiais e morais.

A responsabilidade profissional do advogado pode ocorrer em hipóteses distintas. Pode haver casos de dano por ato ilícito simplesmente, ou em casos especiais, quando o ilícito vem carregado de um abuso de direito.

A ilicitude da conduta do advogado no exercício de seu mandato, acarreta danos ao cliente e abre à este, demandar judicialmente em face do seu constituinte.

Por outro lado, junto com o ato ilícito, pode se configurar abuso de direito, extrapolando os princípios éticos e os limites da boa-fé, desviando a designação pelo qual o objetivo foi pactuado e firmado pelo mandato. Destarte, não é lícito ao advogado usar dos meios processuais para auferir vantagem própria, ou suprimir ordem do cliente.

Neste caso, o abuso pode atingir a parte litigante, cabendo à esta cobrar eventuais danos que o advogado causou. Como nos casos de ofensa irrogada em juízo, quando ultrapassa os limites do razoável, fugindo da discussão da causa e atacando a parte contrária da demanda, no intuito de ofender-lhes a honra.

De tal sorte, que ofensas desta natureza constituem crimes contra a honra, disposto no artigo 142, inciso I do CP, não estando amparado pela imunidade judiciária, prevista como direito protegido constitucionalmente do advogado de defender os interesses do seu cliente.

Havendo dano a parte contrária da demanda, poderá cobrar judicialmente do cliente a ofensa moral, pois este é o legítimo titular do direito. E, em nada obsta do cliente fazer uso do direito de regressar em face do advogado, seu constituinte, causador do dano.

Ademais, intrinsecamente se percebe um conflito de princípios constitucionais que pairam na mesma esteira legislativa, porém, não no mesmo grau de valor, ou seja, a liberdade ao exercício da advocacia, amparada pela imunidade judiciária e a tutela da honra, princípio fundamental da pessoa humana.

Os princípios característicos da advocacia, pela qual ela é indispensável, inviolável, independente e de função social, amparados pelo instituto da imunidade judiciária exposta no artigo 133 da CF, não se coaduna com a tutela da honra, princípio fundamental da pessoa humana, calcada no artigo 5º, inciso X deste mesmo diploma.

Tal condição é sopesada na balança valorativa, e dela se conclui pelo bem jurídico tutelado de maior importância. Resta claro, que o peso maior será sempre o dos princípios fundamentais da pessoa e, portanto, não prevalece a imunidade profissional sobre a honra, posição pacífica nos Tribunais pátrios.

Resulta que, as consequências impostas ao ofensor pode acarretar ação reparatória por danos morais no juízo cível, independente de eventual condenação no juízo criminal por dano à honra.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Vilson Rodrigues. **Acidentes de Trânsito e Responsabilidade Civil**. Tomo I. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado: Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos**. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Artigos 127 a 135. Vol. 4. Tomo IV. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CALMON DE PASSOS, J. J. O Risco na Sociedade Moderna e seus Reflexos na Teoria da Responsabilidade Civil e na Natureza Jurídica do Contrato de Seguro. *In: Responsabilidade Civil*. Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. Vol. 3. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coordenadores). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. Vol. 2 – Parte Especial. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Responsabilidade Civil. Direito das Obrigações**. Parte Especial. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2001.

IRIBARNE, Héctor Pedro. **De Los Daños A La Persona**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Honra**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVAIS DIAS, Sérgio. Responsabilidade Civil do Advogado. *In: Responsabilidade Civil*. Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas/SP: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral**. Vol. I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÉRIE CLÁSSICOS. **Código de Hamurabi – Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono) – Lei das XII Tábuas**. Bauru, SP: Edipro, 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-fé Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Responsabilidade Civil do Advogado à Luz das Recentes Alterações Legislativas. *In: Grandes Temas da Atualidade*. Responsabilidade Civil. Coordenador Eduardo de Oliveira Leite. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e Sua Tutela**. São Paulo: RT, 1993.

TASCA, Flori Antonio. **Pessoa Jurídica e Dano Extrapatrimonial**. 2000. 317f. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Curitiba, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Setenta Anos de História & Memória. [depoimentos]. Disponível em <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depGT.htm>, 2005. Acesso em 25/09/2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova**. Tomo 2. Vol. 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. IV. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado, *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Vol. 4. nº 21. Porto Alegre: Síntese, jan./fev., 2003.