

# Responsabilidade Civil do Advogado, Médico e Contador

## 1 - Responsabilidade Civil do Advogado

(\*) Wanessa Mota Freitas Fortes Elaborado em 01/2010.

### Resumo:

“O advogado é indispensável, inviolável e essencial à administração da Justiça. Portanto, presume-se que o advogado é um profissional ético, responsável, conhecedor de seu ofício com suporte técnico suficiente para prestar o serviço a que se propõe. Porém, muitas das vezes essa presunção não se confirma. Neste trabalho nosso objetivo é o de realizar uma discussão acerca da responsabilidade civil do profissional do direito. O nosso interesse é fazer um alerta aos estudantes e aos profissionais desta área sobre a responsabilidade decorrente do exercício desta profissão, principalmente porque esse tema tem sido pouco discutido, apesar de no Brasil ser crescente a responsabilização dos profissionais por seus erros.”

### Introdução

“A responsabilidade civil é hoje um dos temas jurídicos mais discutidos, ensejando diversas reflexões. É nesse cenário que avulta a responsabilidade civil do advogado.

O tema é relativamente pouco explorado pela Doutrina, talvez em decorrência da noção bastante difundida de que a obrigação de meio não seria capaz de acarretar tal consequência. A tarefa de considerar a responsabilidade civil do advogado como tema da monografia de conclusão de curso e persistir neste caminho não foi nada fácil, dada a exígua bibliografia específica. Mas, nestes tempos em que a responsabilidade profissional tem sido cada vez mais cobrada, foi também um prazer refletir sobre este assunto.

É indubitável que se exige, cada vez mais, dos advogados uma postura ética, condizente com as premissas contidas na Lei 8.906, de 04.07.94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) e por consequência, aqueles que não trilharem esse caminho, poderão ser responsabilizados civilmente pelos danos que acarretarem aos seus clientes.

Tal fato pediu a reflexão sobre a atuação dos advogados, os danos causados aos clientes, a deficiência da Justiça, a falta de ética dos profissionais, e outros fatores que serão abordados no decorrer do trabalho.

### Textos relacionados

- Dano imaterial: a compreensão dos interesses jurídicos e de sua lesão segundo volume tridimensional da dignidade humana (<http://jus.com.br/revista/texto/20826/dano-imaterial-a-compreensao-dos-interesses-juridicos-e-de-sua-lesao-segundo-volume-tridimensional-da-dignidade-humana>);
- O essencial à compreensão dos direitos dos adquirentes de imóveis na planta e os atrasos das obras (<http://jus.com.br/revista/texto/20767/o-essencial-a->

[compreensao-dos-direitos-dos-adquirentes-de-imoveis-na-planta-e-os-atrasos-das-obras](#));

- A indenização por danos morais em desapropriação (<http://jus.com.br/revista/texto/20718/a-indenizacao-por-danos-morais-em-desapropriacao>);
- Dano moral no Brasil: o “novo” de novo? Para considerar a inclusão da estatística não paramétrica na avaliação do dano moral em face do Projeto de Lei nº 523/2011
- Dano moral discriminado (<http://jus.com.br/revista/texto/20711/dano-moral-no-brasil-o-novo-de-novo>).

A presente pesquisa tem por objeto o estudo dos elementos que caracterizam a responsabilidade civil do advogado, bem como a identificação de algumas das principais situações em que este profissional poderá ser responsabilizado.

A metodologia utilizada abrangeu a reunião de algumas obras específicas sobre o tema (raríssimas), além de outras obras que tratam sobre a responsabilidade civil de forma mais abrangente.

No capítulo inicial, faremos um breve resumo histórico da responsabilidade civil.

Em seguida, no segundo capítulo, abordaremos conceitos e espécies de responsabilidade civil, diferenciando, principalmente, a responsabilidade objetiva da subjetiva e a aquiliana da contratual.

No terceiro capítulo, trataremos dos elementos constitutivos da responsabilidade civil.

No quarto capítulo entraremos de fato na responsabilidade civil do advogado, passando por seus elementos, características, fundamentos legais e abordando algumas das hipóteses em que poderia ensejar indenização por parte do profissional do direito. Este capítulo, para melhor entendimento das questões abordadas, foi dividido em três fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

No quinto e último capítulo falaremos a respeito das peculiaridades da responsabilidade civil do advogado enquanto profissional liberal, do advogado empregado e da sociedade de advogados.

Após essas explicações, apresentaremos nossa conclusão. Na expectativa de que os estudantes e os profissionais de Direito despertem para essa questão, e observem que o exercício da advocacia requer constante estudo, prudência, eficiência e vigilância, pois, do contrário, poderão suportar danos capazes de abreviar suas carreiras por causar perdas a clientes nem sempre reparadas de forma satisfatória por uma indenização pecuniária.

## Capítulo 1

No início da nossa civilização, a ocorrência de um dano gerava na vítima uma ideia de vingança para com o agressor, ou seja, a justiça era feita pelas próprias mãos. Limitava-se a retribuição do mal pelo mal, como pregava a pena de talião, olho por olho, dente por dente.

Esta prática, na realidade, apresentava resultados extremamente negativos, pois acarretava a produção de um outro dano, uma nova lesão, isto é, o dano suportado pelo seu agressor, após sua punição.

Posteriormente, surge o período da composição a critério da vítima, ainda sem se discutir a culpa do agente causador do dano.

Num estágio mais avançado, o Estado toma a frente e proíbe a vítima de fazer justiça pelas próprias mãos, estabelecendo a obrigatoriedade da composição, a partir de uma indenização pecuniária. Durante esse período, cria-se uma espécie de tabela que estabelece o quantum equivalente a um membro amputado, à morte, etc.

No ano 572 da fundação de Roma, um tribuno do povo, chamado Lúcio Aquílio, propôs e obteve a aprovação e sanção de uma lei de ordem penal, que veio a ficar conhecida como Lei Aquília, que possuía dois objetivos:

- a) assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes;
- b) punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado.

O Direito francês aperfeiçoou essas ideias e, a partir dele, foram estabelecidos certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos, tais como: direito à reparação, sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações), e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da imperícia, negligência ou imprudência.

Surge o Código de Napoleão, e com ele a distinção entre culpa delitual e contratual. A partir daí, a definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa, propagou-se nas legislações de todo o mundo.

Com o advento da Revolução Industrial, multiplicaram-se os danos e surgiram novas teorias inclinadas sempre a oferecer maior proteção às vítimas.

Sem abandonar a Teoria da Culpa, atualmente vem ganhando terreno a Teoria do Risco, que se baseia na ideia de que o exercício de atividade perigosa é fundamento da responsabilidade civil. Isto significa que a execução de atividade que ofereça perigo possui um risco, o qual deve ser assumido pelo agente, ressarcindo os danos causados a terceiros pelo exercício da atividade perigosa.

## Capítulo 2

Antônio Laért, apoiado em Savatier (2003, p.05), entende que "a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas e/ou coisas que dela dependam."

Rui Stoco, citando Giorgio Giorgi (1999, p.61) conceitua responsabilidade civil como "a obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem."

Há muita discussão doutrinária no que tange a conceituação da responsabilidade civil, porém, é possível aduzir que a causa geradora é o interesse em restabelecer o equilíbrio entre as partes alterado pelo dano ocorrido.

A palavra responsabilidade origina-se do vocábulo latino *respondere*, que tem o significado de responsabilizar-se, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. Ou seja, é o dever de reparar imposta a quem deu causa ao prejuízo.

A causa principal e geradora da responsabilidade civil é o restabelecimento do equilíbrio moral ou econômico decorrente do dano sofrido pela vítima. Daí decorre a obrigação de o causador do dano indenizar aquele que o sofreu.

Segundo Antônio Laért, recordando os ensinamentos de Francisco Amaral quanto a sua natureza jurídica:

a responsabilidade civil é sanção indireta, de função preventiva e restauradora. Indireta, porque, na impossibilidade de se restabelecer a situação anterior ao evento lesivo, a lei determina a reparação do prejuízo causado. Preventiva, porque, como toda sanção, destina-se a garantir o respeito à lei, e restauradora no sentido de que, violado o preceito jurídico e configurado o dano, o infrator se obriga a indenizar o lesado. É, portanto, e simultaneamente, uma sanção e uma garantia de ressarcimento. (2003, p.09).

## 2.2. Espécies

A responsabilidade civil poderá ser contratual ou extracontratual e, ainda, objetiva ou subjetiva. Vejamos.

A responsabilidade contratual é aquela derivada de um contrato, que pode ser celebrado tacitamente e, o seu inadimplemento acarretaria a responsabilidade de indenizar possíveis perdas e danos.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela em que o agente infringe um dever legal. Nenhum vínculo jurídico existe entre as partes quando da prática do ato danoso.

Não obstante há quem critique essa dualidade de tratamento, o nosso Código Civil acolheu essa tese dualista e, é dessa forma que foi desenvolvido o presente trabalho.

Na responsabilidade contratual, a culpa é presumida e, dessa forma, cabe ao autor demonstrar apenas o descumprimento contratual. Ficando a cargo do devedor o onus prostandi o devedor terá que provar que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do próprionexo causal.

Completa Cavalieri Filho:

*“a presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada. (1997, p.198).”*

Na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, por sua vez, não há essa inversão do ônus da prova. Cabendo ao autor da demanda a prova de que o dano se deu por culpa do agente. Assim, percebemos que o efeito de ambas as responsabilidades civis é a obrigação de indenizar.

O Código Civil Brasileiro adotou a Teoria da Culpa como princípio da responsabilidade civil, ao estabelecer em seu artigo 927 que "aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

O artigo 186 do mesmo Código estabelece que "aquele que, por ação ou omissão voluntárias, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Podemos observar quatro requisitos essenciais para a existência da responsabilidade civil, como se infere da regra contida nos artigos 186 e 927 do Código Civil atual:

- a) ação ou omissão;
- b) culpa ou dolo do agente;
- c) nexos de causalidade;
- d) dano sofrido pela vítima.

Sem a verificação de todos esses requisitos não há de se falar em responsabilidade civil.

A responsabilidade objetiva requer apenas o nexo causal e o efetivo dano. É adotada somente em circunstâncias expressas em lei, sendo exceção à regra da Teoria da Culpa. Advém da chamada Teoria do Risco.

A responsabilidade subjetiva, no entanto, deriva da culpa, para daí analisar se os demais elementos estão presentes; se, todos os elementos estiverem reunidos darão ensejo à reparação. Esse tipo de responsabilidade é a regra inferida para os profissionais liberais.

### Capítulo 3

São quatro os elementos constitutivos da responsabilidade civil:

#### 1º) Ação ou omissão violadora de direitos:

A ação capaz de ensejar indenização é o ato humano, voluntário e imputável. Aqui se incluem também, os atos praticados por distração (negligência e imprudência) e as omissões do agente, se houver o dever de agir, de praticar o ato omitido.

A lei prevê a responsabilidade por ato próprio ou de terceiro. A responsabilidade indireta, ou seja, aquela que se dá quando alguém responde pelas consequências de ato ilícito praticado por outro agente, ocorre quando o profissional é juridicamente responsável pelos atos de terceiro. É o caso dos estagiários ou no caso em que o advogado substabelece.

#### 2º) Culpa ou dolo do agente:

O dolo consiste na ação ou omissão voluntárias. É a vontade consciente de violar um direito, de cometer o ato ilícito.

Culpa, por sua vez, é a negligência (inobservância das normas que impõe a atenção e discernimento) e a imprudência (precipitação, procedimento sem a cautela necessária).

#### 3º) Nexos de causalidade:

É a relação que deve existir entre a ação ou omissão do agente e o dano causado. É a relação de causa e efeito. Constitui elemento essencial ao dever de indenizar, porquanto que na sua inexistência, também inexistirá a responsabilidade civil.

#### 4º) Dano:

Dano é a lesão a um bem jurídico. O dano pode ser material ou simplesmente moral. Num sentido estrito, é a diminuição que alguém sofre em seu patrimônio por causa da prática de um ato ilícito. Sem a prova do dano, ninguém pode ser obrigado a indenizar, a reparar.

Sendo assim, podemos afirmar que, mesmo diante de uma conduta eticamente reprovável, porquanto que não cause danos ao cliente, o profissional não será obrigado a indenizá-lo. Sustentando esse entendimento, Vieira Júnior cita o Mestre Aguiar Dias (2003:17): "resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há que reparar."

## Capítulo 4

Em relação à responsabilidade civil do advogado, não pairam dúvidas sobre o seu caráter contratual, decorrente de mandato. Acatando essa tese, Doni Júnior, com base em Maria Helena Diniz (2003, p.51), entende que: "todavia, que, apesar de ser um munus público, o mandato judicial apresenta uma feição contratual, por decorrer de uma obrigação de meio, exceto, nos casos em que presta assistência judiciária."

De fato, o parágrafo 2º, da Lei 8906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB) deixa claro que "no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público."

Orlando Gomes, citado por Doni Júnior (2003, p.53) afirma que "Mandato é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa."

A natureza jurídica do mandato é contratual, consensual, bilateral, não solene, personalíssimo e, em regra gratuito.

A pessoa que recebe os poderes estabelecidos no mandato é o mandatário ou procurador, quem delega é o mandante.

As obrigações principais do mandatário, oriundas do próprio contrato, são de agir em nome do mandante com cautela e atenção, repassando-lhe as vantagens que obtiver em seu nome e, no final de sua gestão, prestar contas dos atos praticados. Com efeito, o advogado tem a obrigação de utilizar todos os meios de defesa e os recursos, previstos em lei, que sejam cabíveis e convenientes aos interesses do cliente.

Ruy Sodré citado por Antônio Laért Vieira Júnior alerta:

Nossa profissão é liberal, sem dúvida, mas não se pode confundir liberdade com licenciosidade. Somos livres, mas nossa liberdade está condicionada, limitada pelo serviço público que prestamos como elemento indispensável à administração da justiça. (2003, p.71).

A convenção entre o cliente e o profissional do direito implica obrigação de meio e não de fim ou resultado, no qual o procurador se compromete a dedicar-se com afinco à causa contratada, se esforçando com a finalidade de alcançar a vitória desejada, sem, no entanto, se vincular efetivamente com o resultado.

A obrigação de meio é aquela que requer apenas prudência e diligência na prestação do serviço para atingir um resultado, no entanto, não pode o advogado prevê-lo.

Se tais pressupostos forem devidamente cumpridos e a obrigação for bem executada, não há que se imputar nenhuma responsabilidade em eventual insucesso na causa.

A responsabilidade civil do advogado decorre da culpa e tem fundamento na responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade civil do advogado exige que se

comprove a efetiva culpa, quando no exercício da profissão, para que se pretenda qualquer tipo de ressarcimento originado de sua conduta. Em razão da sua obrigação ser de meio e não de resultado, deve ter ele a garantia de estar isento de responsabilidade no caso de ter procedido com todo o cuidado, diligência e competência.

Doni júnior comentando Maria Helena Diniz ensina que o advogado será responsabilizado civilmente:

- a) pelo erro de direito;
- b) pelo erro de fato;
- c) pelas omissões de providências necessárias para ressalvar direitos do seu constituinte;
- d) pela perda de prazo;
- e) pela desobediência às instruções do constituinte;
- f) pelos pareceres que der contrário à lei, à jurisprudência e à doutrina;
- g) pela omissão de conselho;
- h) pela violação de segredo profissional;
- i) pelo dano causado a terceiro;
- j) pelo fato de não representar o constituinte, para evitar-lhe, durante os dez dias seguintes à notificação de sua renúncia ao mandato judicial (CPC, art. 45);
- k) pela circunstância de ter feito publicações desnecessárias sobre alegações forenses ou relativas a causas pendentes;
- l) por ter servido de testemunha nos casos arrolados no art. 7º, XIX, da Lei 8.906/94;
- m) por reter ou extraviar autos que se encontravam em seu poder;
- n) pela violação ao disposto no art. 34, XV, XX, XXI, da Lei 8.906/94. (2003, p.57).

#### **4.1. Fundamentos Legais da Responsabilidade Civil do Advogado**

A atividade da advocacia encontra-se regida pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Esse diploma estabeleceu, no seu artigo 32, que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa, e impôs, no artigo 33, a observância obrigatória aos preceitos estabelecidos no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, cujos deveres estão capitulados no artigo 2º, parágrafo único.

Porém, a responsabilidade civil dos advogados não é somente apurada com base no código de ética, pois nos seus mais diversos aspectos, está submetida a diversos preceitos, oriundos da Constituição Federal (art. 133) e do Código Civil (art. 927 c/c art. 186).

Além disso, o Advogado é fornecedor de serviços. Assim, se sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. A orientação deste é no sentido da responsabilidade pessoal do profissional liberal, verificando-se a culpa (art. 14, §4º). Sérgio Cavalieri Filho:

sendo o sistema do Código de Defesa do Consumidor – o da responsabilidade objetiva, para abrir uma exceção em favor dos profissionais liberais foi necessária regra expressa. O §4 do art. 14 diz que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, não tendo o Código inovado porque a responsabilidade profissional é, de regra, subjetiva. (1997, p.198).

Como lembra Oscar Ivan Prux:

*Quem compra produtos costuma ter a visualização do que está comprando. Pode habitualmente tocar o produto, experimentá-lo ou testá-lo... Já para o consumidor que adquire algum serviço, na maioria das vezes, é impossível tocá-lo, experimentá-lo ou visualizá-lo antecipadamente, visto que no ato da contratação aquele serviço que está sendo comprado ainda vai ser realizado. O serviço é imaterial. Material, normalmente, é apenas o resultado final. (1998, p.140).*

*Com efeito, tanto o cliente, quanto o advogado se encaixam na definição de consumidor e fornecedor de serviço (art. 3º, §2º do CDC).*

Existem algumas opiniões afirmando que a inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos advogados. De acordo com esse entendimento está Paulo Luiz Netto Lobo (1996, p.140): "a culpa é pressuposto da imputabilidade dos profissionais liberais, não se lhes aplicando as regras de presunção de culpa, nem de inversão do ônus da prova."

Muito embora existam essas opiniões, apoiadas no entendimento de Vieira Júnior, entendemos ser descabido tal pensamento diante do fato de ser muito difícil para o cliente lesado provar que a culpa foi do advogado, já que lhe faltam conhecimentos técnicos para tal.

#### **4.2. A impossibilidade de inclusão da cláusula de não indenizar**

A cláusula de não indenizar é o acordo que visa afastar as consequências da inexecução de uma obrigação, liberando o devedor da reparação dos danos causados.

Não obstante entendimentos contrários, o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 24, 25 e 51, inciso I, afastou completamente a possibilidade de se inserir a cláusula de não indenizar nos contratos. A razão pela qual se defende essa ideia para os contratos de prestação de serviços advocatícios se dá pelo fato da relação cliente-advogado ser considerada uma relação de consumo, aplicando-se as regras dispostas no CDC.

Recorda Cavalieri Filho que:

*Praticado o ato ilícito, em qualquer de suas modalidades, segue-se como consequência o dever de reparar o dano dele decorrente. A pessoa chamada a fazer essa reparação, todavia, pode eventualmente, eximir-se do efetivo ressarcimento invocando a cláusula de não indenizar. (1997, p. 388).*

No entanto, defendendo posição diversa, e de forma mais acertada, diz Vieira Júnior (2003, p.22) que "a cláusula de não indenizar não exonera o devedor da obrigação, do dever ou responsabilidade propriamente ditos; apenas o libera da reparação do dano, ou seja, das consequências do inadimplemento."

#### **4.3. Responsabilidade pré-contratual do advogado**

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

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

moral, em que suas atitudes serão valoradas de acordo com parâmetros de lealdade, probidade e honestidade.

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

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

De acordo com esse entendimento Vieira Júnior registra:

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

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

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

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

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

Segundo Antônio Laért Vieira Júnior:

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

#### **4.4. A responsabilidade contratual do advogado**

A responsabilidade do advogado é realizar a prestação do serviço para o qual foi contratado. O profissional do Direito deve, em cooperação com seu cliente, alcançar a finalidade do contrato ou o melhor resultado possível, dentro do contexto da questão.

Ao cliente cumpre entregar ao advogado toda a documentação útil á demanda, prestar os esclarecimentos necessários, apontar e identificar testemunhas do fato, descrever detalhes, etc.

Ao advogado, cumpre, por sua vez, reunir tudo isso, elaborar a peça processual adequada, apresentá-la no prazo perante o órgão a que se destina, prestar contas ao cliente, entre tantas outras.

#### **4.4.1. Perda do prazo para apresentação de contestação**

A contestação tal como é prevista no art. 297 do Código de Processo Civil, é uma das formas de resposta do Réu.

Após ser procurado pelo cliente e aceitar a causa, ou seja, comprometer-se com a defesa do mesmo cliente, deve o advogado, elaborar a peça de defesa da melhor forma possível e apresentá-la dentro do prazo legal.

Deixando de apresentar a peça de defesa acarretará para o cliente que o constituiu o ônus da revelia, com confissão quanto à matéria de fato, fazendo com que os prazos fluam independentemente de intimação.

É certo que a ausência de contestação não acarreta necessariamente a procedência do pedido, contudo, o advogado terá deixado de realizar ato relevante, que lhe incumbia e que poderá ocasionar danos ao cliente.

É possível ao advogado, muitas vezes, na prática, recuperar ou melhorar a situação de seu cliente, sendo conveniente salientar que a contestação é peça insubstituível no processo, já que é a única oportunidade de encontrar toda a linha de defesa dos interesses que lhes foram confiados.

A perda do prazo constitui erro grave; por constar em lei (Lei 8.906/94, art. 34, XVI), o advogado não pode ignorá-lo. Na dúvida entre o maior prazo e o menor, devem, as medidas necessárias, serem tomadas dentro do menor prazo, para não deixar nenhuma possibilidade de prejuízo ao cliente.

#### **4.4.2. Perda do prazo para a propositura de uma demanda sujeita a prazo prescricional ou decadencial**

Existem variadas situações sujeitas a prazos prescricionais e decadenciais. Pode ocorrer do eventual cliente procurar o profissional da advocacia para lhe entregar a demanda nos últimos dias de prazo para a manifestação.

O advogado não está obrigado a aceitar a causa, contudo se aceita-la, receber os documentos e se dispuser a adotar as providências cabíveis, ciente em relação ao prazo e não o fizer, estará sujeito a responder pelos danos que acarretar a esse cliente. Obvio que, na fixação da eventual indenização, será tomada em consideração essa peculiaridade.

Caberá neste caso, ao advogado se defender, provando que mesmo que tivesse adotado as providências cabíveis no prazo, ainda assim, seu cliente não lograria êxito. Entretanto devemos nos lembrar que sempre haverá na responsabilidade civil do profissional do direito a questão da incerteza do resultado de uma ação judicial.

#### **4.4.3. Deixar de formular pedido essencial para o alcance da pretensão**

Como se sabe a petição inicial é a peça mais importante para o autor da demanda. Elaborada a petição, o advogado, por esquecimento, deixa de formular pedido essencial para o alcance da pretensão do cliente, em razão de omissão.

Antes da citação do réu poderá corrigir a omissão, conforme a regra prevista no artigo 294, do Código de Processo civil. Entretanto, feita à citação, só lhe será possível com o consentimento do réu contornar o erro, e, após o saneamento do processo, impossível reparar essa omissão, à luz da regra do artigo 264, do Código de Processo Civil.

Os pedidos não essenciais, os acessórios, que porventura deixarem de ser formulados, até poderão ser contornados, porém, sempre com prejuízo, atraso e postergação ao direito do cliente.

Diferente da hipótese de omissão de pedidos essenciais, onde o advogado poderá ser responsabilizado, quando verificado que o autor teria probabilidade de êxito se o pedido fosse formulado.

Mesma responsabilidade pode suportar o profissional do direito que contestando demanda, deixa de arguir na peça bloqueio, em benefício de seu cliente, a prescrição ou decadência do direito do autor, não impugna o valor dos juros de mora requerido num valor diverso do contratado, ou ainda, se omite sobre termo inicial para incidência de juros e correção monetária, acarretando para o seu cliente elevação do valor a ser pago no processo.

#### 4.4.4. Deixar de realizar prova essencial para o acolhimento da tutela

Por ocasião do saneamento do processo, o juiz decidirá sobre as provas a serem produzidas, além daquelas que já constarem nos autos.

Se o profissional do direito nesse momento, deixar de realizar prova indispensável à comprovação de seu direito, poderá ser responsabilizado.

Muito comum, infelizmente, hipótese em que advogados sem muita experiência ou quando os magistrados externam sua opinião no sentido da desnecessidade do depoimento de testemunhas, deixam de realiza-los e mais tarde, no curso do processo, percebe-se que as provas omitidas eram imprescindíveis.

A oportunidade e conveniência de se fazer uso da prova são atributos que os advogados devem saber manusear, em benefício dos interesses de seu cliente, exercendo-os livre de interferências externas.

#### 4.4.5. Deixar de se manifestar nos autos em razão de não ter recebido recorte com publicação

Atualmente, há no mercado, empresas que oferecem serviços de recortes de publicações oficiais, os quais são diariamente encaminhados aos escritórios dos advogados para que eles, poupados do tempo de terem que ler o diário oficial, adotem as providências cabíveis em seus processos.

Ocorre, entretanto, que essas empresas, em regra, não assumem qualquer responsabilidade em deixar de enviar as publicações, razão pela qual pode ocorrer a perda do prazo, por parte do advogado que, contando com tais serviços, não recebe devidamente suas publicações.

Neste caso, o profissional do direito também poderá ser responsabilizado, pois é dele o dever de acompanhar os processos de seus clientes, mesmo no caso em que faz uso do serviço mencionado. Cabe a ele, posteriormente, discutir a respeito da responsabilidade, junto à empresa contratada para lhe fornecer as publicações.

Para que não se possa falar em ressarcimento a ser pago pelo advogado que deixou de adotar alguma providência, em virtude de não ter recebido o recorte, será necessária a prova de que nada mudaria se a providência omitida fosse adotada a tempo e hora, porquanto, sem prejuízo efetivo, não haverá de se falar em responsabilidade deste profissional.

#### **4.4.6. Ajuizamento de ação inviável**

O advogado deve desempenhar seu ofício com cautela, dedicação, prudência e diligência. Neste sentido não podem ser admitidos erros claros, grosseiros e inescusáveis.

Aquele profissional que ajuíza ação inviável, como por exemplo, pleiteando direito prescrito ou sobre o qual se operou a decadência, acarretando danos ao cliente, o qual se soubesse, não teria realizado gastos inúteis, fica obrigado a ressarcir o dano a que deu causa.

O profissional que ingressa com uma ação inexistente ou absolutamente inadequada para a hipótese, deverá responder por esse fato. Principalmente, nas hipóteses em que atuar dolosamente, podendo ainda responder por má-fé, sem prejuízo das outras responsabilidades.

#### **4.4.7. Deixar de pleitear alguma diligência importante**

O processo é uma série de atos tendentes a um fim. Assim, uma providência incidente, uma diligência indispensável da qual se tenha descuidado o profissional poderá acarretar danos ao cliente.

Evidente que a parte perdedora, recorrendo e alcançando a reforma da sentença, não haverá que se falar em responsabilidade, uma vez que a omissão foi contornada e não causou efetivo prejuízo.

Entretanto, se a sentença não puder ser reformada, essa situação poderá ocasionar a indenização por parte do cliente prejudicado, junto a seu advogado.

Como bem nos lembra Antônio Laért Vieira Júnior:

Essa particularidade é uma faceta acidental do exercício da profissão do advogado, que vem mesmo recomendar àqueles que se dispõem a exercer essa profissão que não há lugar para descuidos e, bem assim, laboratórios de experiências, já que invariavelmente poderá dar ensejo ao perecimento de direitos. (2003, p.119).

#### **4.4.8. Deixar de comparecer à audiência**

O advogado é contratado para atuar no processo buscando alcançar a melhor solução para defesa dos interesses de seu cliente. O processo é formado por vários atos e procedimentos aos quais o advogado tem que se fazer presente, seja distribuindo, acompanhando, peticionando, intervindo ou realizando audiências previstas no curso do processo.

Pois bem, a contratação normalmente supõe a presença do profissional em todos os atos do processo, sobretudo, nas audiências, seja de conciliação, seja de instrução e julgamento.

No caso em que essa ausência injustificada ou sem justo motivo acarretar danos ao cliente, é obvio que ensejará à responsabilidade civil do profissional.

Devemos nos lembrar de que o fato mais relevante na contratação do advogado é a confiança que o cliente lhe deposita. De fato, o não comparecimento do advogado a qualquer das audiências previstas, faz com que aquele que o contratou para defender seus interesses sinta-se desprotegido, quebrando até mesmo essa relação de confiança.

#### 4.4.9. Responsabilidade por aconselhamentos, conselhos e pareceres

Essa é uma questão bastante controversa, entendendo alguns doutrinadores, como Sérgio Novais Dias, que o advogado não responde civilmente por seus pareceres e conselhos perante um cliente, a não ser em caso de dolo.

Por outro lado, há doutrinadores que entendem que um aconselhamento equivocado ou uma informação desencontrada pode dar ensejo a uma reparação, sendo certo que a função de aconselhamento é inerente ao relacionamento profissional.

Apoiando esta opinião está Paulo Luiz Netto Lôbo (1996, p.141): "na hipótese de consulta jurídica o conselho insuficiente deve ser equiparado à ausência de conselho, sendo também imputável ao advogado à responsabilidade civil."

E completa dizendo:

*o parecer não é apenas uma opinião, mas uma direção técnica a ser seguida. Assim, quando visivelmente colidente com a legislação, a doutrina ou a jurisprudência, acarreta danos ao cliente que o acompanha. (LÔBO, 1996, p.141).*

De fato, ao aconselhar o cliente, sob a forma de pareceres expressos, desde que contrários à lei, à jurisprudência e à doutrina, responde o advogado, não só pelo fato de ser o conselho absurdo ou errôneo como também por ter agido imprudentemente. Deve o advogado pesar as consequências ou danos causados pela inexatidão de seus conselhos.

Poderá ainda, o advogado ser demandado por omissão de orientação, desde que em razão dessa omissão seu cliente perca seu direito ou obtenha resultado desfavorável em uma demanda.

#### 4.4.10. Abandono da causa

Deixar de promover os atos e diligências que lhe competem no processo, acarretando a extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez devidamente intimado para suprir a falta em 48 horas e não o faz.

O cliente prejudicado poderá propor novamente a ação pelo mesmo motivo, resgatando os documentos juntados ao processo arquivado, de modo que venham a instruir o novo processo. Suponhamos, entretanto, que, por algum motivo o desarquivamento deste processo para o desentranhamento dos documentos seja dificultado, ou mesmo na hipótese de iminência do decurso de prazo decadencial, por exemplo.

Muitas hipóteses poderão se verificar e que poderão acarretar a indenização por parte do cliente prejudicado que teve que suportar o dano. Além disso, fica claro que essa ocorrência será sempre desabonadora ao profissional, que possui a incumbência de agir com zelo.

#### 4.4.11. Apropriação de dinheiro de cliente

O advogado que se apropriar de dinheiro de cliente ficará obrigado a devolver, a repetir o indébito. Essa é uma hipótese clara da falta de ética, que infelizmente, convivemos hoje em dia.

Vieira Júnior citando Guido Pinheiro Cortes recorda que:

*a lei estatutária trata o tema de retenção de valores de forma bastante objetiva e oportuna, uma vez que prevê a suspensão do infrator até a*

*satisfação da dívida inclusive com correção monetária (art. 37, §2º); isto é importante, em termos de efetividade, pois de nada adianta aplicar uma penalidade ao advogado que se apropriou de valores recebidos em nome do cliente e não compelir o mau profissional a devolver, permitindo que se locupletasse às custas de quem deveria defender, além de denegrir a profissão. (2003, p.132).*

O advogado que receber quantias de seu cliente, seja para custas de despesas, ou pagamentos que deveriam ser repassados ao cliente e utilizá-los em proveito próprio e não prestar contas do seu mandato, pagará juros desde o momento que as utilizar, além de se sujeitar às penas disciplinares previstas no Estatuto da OAB.

#### **4.4.12. Desobediência às instruções do cliente**

Constitui erro de fato desobedecer às instruções do cliente, excedendo os poderes outorgados, variando a estratégia traçada, utilizando poderes concedidos em sentido prejudicial ao constituinte. O advogado deve sempre preservar sua independência técnica, porém não poderá esquecer-se nunca de que não pode dispor de direitos alheios.

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que (1996, p.38) "incorre em responsabilidade civil o advogado que imprudentemente, não segue as recomendações do seu cliente nem lhe pede instruções para as seguir."

Note-se também que como recorda Sérgio Novaes Dias:

*a suposta concordância do cliente com a atitude assumida pelo advogado no processo (adoção ou omissão de providência) não significa necessariamente que o advogado está isento de responsabilidade, porquanto a condução técnico-jurídica do processo é sua responsabilidade, já que o cliente, na maioria das vezes não tem condições de compreender o alcance e o resultado da conduta ativa ou passiva com a qual concordou. (1999, p.88).*

Diante disso, Sérgio Novaes aconselha obter essas posições do cliente sempre por escrito.

A responsabilidade se dá neste caso, pois uma vez que discordando das instruções do cliente e não as querendo seguir, tem pleno direito de renunciar ao mandato, ocorrendo a substituição por outro profissional.

#### **4.4.13. Dar causa a imposição de pena por litigância de má-fé**

Pode ocorrer que o advogado no afã de defender os interesses de seu cliente, lance mão de expedientes, os quais se amoldam no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Neste caso estaremos diante da litigância de má-fé, que poderá acarretar a condenação deste à multa não excedente a 1% sobre o valor da causa e à indenização da parte contrária nos prejuízos que sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou, o que poderá ser reconhecido pelo juiz ou a requerimento da parte contrária (art. 18, do CPC).

A negligência a ponto de gerar para o cliente o ônus de vir a ser condenado por litigância de má-fé acarreta ao advogado, o dever de indenizar, porquanto que é ele quem deve pesar a conveniência ou não de se adotar determinada providência, já que a

parte carece de conhecimentos técnicos suficientes para avaliar os benefícios e os riscos decorrentes desta posição.

#### 4.5. A responsabilidade pós-contratual do advogado

Com fundamento na cláusula geral de boa-fé, terminados os atos de cooperação mútua das partes e atingida à finalidade do contrato, ambas ficam obrigadas a manter ainda obrigações dele decorrentes, como por exemplo, o dever do advogado de guardar os documentos do seu cliente, de continuar mantendo sigilo sobre o que lhe foi revelado, de não comentar certos detalhes da demanda, de cooperar com o ex-cliente com esclarecimentos de dúvidas que possam surgir decorrentes do processo e de prestar contas.

A disposição contida no art. 9º do Código de Ética e Disciplina da OAB também é clara neste sentido:

*A conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento.*

Conforme esse entendimento o advogado que, porventura, tenha concluído a causa e, inadvertidamente, tenha inutilizado os documentos originais que recebeu, terá o dever de indenizar, uma vez que diante da existência do dano concreto e efetivo suportado pelo cliente em decorrência desse fato.

Dessa forma, a qual prazo estaria o advogado obrigado a cumprir o dever pós-contratual? Conforme preceitua o art. 43 da Lei 8.906 de 04.07.94, o prazo é de 05 anos.

No momento, há que se fazer uma consideração importante. O advogado não está obrigado a aceitar a causa, podendo renunciar o mandato sempre que no curso do processo surgir impedimento pessoal ou qualquer outro motivo que o impossibilite de agir na defesa dos interesses de seu cliente.

Nesse caso, deve cumprir o preceito do art.45 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que com a ciência da renúncia ao cliente para que este o substitua, deve o advogado continuar praticando todos os atos processuais urgentes durante os 10 dias subsequentes. Se, no decurso deste prazo o profissional do direito deixar de adotar alguma providência urgente de modo a vir prejudicar o cliente, deverá responder pelo dano a que deu causa.

O advogado tem o dever de prestar contas ao cliente de tudo o que aconteça no curso do processo. Assim o impõe o art. 9º do Código de Ética, ao dispor:

*a conclusão ou desistência da causa, com ou sem extinção do mandato, obriga o advogado à devolução dos bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento.*

Reza, ainda, o artigo 608 do Código Civil que o procurador é obrigado a prestar contas de sua gerência ao constituinte, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato por qualquer título que seja.

O advogado deve ter o cuidado de não manter em seu poder bens, valores e documentos dos clientes, a não ser que isso seja absolutamente indispensável.

Se o profissional deixar de prestar contas a esse ato acarretar danos ao cliente, poderá o advogado vir a ser demandado por esse ato. O deixar de prestar contas aqui

também abarca o dever de informar ao cliente sobre o andamento da causa que lhe foi entregue.

O advogado deve demonstrar a fiel execução do mandato prestando contas, comprovando as despesas e as receitas documentalmente.

## Capítulo 5

Tudo o que se falou no presente trabalho, acerca da responsabilidade civil, se aplica totalmente ao advogado profissional liberal, aquele que trabalha de maneira autônoma, sem qualquer vínculo.

Da mesma forma, a responsabilidade civil do advogado empregado, o qual responderá perante seu cliente pelo prejuízo que lhe causar, não fugirá da regra exposta no artigo 32 do Estatuto da Advocacia e da OAB. Neste caso, também a responsabilidade é subjetiva, fundada na culpa, devendo haver a demonstração de que o dano efetivamente ocorreu e que entre eles exista um nexo de causalidade.

Como lembra Paulo Luiz Netto Lobo:

*não pode prosseguir orientação tecnicamente incorreta, mesmo quando ditada pelo empregador. Em suma, na atuação técnica o advogado deve seguir apenas sua consciência profissional ética. Nesta área estritamente profissional, a relação de emprego não o alcança. Sem independência profissional, não há advocacia. (1996, p.101).*

Não há qualquer dúvida de que, perante terceiros, quem responde é o empregador.

Ponto polêmico nessa relação de emprego será verificar se o empregador tem o poder de descontar diretamente do salário do advogado-empregado o prejuízo que este o fez suportar.

À luz da regra do artigo 462, §1º, da CLT, esse desconto em caso de dano só poderá ser realizado se essa possibilidade for acordada previamente ou na hipótese de configurar o dolo do empregado.

A responsabilidade civil da sociedade de prestação de serviço de advocacia e dos advogados que a integram está sujeita à verificação de culpa no caso concreto.

Pelas obrigações que assume e por aquelas que derivam do exercício de sua atividade, responde a sociedade, como qualquer pessoa, direta e ilimitadamente, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária dos seus sócios.

A responsabilidade civil dos sócios, na forma da regra posta no artigo 17 da Lei 8.906, de 04.07.94, é subsidiária e ilimitada, o que se significa dizer que só serão chamados a responder caso a sociedade não tenha condições de honrar o pagamento dessa eventual indenização. Porém, quando ocorrer um erro imputável a um determinado advogado integrante desta sociedade, a mesma após suportar o pagamento da indenização, poderá acionar regressivamente o causador do dano.

### Dano moral discriminado

Paulo Luiz Neto Lôbo lembra que:

*a responsabilidade civil dos sócios pelos danos que a sociedade coletivamente, ou a cada sócio ou advogado empregado individualmente, causarem, por ação ou omissão no exercício da*

*advocacia, é solidária, subsidiária e ilimitada, independente do capital individual integralizado. Os bens individuais de cada sócio respondem pela totalidade dessas obrigações. É nula a cláusula do contrato social que estabelecer qualquer tipo de limitação à responsabilidade dos sócios, para tal fim. (1996, p.96).*

## **Conclusão**

O que se extrai das presentes considerações é que a responsabilidade civil do advogado está intrinsecamente relacionada à liberdade com que desempenha seu ofício.

Além disso, há elevação da atividade advocatícia ao plano constitucional, declarando o advogado como indispensável à administração da Justiça. Dentro desse quadro, impõe-se, mais do que nunca, ter plena ciência dos riscos contidos no exercício da profissão para poder melhor evitá-los.

Até a presente data, não é comum a responsabilização dos advogados por danos causados aos seus clientes. Poucas são as decisões a respeito, o acesso à Justiça no Brasil é precário, a desinformação da população é enorme, e o corporativismo é prática constante, em se tratando de processo para a apuração de infração disciplinar. Soma-se ainda, a tudo isso, a descrença na Justiça Brasileira.

Assim sendo, há ainda a questão da responsabilidade civil do advogado ser subjetiva contratual, dificultando, portanto, para o cliente que se sentir prejudicado provar a existência do dano, a culpa do advogado e o nexo de causalidade entre o dano e o prejuízo sofrido.

O bom advogado deve sempre estar atento às infrações aos seus deveres de aconselhamento, no caso dos pareceres, e aos deveres de diligência e prudência. Sem falar, na observação dos padrões de ética.

Contudo, não podemos deixar de falar nas causas de exclusão da responsabilidade civil, que podem ser oriundas da influência dos fatores externos, ou da ausência do nexo de causalidade.

Também podemos observar a amplitude da legislação aplicável ao tema, o que assegura um amplo respaldo legal para o cliente prejudicado.

É importante que os advogados despertem para essa questão e observem que o exercício da advocacia requer constante estudo, prudência, eficiência e vigilância, pois de outra forma, poderão incorrer em danos capazes de abreviar suas carreiras por causarem perdas a clientes, nem sempre reparadas de forma satisfatória

Como bem desejou Antônio Laért Vieira Júnior:

*Que os advogados de hoje e do futuro sejam homens de bem e de paz, tribunos da liberdade e da ética. Que sua atuação correta, altaneira e leal projete sobre os telhados das cidades frutos de transformação, construção e reconstrução de novos homens que exerçam e pratiquem a justiça com novo ardor, novos métodos, novo instrumental, novo meios, para que o Direito possa verdadeiramente entregar a cada um o que é seu. (2003, p.149)."*

## **Referências Bibliográficas**

BONATTO, Cláudio. Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.  
BRASIL. Código Civil.Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said

Cahali. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.  
CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997  
DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade Civil do Advogado: A Perda de Uma Chance. São Paulo: LTr, 1999.  
DONI JÚNIOR, Geraldo. Responsabilidade Civil do Advogado e a Ética no Exercício da Profissão. Curitiba: Juruá, 2003.  
GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 6.ed. atual.ampl. São Paulo: Saraiva,1995  
LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.  
PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.  
PRUX, Oscar Ivan. Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.  
STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.  
VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. Responsabilidade Civil do Advogado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.  
(Fonte: <http://jus.com.br/revista/texto/14989/responsabilidade-civil-do-advogado/2>, data de acesso 13/01/2012)

## 2 - A gestão e a responsabilidade civil do advogado: desmistificando o futuro da advocacia

(\*)*Luiz Felipe Prestes de Lima*  
*Palestra sobre a Gestão e Tecnologia no âmbito jurídico*

### 2.2.1 O Advogado na relação de consumo

O Código de Defesa do Consumidor ao tratar da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, apresentou a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, estando o advogado enquadrado como fornecedor, em seu artigo 3º assim dizendo:

*Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

O fornecedor vai ser toda a pessoa que desenvolvem atividades de produção, distribuição, construção bem como a prestação de serviços, mediante remuneração.

Quanto a sua responsabilidade perante o Código de Defesa do Consumidor (1990) o seu artigo 14, parágrafo 4º assim dispõe:

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

O fornecedor irá responder independentemente de culpa, por defeitos relativos a suas prestações de serviços, ou ainda informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e risco, porém a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.

Para que o advogado não seja responsabilizado o Código de Defesa do Consumidor deverá comprovar uma das excludentes previstas no artigo 14 parágrafo 3º:

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*

*II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Tendo o advogado provado alguma das situações explicitas no artigo acima, terá sua culpa excluída.

Quanto à possibilidade da inversão no ônus da prova previsto no Código de ética e Disciplina da OAB, vale lembrar que é um benefício que previsto apenas para o consumidor e não para o fornecedor. (SAAD, 2002).

A seguir serão abordados aspectos da responsabilidade civil do advogado perante o Código de Ética e Disciplina da OAB.

## **2.2 Responsabilidade civil do advogado**

A responsabilidade civil é um dos temas que mais sofre modificações com tempo, uma vez que o direito procura manter-se atualizado com as novas tecnologias, adaptando-se e as suas leis para que o advogado possa continuar o seu trabalho incansável na busca da justiça, sendo para isso eficiente e disciplinado em seus afazeres, sobretudo sendo ético no que disser respeito às suas normas e doutrinas jurídicas existentes, sob pena de sofrer responsabilidades.

Para melhor entendimento são colhidos os ensinamentos de DINIZ (2001, p. 03):

*A responsabilidade civil é indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana.*

A responsabilidade jurídica sempre está se modificando devido aos avanços tecnológicos, tornando-se um assunto problemático na atualidade jurídica, ante sua expansão no direito moderno.

As atividades dos advogados estão previstas no artigo 1º da lei 8.906/04, assim dizendo: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

O artigo disposto trata das atividades específicas para os advogados, sendo encarregado das atividades de consultorias jurídicas e sua postulação nos órgãos judiciários.

Sobre a responsabilidade civil do advogado assim diz VENOSA (2003, p. 175):

*No tocante a responsabilidade civil do advogado, entre nós ela é contratual e decorre especificamente do mandato. As obrigações do advogado consistem em defender a parte em juízo e dar-lhe conselhos profissionais. A responsabilidade na área litigiosa é de uma obrigação de meio. O Advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito as vicissitudes intrínsecas do processo.*

*A responsabilidade civil do advogado vai ser contratual, decorrendo do mandato, sendo suas obrigações defender a parte, bem como lhe dar conselhos. Sua obrigação é usar sua capacidade profissional, porém não se obriga pelo resultado.*

O advogado poderá ser responsabilizado civilmente se der conselhos ao seu cliente contrários a lei, pois agiu imprudentemente, uma vez que o advogado deverá pesar as conseqüências de um conselho mal dado, ainda poderá ser responsabilizado pela omissão de um conselho, fazendo com que seu cliente perca seu direito ou tenha um resultado desfavorável, como por exemplo, dar a conhecimento de seu cliente da possibilidade de uma prescrição de crédito. (DINIZ, 2001).

Em um primeiro momento, será feito um estudo da responsabilidade contratual do advogado, sendo o contrato assim definido por VIEIRA JÚNIOR (2003, p. 55):

*O contrato de prestação de serviços de advocacia é hoje prestação de serviços que traz em seu bojo contrato de mandato, cuja procuração é o seu instrumento. O advogado de hoje é um fornecedor de serviço, na forma como consta no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.*

*O contrato de serviço de um advogado é uma prestação de serviços que traz o contrato de mandato, onde a procuração será seu instrumento. "A responsabilidade do advogado é de realizar a prestação do serviço para o qual foi encontrado". (VIEIRA JÚNIOR 2003, p. 61).*

O advogado terá responsabilidade de realizar a prestação do serviço para o qual foi contratado, onde o Código de Processo Civil (1973) prevê em seu artigo 17 a possibilidade de ser reputada ao advogado a litigância de má fé, assim dizendo:

*Art.17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*

*I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*

*Assim, com o dispositivo do Código de Processo Civil o advogado poderá ser reputado pela litigância de má fé, se infringir algum dos dispositivos citados. Poderá também, sofrer as sanções previstas pela Lei 8.906/94, assim dispostos em seu artigo 32, parágrafo único:*

*Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.*

*Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.*

O advogado deverá ser solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este, para lesar a parte contrária, sendo apurado em ação própria.

Com a assinatura do contrato, surge a relação de obrigação de meio entre o advogado e seu cliente, sendo essa obrigação definida por DINIZ (2004, p. 288) como: “aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo”.

Na relação de obrigação de meio o devedor se obriga a usar todos os meios possíveis para a obtenção do resultado, não podendo ser responsabilizado por não haver conseguido êxito na ação, concluindo DINIZ (2005, p.292):

*O advogado deverá responder contratualmente perante seu constituinte, em virtude de mandato, pelas suas obrigações contratuais de defendê-lo em juízo ou fora dele (Lei 8.906/94, arts. 1º e 2º) e de aconselhá-lo profissionalmente. Entretanto, será preciso lembrar que pela procuração judicial o advogado não se obriga necessariamente a ganhar a causa, por estar assumindo tão somente uma obrigação de meio e não uma de resultado.*

*Como o advogado mantém com seu cliente uma relação de meio, não poderá ser responsabilizado por não obter êxito na ação, uma vez que sua obrigação é de defendê-lo em juízo e aconselhá-lo.*

Em relação aos erros de fato o advogado também poderá ser responsabilizado caso deixe de explicitar uma situação fática correta, como por exemplo, errar um dado em uma petição que venha a causar algum tipo de dano ao seu cliente. (DIAS, 1999).

O advogado poderá ser responsabilizado caso venha a causar algum tipo de dano ao seu cliente, por erros de fato que comete no desempenho de sua função.

Para melhor compreensão de situações passíveis de responsabilização por erro de direito do advogado são colhidos os ensinamentos de DIAS (1973, p. 327):

*Quanto aos erros de direito, é preciso distinguir: só o erro grave, como a desatenção à jurisprudência corrente, o desconhecimento de texto expresso da lei de aplicação freqüente ou cabível no caso, a interpretação abertamente absurda, podem autorizar a ação de indenização contra o advogado, porque traduzem evidente incúria, desatenção, desinteresse pelo estudo da causa ou do direito a aplicar ou, então, caracteriza ignorância, que se torna indesculpável, por que o profissional é obrigado a conhecer seu ofício sem que seja obrigado a mostrar-se um valor excepcional na profissão.*

Para a responsabilização de erro de direito é levado em consideração apenas o erro grave, como desatenção, desconhecimento, podendo ser autorizada uma ação de indenização contra o advogado, pois desatenção e desinteresse pelo estudo da causa são indesculpáveis, pois o profissional é obrigado a conhecer seu ofício.

Exemplo de erro de direito por DINIZ (2001, p. 234):

*Ex: desconhecimento de norma jurídica de aplicação freqüente cabível no caso ou interpretação absurda ou errônea de um texto legal, pois a falta de saber jurídico, a negligência ou imprudência na aplicação da lei redundam em graves falhas no exercício da advocacia, por indicar incúria, desinteresse pelo estudo da causa ou da norma jurídica aplicável, autorizando ação de indenização contra o advogado, porque o profissional tem o dever de conhecer seu ofício, sem que se lhe exija infalibilidade ou conduta excepcional.*

*O desconhecimento de uma norma jurídica, negligência ou imprudência na aplicação de uma lei ou até mesmo em sua interpretação absurda, poderá acarretar em uma ação de indenização contra o advogado, uma vez que ele tem o dever de conhecer sua profissão.*

O advogado não poderá se omitir de providências ou então desobedecer as instruções do constituinte para que foi contratado, podendo ser responsabilizado por suas ações ou omissões, assim dizendo DINIZ (2004, p. 293):

*Pela desobediência às instruções do constituinte, alterando-as excedendo aos poderes nelas contidos ou utilizando os concedidos de modo prejudicial ao cliente, pois elas deverão ser observadas, visto que a função advocatícia não lhe permite dispor dos direitos alheios a seu bel-prazer. Se não concordar com as instruções do cliente recebidas, devera pura e simplesmente renunciar ao mandato.*

*O advogado perante a desobediência às instruções do constituinte poderá ser responsabilizado pelos danos que causar ao seu cliente no decorrer do processo, não podendo assim, alterar ou exceder aos poderes contidos no mandato ou ainda utilizá-los de forma prejudicial ao seu cliente, tendo em vista que, ao não concordar com as instruções recebidas pelo seu cliente, poderá simplesmente renunciar o mandato.*

São exemplos de omissões de providências necessárias, capaz de responsabilizar o advogado pelo fato de ter aceitado o patrocínio da causa, citadas por DINIZ (2001, p. 234):

*Responderá civilmente o advogado que: a) recebeu mandato para adquirir em hasta pública um terreno penhorado e deixou de fazê-lo; b) devia protestar o título que lhe foi entregue para cobrança; c) não se habilitou em falência ou concurso de credores; d) permitiu que outro credor se apoderasse da quantia sobre a qual poderia recair a execução do seu cliente; e) deu causa à nulidade de atos indispensáveis à conservação ou ao reconhecimento dos direitos de seu constituinte; f) recusou um acordo proposto pela parte contrária, estando incumbido de uma causa difícil, e vir a perder a demanda etc.*

*São muitos os exemplos capazes de responsabilizar o advogado por sua omissão das providências necessárias em um processo, onde ao ir contra a vontade de seu cliente, estará indo contra o Código de Ética, ficando claro sua responsabilização não só por seus atos, mas também suas omissões.*

Poderá sofrer ação de reparação de danos o advogado que desobedecer às instruções contidas no mandato, uma vez que ao não concordar com estas, poderá simplesmente renunciá-lo.

Já em relação ao dever do sigilo previsto no artigo 34, VII da lei 8,906/94 o advogado poderá transcorrer em infração disciplinar se violar sem justa causa o sigilo profissional, além disso, poderá ser incumbido ao advogado o dever de pagamento de danos morais. (STOCO, 1995).

O sigilo do advogado está previsto no Código de Ética Disciplina da OAB (1995), em seu artigo 25 assim dizendo:

*Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém, sempre restrito ao interesse da causa.*

*O sigilo do advogado é inerente a sua profissão, impondo o seu respeito salvo grave ameaça, ou quando se vê afrontado pelo próprio cliente, até mesmo em defesa própria tendo que revelar segredo, porém, o advogado deverá estar sempre restrito ao interesse da causa.*

Para melhor entendimento são colhidos os ensinamentos de VENOSA (2003, p. 179):

*O segredo profissional é outra imposição ao advogado, como em outras profissões liberais. Assim, responde perante o cliente se divulgar fatos que soube em razão da profissão e, dessa forma, acarretou prejuízos à parte. Nesse sentido, é direito do advogado recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre o fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.*

*O segredo profissional para o advogado é imposto como em qualquer outra profissão, respondendo perante o cliente sobre a divulgação de fatos que acarretarem prejuízos à parte, podendo recusar-se a atuar como testemunha em casos em que atuou ou deva atuar como advogado, mesmo se autorizado.*

DINIZ (2001, p. 235) diz que será responsabilizado o advogado que “pela violação de segredo profissional, em virtude de imposição de ordem pública”.

O advogado que violar o segredo profissional previsto na Lei 8.906/94, bem como a Constituição Federal poderá ser responsabilizado civilmente.

Outra situação capaz de responsabilizar o advogado por sua responsabilidade civil é a perda da chance, como por exemplo, a perda de um prazo ou a não interposição de um recurso, para melhor entendimento são colhidos os ensinamentos de DIAS (1999, p. 43), pois “na perda de uma chance, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão de seu cliente”.

Quando acontece a perda da chance pelo advogado, ele e seu cliente jamais saberão qual seria o resultado se não tivesse acontecido. Sobre o aspecto da perda da

chance pelo advogado não se é ainda muito utilizada pelas doutrinas brasileiras, embora os tribunais dêem pronta resposta as suas teses, quando em casos concretos. (VENOSA, 2003).

DINIZ (2001, p. 235) ressalta que:

*Só será responsabilizado pelo fato de não haver recorrido, se este era o desejo do seu constituinte e se havia possibilidade de ser reformada a sentença mediante interposição de recurso, cabendo ao seu cliente a prova de que isso aconteceria.*

O advogado só será responsabilizado no caso de não haver recorrido de uma sentença se essa fosse a vontade de seu cliente, ou no caso da sentença puder ser reformada, cabendo a seu cliente a prova de que isso seria possível.

O advogado poderá ainda ser responsabilizado por danos causado a terceiro, onde para melhor entendimento são colhidos os ensinamentos de DINIZ (2001, p. 235):

Pelo dano causado a terceiro, embora excepcionalmente, pois seus atos são tidos como sendo do mandante, exceto se houver desvio, excesso ou abuso de poderes. Será responsabilizado pelos atos que, não importando defesa dos interesses do seu constituinte, danificarem terceiros.

*O advogado que associar outra pessoa ao processo, e esta, causar algum dano a terceiro, o advogado será responsabilizado pelos danos causados por este, salvo se houver desvio, excesso ou abuso de poder.*

Um aspecto importante, porém discutido é que o advogado que for acionado por responsabilidade profissional, não fará jus aos honorários advocatícios, apesar de magistrados reconhecerem seus direitos a eles. (DINIZ, 2001).

Os advogados responsabilizados por sua responsabilidade profissional não farão jus aos honorários advocatícios, apesar de haver julgados que reconheçam os seus direitos.

Porém, o advogado somente será responsabilizado mediante processo judicial, sendo o processo disciplinar um subsidio para o cliente que desejar obter a reparação civil pelo dano causado. (CORREIA, 1999).

A reparação por danos causados pelo advogado só será efetivada mediante processo civil, sendo o processo disciplinar apenas um subsidio para o cliente que assim desejar obter uma reparação.

PEREIRA (2001, p. 162) faz uma síntese da profissão do advogado e sua responsabilização, assim dizendo:

*É na advocacia judicial que mais freqüentemente ocorre a incidência de responsabilidade do advogado. Recebendo a procuração, tem o dever de acompanhar os processos em todas as suas fases, observando os prazos e cumprindo as imposições do patrocínio, como seja: falar nas oportunidades devidas, comparecer às audiências, apresentar as provas cabíveis, agir na defesa do cliente, e no cumprimento das legítimas instruções recebidas. A falta de exatidão no cumprimento dos deveres, além de expor o advogado às sanções disciplinares, sujeita-o a indenizar os prejuízos que causar.*

O advogado que realmente pratica a advocacia está mais propícia a sua responsabilização, onde ao ser assinada a sua procuração, este terá o dever de realizar todas as medidas possíveis para o melhor resultado do processo, onde ao contrário disso, poderá ser responsabilizado à indenizar os prejuízos que por falta desses cuidados foram causados.”

(Fonte: <http://gestaonaadvocacia.wordpress.com/2010/02/19/a-gestao-e-a-responsabilidade-civil-do-advogado-desmistificando-o-futuro-da-advocacia-8/>, data de acesso 13/01/2012)

## 3 - Erro Médico e Responsabilidade Civil

(\*) *Neri Tadeu Camara Souza Elaborado em 06/2004*

“A palavra médico, tem como origem o verbo grego: *medeo*, que quer dizer: "cuidar de". Portanto, o médico é aquele que cuida. Hipócrates acentuou bem a finalidade da atuação do médico: do latim, *primo non nocere* ou seja, "primeiro não prejudicar". No mesmo sentido vai o adágio latino corrente no direito brasileiro, em termos de Responsabilidade Civil: *naeminen laedere* - "não lesar ninguém". Assim, se na sua atuação o médico causar dano a alguém, estará indo de encontro ao ditame maior da sua profissão, qual seja, não prejudicar o paciente com sua atividade profissional. Se isto acontecer, causado o prejuízo, surge, para o médico causador do dano, o dever de reparar. Nos deparamos com a necessidade de ressarcir aquele que foi lesado, já que, responsabilidade civil é a obrigação, que tem qualquer pessoa, de reparar o dano - lesão, prejuízo - causado à outrem. Surge, nestes casos, para a pessoa física e jurídica o dever de reparar os danos que causar a outra pessoa. Existem nos ordenamentos jurídicos, de praticamente todas as nações, normas estabelecendo a responsabilização do médico, em termos de Direito Civil, ou seja, a sua responsabilidade civil, através de normas gerais ou mesmo por meio de regras de responsabilidade civil específicas para o médico. Encontramos no direito positivo da Áustria, codificada pois, a definição de DANO, que transcrevemos por didática, e aplicável, que é, ao nosso tema. Está no Código Civil Austríaco (ABGB) no Parágrafo (leia-se: "Artigo") 1293, in limine, que nos diz: "§ 1293, Schade heibt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.". Em tradução livre do autor: Dano é a lesão - prejuízo - a que alguém é submetido no seu patrimônio, nos seus direitos, ou na sua própria pessoa.

O Código de Ética Médica (Resolução nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina), no Capítulo III, que aborda A RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL, determina que: "É vedado ao médico:", especificando em seu artigo 29: "Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência". Portanto, segue o disposto, no terreno da Responsabilidade Civil, de não ser causado prejuízo ao paciente.

### Textos relacionados

- Dano imaterial: a compreensão dos interesses jurídicos e de sua lesão segundo volume tridimensional da dignidade humana (<http://jus.com.br/revista/texto/20826/dano-imaterial-a-compreensao-dos-interesses-juridicos-e-de-sua-lesao-segundo-volume-tridimensional-da-dignidade-humana>);
- Da possibilidade jurídica da lavratura de escritura pública de estabelecimento de diretivas antecipadas de vontade (<http://jus.com.br/revista/texto/20819/da-possibilidade-juridica-da-lavratura-de-escritura-publica-de-estabelecimento-de-diretivas-antecipadas-de-vontade>);
- Eutanásia: morte digna ou homicídio? (<http://jus.com.br/revista/texto/20818/eutanasia-morte-digna-ou-homicidio>);
- A aquisição de medicamentos, produtos e insumos estratégicos, sem registro na Anvisa, por intermédio de organismos internacionais. Mecanismo indispensável ao Estado brasileiro para concretização do dever constitucional de prestar a saúde (<http://jus.com.br/revista/texto/20789/a-aquisicao-de-medicamentos-produtos-e-insumos-estrategicos-sem-registro-na-anvisa-por-intermedio-de-organismos-internacionais>);

- O essencial à compreensão dos direitos dos adquirentes de imóveis na planta e os atrasos das obras (<http://jus.com.br/revista/texto/20767/o-essencial-a-compreensao-dos-direitos-dos-adquirentes-de-imoveis-na-planta-e-os-atrasos-das-obras>).

O artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor – CDC – (Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990), também determina a reparação dos danos causados por qualquer tipo de serviço, e, em tudo, se aplica ao serviço médico que for prestado, in verbis: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

E, a necessidade do médico de indenizar, também se encontra bem expressa no artigo 951, do Código Civil brasileiro, que estabelece: "O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho".

No Direito Civil brasileiro a responsabilidade civil é abordada sob a ótica de duas teorias mais destacadas. Temos a teoria da responsabilidade subjetiva (também chamada "teoria da culpa") e a teoria da responsabilidade objetiva. A responsabilidade civil do médico segue os mesmos ditames gerais da responsabilidade civil. Como uma das teorias da responsabilidade civil em geral, utilizadas pelos Tribunais, temos a da responsabilidade objetiva, na qual há necessidade da existência de um dano – prejuízo – sem se indagar se existe culpa na conduta do agente causador do dano. É necessário, apenas, que exista o nexo causal entre o ato do agente do dano e o prejuízo causado ao lesado, mas frise-se, deve haver nexo causal adequado entre o agir do que causou o dano e a lesão. Esta teoria – da responsabilidade objetiva – não é a aplicada pelos julgadores ao médico nos casos de responsabilização civil por danos causados à pacientes.

Encontramos também, em termos de responsabilidade civil, a teoria da responsabilidade subjetiva ("teoria da culpa"), a qual estabelece que tendo havido um agir lesivo – ato lesante – causando um dano, e entre este ato lesivo e o dano causado houver uma relação de causa e efeito, ou, seja houver nexo causal, presente estando na conduta do agente lesante – o autor do ato lesivo - a culpa, sob qualquer das suas formas (imperícia, imprudência, negligência, ou mesmo dolo), caracterizada está em nosso ordenamento jurídico a necessidade de responsabilizar civilmente o causador do dano. Deve este agente lesante reparar o prejuízo sofrido pelo que foi lesado. A "teoria da culpa" (responsabilidade subjetiva), aplica-se, pois, no erro médico, quando avaliado pelos Tribunais, sendo, inclusive, expressamente determinada a sua utilização no caso da atuação do médico, profissional liberal que é, no parágrafo 4º, do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que reza: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa." Mas, deve haver, é indispensável uma prova inequívoca de que houve culpa no proceder do médico. E, em termos de Direito Civil, é atribuição – ônus - do paciente fazer prova de que o médico agiu com culpa. A culpa, mesmo que levíssima, obriga a indenizar o paciente pelo prejuízo sofrido. Sem a prova da culpa do médico tudo será imputado unicamente ao infelício.

Assim, a responsabilização na justiça civil se dá a partir da constatação da culpa, em seu sentido amplo, no agir do médico. A culpa, no sentido amplo, poderá estar

presente sob a forma de dolo, ou como culpa no sentido estrito. O dolo se caracteriza por um agir voluntário – consciente. O agente, no caso o médico, com a sua conduta, quer obter um determinado resultado danoso - específico - ou assume o risco de que ele ocorra. A culpa no sentido estrito, por sua vez, se caracteriza por um atuar não direcionado para obter um resultado danoso, mas inconscientemente – involuntariamente – adota, o médico, conduta profissional viciosa – errônea - causando dano ao paciente. Não quer causar dano ao paciente, mas sua atuação - postura - profissional está corrompida por imperfeições.

A imperícia, a imprudência ou a negligência, estando presentes em um ato médico que provoque dano em um paciente, estará caracterizada a presença de culpa no sentido estrito, no agir do profissional médico, pois são estas as maneiras desta se apresentar no agir culposo, em seu sentido estrito. A imperícia, do latim *imperitia*, se caracteriza por um agir sem noções técnicas satisfatórias ou com inadequada utilização dos conhecimentos sobre a sua área de atuação profissional – incompetente, inábil para a sua profissão. De imprudentia, também do latim, vem o termo imprudência. Apresenta um caráter comissivo – como um agir intempestivo, precipitado, irrefletido. Caracteriza-se por uma atuação sem a cautela adequada àquele momento da atividade profissional. Negligência vem igualmente do latim, *neglegentia*. Tem característica omissiva – é uma omissão aos deveres que uma determinada situação profissional exigir – seria uma abstenção (por inação, indolência, preguiça mental) da conduta médica indicada para determinada ocasião – um não atuar.

Há uma necessidade, aqui, de se distinguir entre um agir, por parte do médico, de maneira diligente (zelosa), cautelosa e com habilidade, perfeitamente ciente de seus deveres profissionais e perfeitamente adequado ao contexto do atendimento médico (circunstâncias de tempo e lugar), mas que resulte, por imprevisível, em um dano ao paciente – erro escusável, daquele atuar do médico de uma maneira inadequada – imperita, negligente ou imprudente – caracterizando a presença de culpa em sua conduta profissional e que resulte em prejuízo ao paciente – erro inescusável, previsível.

E, o Código Civil, prevê este agir, no caso do dolo ("ação ou omissão voluntária"), da negligência e da imprudência, como um ato ilícito, no terreno do Direito Civil, em seu artigo 186, in verbis: "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.". Em tudo e por tudo aplicável à atividade médica, exemplificando, além de outras razões, com o fato do médico em determinadas circunstâncias profissionais extrapolar os limites da sua competência técnica em um determinado caso, ou apresentar desvios de conduta, com isto causando danos ao paciente, encontramos, complementando o artigo 186, os comandos legais do artigo 187, do Código Civil brasileiro, in verbis: "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.". Também complementando o artigo 186 (e o 187), em seu comando de responsabilizar por danos ao paciente o médico, há o artigo 927, do mesmo Código Civil, que diz: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.".

Portanto a conduta negligente e imprudente subsume-se no descrito no artigo 186, do nosso Código Civil, gerando a responsabilização do médico na esfera civil pelos danos porventura ocasionados a um paciente com esta conduta profissional culposa. A imperícia, tem sua responsabilização civil prevista no artigo 951, do mesmo Código Civil, in verbis: "O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por

negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.". Dispõe ainda este artigo, também, mais uma vez, a previsão de responsabilização nos casos de conduta médica eivada de culpa na forma de imprudência ou negligência.

E, dizem os artigos 948, 949 e 950, do nosso Código Civil:

*"Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*

*I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;*

*II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima."*

*"Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido."*

*"Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu."*

*Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez."*

Tudo isto porque a relação médico-paciente se constitui em uma relação contratual. Raras vezes é extracontratual, como em determinados casos de emergências médicas em que o paciente esteja inconsciente ou lhe falte capacidade jurídica para se autodeterminar. Em sendo um contrato cabe lembrar que, à esta relação, se aplica o disposto no artigo 389 do Código Civil brasileiro, que diz: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.". Se o médico não cumprir com a sua obrigação com o paciente, identifica-se a sua conduta com o disposto no referido artigo, com as repercussões legais daí decorrentes.

A obrigação do médico com o paciente é uma obrigação de meios. Na OBRIGAÇÃO DE MEIOS, aquele que é o contratado se obrigou a utilizar os procedimentos adequados para cumprir com a sua tarefa. A conduta do profissional, sob o ponto de vista técnico, o atuar propriamente dito, é que é inserido na relação jurídica - adimplindo a obrigação aquele que se obrigou profissionalmente, no caso o médico, se atuou da maneira adequada. Tendo agido com diligência, prudência e habilidade, tendo um atuar compatível com a legis artis ("estado da arte") médica, naquele determinado local e momento, o médico cumpriu com a sua obrigação. Não há o dever específico de curar, mas de se desempenhar a contento, em conformidade com as regras da profissão, sem vícios de conduta. Empregando todos os seus esforços para alcançar a cura do paciente, estará o profissional executando aquilo pelo qual se obrigou, ou seja, cumprindo sua obrigação contratual.

Mencione-se que a par da obrigação de meios existe a OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. Nesta, o compromisso, por contrato que é, consiste em efetuar um

determinado procedimento médico no paciente para obter um resultado específico - determinado. Nessa obrigação, dentro da relação jurídica, se encontra a necessidade de obter um dado resultado, sendo esse devido pelo obrigado, no caso o médico. O médico só adimplirá a obrigação contratual se alcançar aquele específico resultado contratado. Aplica-se em termos de contrato de prestação de serviço médico a obrigação de resultado – atingir com o tratamento médico um fim determinado – nos casos, em nossos Tribunais, em que são analisados erros médicos na área da cirurgia plástica estética. A jurisprudência pátria é dominante – majoritária - neste sentido, apesar de existirem vozes discordantes.

O erro médico é um inadimplemento, bem caracterizado, de um contrato. Estamos frente à uma conduta bem definida de falha na prestação de serviços, no caso médicos, emergindo daí a necessidade de ser responsabilizado o profissional, em termos de responsabilidade civil, quando acompanhado de culpa o seu agir. Isto redundava - quando em juízo assim decidem os Tribunais brasileiros - em uma sanção, imposta ao médico, de indenizar o paciente lesado pela sua conduta culposa.

Utilizam-se, para juridicamente responsabilizar o médico pelo erro, todos os meios de prova aceitos em direito. Os prontuários, fichas clínicas dos pacientes, onde se encontram os seus dados clínicos e detalhes do atendimento, são de crucial importância, como elemento probatório. Acentue-se a importância da prova pericial, pela complexidade e controvérsias sobre as condutas em um tratamento médico, motivo pelo qual pode esta perícia, até, tornar-se indispensável.

Exoneram, o médico, da responsabilização pelos danos ao paciente, em sede de responsabilidade civil, a força maior ou o caso fortuito. No caso fortuito, como na força maior não se cogita de agir culposo por parte do profissional. Não havendo atuação culposa, já que o dano ao paciente foi decorrente de força maior ou caso fortuito, há exoneração da responsabilidade civil do médico, perante os Tribunais.

A força maior tem por característica ser um acontecimento não pertencente à relação médico-paciente. Mesmo que identificada e previsível, a força maior se caracteriza por não ser evitável pelo agir do homem. Mesmo que assim deseje o ser humano não consegue impedir nem que ocorra, nem as suas consequências.

Já o caso fortuito é inerente ao agir humano, na relação médico-paciente, decorre desta relação (é intrínseco à esta relação). Não é previsível, é inesperado, logo, não pode ser evitado. Assim, independe a sua ocorrência tanto dos profissionais de saúde, como do paciente. Ou seja, ocorre, o caso fortuito, independentemente da vontade do médico ou do paciente.

Também, a culpa exclusiva do paciente por um dano que tiver sofrido, exonera o médico da responsabilização civil pelo prejuízo que deste tenha advindo.

No terreno do erro médico o Direito Civil tem, pois, orientações bem definidas de responsabilidade civil para o manejo jurídico deste pelos Tribunais. Ressalte-se, dentre estas que abordamos e outras, a necessidade de haver NEXO CAUSAL, relação de causa e efeito, entre o ATO MÉDICO CULPOSO, ao qual se quer atribuir a responsabilidade de ser o causador da lesão, e o DANO sofrido pelo paciente.”

*Autor: Neri Tadeu Camara Souza - advogado e médico em Porto Alegre (RS), especialista em Direito Médico. É autor do livro "Responsabilidade civil e penal do médico", LZN, Campinas, 2003.*

### **Informações sobre o texto**

*Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT*

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Erro médico e responsabilidade civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 438, 18 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5697>>. Acesso em: 12 jan. 2012.*

(Fonte: <http://jus.com.br/revista/texto/5697/erro-medico-e-responsabilidade-civil>, data de acesso 13/01/2012)

## 4 - RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

“que der azo a tal situação.... ilícito ou da prestação do serviço.... Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se obriga... médico, mas, obviamente, deve-se fazer o cotejo das disposições citadas...

(Fonte: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/pdf/310914.pdf>, data de acesso 13/01/2012)

## 5 - Responsabilidade Penal do Contador

(\*) Paulo Quezado (advogado em Fortaleza)

### 1. A importância do tema

“O profissional da contabilidade, na condição de empregado, de profissional liberal, de servidor público ou de sócio de empresa de prestação de serviços contábeis, encontra-se envolvido em uma teia de relações jurídicas entre empresários, investidores, governo, bancos, Justiça (perito contábil) e etc. Destarte, o produto de seu ofício (informações contábeis, balanços, peças contábeis assinadas) ditará o destino de investimentos, conduzirá a vida de empresas e será prova do papel social e tributário desta junto aos entes federativos. Enfim, as implicações da conduta do chamado na antigüidade de “artífice da escrituração mercantil” abrangem amplos setores do Estado, economia e sociedade. Vejamos, então, até que ponto vai sua responsabilidade penal no exercício profissional.

### 2. Responsabilidade: conceito e classificação

2.1. Conceito. No léxico Houaiss, há várias significações: “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”, “caráter ou estado do que é responsável” e “dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico”.

2.2. Classificação. responsabilidade civil: "A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (Silvio Rodrigues). Esta pode ser ainda contratual (violação direta das normas do contrato) e extracontratual (violação do ordenamento jurídico). Há ainda a responsabilidade administrativa, no caso de envolver um agente público no exercício da função, como v.g. o perito judicial, e a responsabilidade penal, quando os atos do agente repercute na seara penal, enquadrando-se como crime ou contravenção. Nesta, diferente da civil, o interesse protegido é público (violação direta da ordem social) e a consequência do dano é a pena. Assim, o foco desta é a pessoa; daquela, o dano.

ATENÇÃO: há ainda a responsabilidade subjetiva (necessita-se provar o dolo ou culpa do agente) e objetiva (deve-se apenas provar a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos). No direito penal, não se aceita a responsabilidade objetiva; é mister que se

prove o dolo ou a culpa do agente. Aplica-se, de forma absoluta, a teoria da responsabilidade subjetiva no direito penal. Em regra, aplica-se também no direito civil.

### **3. Responsabilidade civil subjetiva do contador**

3.1. Novo Código Civil (Lei 10.406/2003). Conforme o artigo 186 do NCC, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O art 927 dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. O juiz poderá aplicar ainda multa sobre o valor da causa, no caso de dano por perito contábil (art. 424/CPC).

E para reparar o dano que o perito causou, pode o juiz aplicar um percentual sobre o valor da causa, a título de multa, em decorrência do possível prejuízo a ser reparado, CPC art. 424, este artigo é específico para o perito.

3.2. Código do Consumidor (Lei 8.078/90). Excepcionando a regra do CDC, a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva. Arts. 14 e 18. c/c o art. 927 do código Civil. Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Enfim, deve-se comprovar dano, ação, nexo causal e dolo ou culpa do agente causador do dano.

3.3. Responsabilidade do contador perante o direito de empresa. O Novo Código Civil trouxe capítulo referente ao “direito da empresa”, no qual trata sobre a responsabilidade civil do contador juntos às sociedades empresárias. “Entre os artigos do Código que norteiam o exercício contábil, um dos mais importantes para a área é o de número 1.177, que trata da responsabilidade civil do contador. Ao produzir balanços, por exemplo, caso o erro cometido tenha sido praticado por imperícia, o contador responderá diretamente a quem solicitou o serviço. A situação evolui para processo penal se ficar provado que o profissional tinha conhecimento do erro ao divulgar o balanço. Neste caso, ele responderá à Justiça, assim como às outras entidades envolvidas.”(Celso Marcelo de Oliveira)

### **4. Responsabilidade penal do contador**

Seria simplório abordar em uma palestra as implicações criminais de uma função tão importante e complexa como a do profissional da contabilidade. Há várias legislações a serem analisadas, como por exemplo: Código Penal, Lei 8.137/90 (crimes fiscais), Lei 11.101/2005 (Nova Lei de Falências) e Lei 7.492 (crimes contra o colarinho branco). Veremos que mais do que “crimes específicos” quanto à atividade do contador, há uma imensa responsabilidade deste profissional em co-autoria ou participação em variados crimes.

4.1. Falso Testemunho ou Falsa Perícia (Perjúrio). Art. 342 do CP (DL 2.848/1940), inseridos no capítulo “Dos Crimes contra a Administração da Justiça”, alterados pela Lei 10.268/2001.

*“Falso testemunho ou falsa perícia*

*“Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)*

*“Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.*

*“§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)*

*“§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)*

Nomenclatura. “Perjúrio”. Antigo crime religioso, em que se traía o juramento perante Deus e, assim, era punido com açoite, decepção da língua ou morte.

Agentes: entre outros, o perito judicial e o contador. Conduta: fazer afirmação falsa (mentir), negar quando sabe a verdade ou calar a verdade como perito ou contador em processo (civil, penal, trabalhista e administrativo) e inquérito policial, ou juízo arbitral. Crime de mão própria: só o perito ou o contador pode praticá-lo. Em princípio não se admite co-autoria, nem participação. Todavia, o STF tem admitido co-autoria de advogado com seu cliente, ao instruir este a mentir em processo (RHC 81.327). Sujeito passivo: o Estado. Elemento subjetivo: vontade livre e consciente de mentir ou omitir a verdade (é irrelevante o fim do agente). A falsidade deve versar sobre fato juridicamente relevante para a solução da causa. Consumação: encerramento do depoimento ou com a entrega do laudo pericial em cartório (crime formal, não precisa de resultado), sendo irrelevante se influi no desfecho do processo (STF, HC 73.976). Compromisso: doutrina clássica (Hungria, Noronha) – haverá crime mesmo que a testemunha não firme compromisso. Tribunais: as testemunhas dispensadas de dizer a verdade (informantes) não cometem o crime. Atenção: “Quem não é obrigado pela lei a depor como testemunha, mas que se dispõe a fazê-lo e é advertido pelo Juiz, mesmo sem ter prestado compromisso pode ficar sujeito as penas do crime de falso testemunho”. (STF - HC 69358, 2ª T, e HC 66.511-0, 1ª T) O STJ, seguindo posição do STF, tem decidido que é “irrelevante a formalidade do compromisso para a caracterização do crime de falso testemunho”. (HC 20924).

Ressalte-se, no entanto, que a testemunha tem o direito de calar sobre fatos que a incrimine.

Medidas despenalizantes. Não será punível o agente caso se retrate ou declare a verdade até a sentença de primeiro grau. O final do prazo é a publicação da sentença, que se dá com a sentença na mão do escrivão. No Júri, vai até a leitura da sentença, em Plenário. “Sursis” processual: caberá a suspensão processual, pois diz o art. 89 da Lei 9.099/95 – “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

4.2. Sonegação Fiscal (Lei 8.137/90, arts. 1º e 2º). Crimes cometidos por particular contra a ordem tributária.

*Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)*

*I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*

*II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*

*III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*

*IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;*

*V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.*

*Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

*Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.*

*Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)*

*I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;*

*II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;*

*III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;*

*IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;*

*V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

Ação penal. São crimes de ação penal pública incondicionada (art. 15). Elemento subjetivo: os agentes destes crimes que somente poderão ser punidos a título de dolo, nunca de culpa. Há que se provar a vontade livre e consciente do autor do delito de suprimir ou reduzir tributo (dolo específico). Competência: no caso de tributos federais, a competência será da Justiça Federal (art. 109, V, CF), porque praticado em detrimento de bens ou interesses da União. Crimes materiais (art. 1º): depende da produção do resultado naturalístico, que consiste na efetiva supressão ou redução do tributo, contribuição etc. Crimes formais (art. 2º): os delitos do art. 2º consumam-se apenas com a realização da conduta. Sujeito Ativo: contribuinte (pessoa física), administrador, diretor ou gerente e contador (pessoa jurídica). O art. 11 desta lei diz que “Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Portanto, não há dúvida de que aqui também poderá estar enquadrada a conduta ilícita do contador, no mínimo em co-autoria e, principalmente, porque boa parte das condutas dos arts. 1º e 2º são típicas de sua função. Sujeito passivo: Estado (Fazenda Pública). Excludente de ilicitude (art. 23 do CP): não poderá o alegar o contador que cumpria ordens de seu patrão ou tomador dos serviços, pois sonegar não significa “estrito cumprimento de dever legal”, nem muito menos “exercício regular de direito”.

O STJ já decidiu, de forma contundente, que responde pelo crime de sonegação fiscal: “contador e o procurador da empresa que, inobstante ter conhecimento da existência de simulação, fez a escrituração e o controle contábil respectivo e assinou, em nome da pessoa jurídica, guia de informação e apuração do ICM, durante o tempo em que durou a fraude” (Grifamos.) (RHC 305/SP, Rel. Min. Carlos Thibau, 6ª Turma) Contador e sonegação: outros julgados: (Vide também HC 42165 / SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, 5ª TURMA, Julgamento 28/06/2005; HC 13322 / RJ, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, 5ª TURMA, Julgamento 28/11/2000.) (STF, HC 80797 / SP - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Julgamento 07/08/2001, Primeira Turma.)

Crime Societário. Denúncia genérica: Ementa: (...) 1. Os fatos descritos na denúncia são atividades inerentes aos sócios-responsáveis, cabendo a eles a prestação de informação sobre a renda auferida ao fisco e o ônus de efetuar o recolhimento do tributo devido. 2. Nesse contexto, tratando-se de crime societário, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que a exordial narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso desprovido. (STJ, RHC 19686 / SP, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, 5ª TURMA, Julgamento 28/06/2007, DJ 13.08.2007.) (STJ, 6ª Turma, HC 40005 / DF, Relator(a) Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, Julgamento 07/11/2006, DJ 02.04.2007.)

Medidas Despenalizantes. Pagamento do tributo (Lei 9.249/95): “art. Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. Pagamento parcelado: o STF (HC 85.452-4) já decidiu que as normas do PAES (Lei 10.684/2003) aplicam-se a qualquer parcelamento. Logo, a pretensão punitiva do Estado será suspensa ao se pactuar o parcelamento antes ou depois do recebimento da denúncia oferecida pelo MP. Findo o parcelamento, extingue-se a punibilidade. O STJ já decidiu que basta o deferimento do pedido de parcelamento, antes de recebida a denúncia criminal, para que se verifique a extinção da punibilidade,

ocasionando o trancamento da ação penal (RHC nº 11.598/SC). O STF inclusive tem aplicado as regras do PAES (lei federal) aos parcelamentos estaduais (HC 83.936). “Sursis” processual: somente poderá ser aplicada a suspensão condicional do processo para os crimes do art. 2º da Lei 8.137, que fixa a pena mínima em 6 meses (art. 89, Lei 9.099/95). Delação premiada: “Art. 16 (...)

*Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.” (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) Atenção: o STF tem decidido que a suspensão da pretensão punitiva do Estado por meio do parcelamento fiscal, não se estende ao crime de quadrilha ou banco, pela autonomia deste delito. Todavia, a falsidade ideológica que se exaure na sonegação é por este absorvida por ser crime-meio (HC 84453). No caso do falso que se exaure na sonegação, caso seja anistiado pela sonegação, também deixará de responder pelo falso (RHC 2.145)*

Esgotamento da Instância Administrativa. Lançamento definitivo: o STF firmou orientação, seguida pelo STJ e demais tribunais deste país (ADIN 1.571), que a ação penal somente poderá ser instaurada após o encerramento definitivo do processo administrativo de lançamento fiscal, isto é, a constituição definitiva do crédito tributário. Quem dá a palavra final se o tributo é devido ou não é o Fisco. Mas, caso o MP tenha provas suficientes da sonegação poderá denunciar, pois é o titular da ação penal, diz a CF. Diz o art. 83 da Lei 9.430/96: "Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente."

4.4. Sonegação de contribuição previdenciária: art. 337-A do CP, acrescentado pela Lei 9.983/2000. O crime se perfaz com a ação de suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Extinção da punibilidade: se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. Haverá a possibilidade do parcelamento, porém não será possível a suspensão condicional do processo. Ressalve-se que, neste crime, é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o

ajuizamento de suas execuções fiscais. Não foi adotado o princípio da insignificância, mas permitido o perdão judicial ou somente aplicação de multa.

4.3. Crimes Falimentares do Contador. A Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005) ampliou a responsabilidade penal do contador, ao dispor:

- a) *Fraude a credores. Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Haverá aumento de penal ( $\frac{1}{6}$  a  $\frac{1}{3}$ ) se o agente: I - elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos; II - omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; III - destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado; IV - simula a composição do capital social; V - destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.*
- b) *Contabilidade paralela. A pena do crime do art. 168 é aumentada de  $\frac{1}{3}$  (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação. Concurso de pessoas. Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade. Redução ou substituição da pena. Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de  $\frac{1}{3}$  (um terço) a  $\frac{2}{3}$  (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.*
- c) *Violação de sigilo empresarial. Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*
- d) *Omissão dos documentos contábeis obrigatórios. Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. Apenas neste caso, haverá a possibilidade de aplicar-se a suspensão condicional do processo.*

## 5. Bibliografia

- AREND, Dante Aguiar. As conseqüências penais do parcelamento das dívidas tributárias, no contexto do art. 9º da Lei nº 10.684/2003. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 105, 16 out. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4431>
- EISELE, Andreas. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Dialética, 1998.
- FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. Vol. 1. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MONTEIRO, Samuel. Crimes fiscais e abuso de autoridade. São Paulo: HEMUS, 1993.
- NABARRETE NETO, André. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 17, ano 5, jan./março, 1997.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Responsabilidade civil e penal do perito. O profissional de contabilidade na nova legislação civil e falimentar. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 626, 26 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>
- QUEZADO, Paulo Napoleão Gonçalves. Crimes contra a ordem tributária: parcelamento fiscal e extinção da punibilidade. Fortaleza: Books Editora, 2004.
- (Fonte: [http://www.crc-ce.org.br/crcnovo/files/Responsabilidade\\_penal\\_do\\_Contador.pdf](http://www.crc-ce.org.br/crcnovo/files/Responsabilidade_penal_do_Contador.pdf), data de acesso 13/01/2012)

## 6 - Responsabilidade civil da administração pública

(\*) Bruno Mattos e Silva - DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CONCURSOS - Editora Del Rey

### Capítulo 7

“A responsabilidade civil da Administração Pública decorre do dever de indenizar os danos que seus agentes causarem aos particulares no exercício da atividade administrativa.

Também chamada de responsabilidade civil do Estado, a responsabilidade civil da Administração Pública prescinde de dolo ou culpa. É necessário que exista o dano, que não tenha sido causado por ação ou omissão do particular, bem como que exista nexos de causalidade<sup>1</sup>[1] entre a atividade administrativa (fato do serviço) e o dano sofrido pelo particular, para que surja a responsabilidade civil da Administração, regra prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

*“Art. 37 (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”*

---

“<sup>1</sup>[1] “Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexos de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido.” (STF, Segunda Turma, RE-AgR 481110/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 06/02/2007, DJ de 09-03-2007)

Trata-se de positivação da teoria do risco administrativo, por meio da qual fundamenta-se que ao exercer sua atividade, o Estado cria riscos que deve suportar. Assim, mesmo no caso de funcionamento correto da atividade administrativa, poderá existir responsabilidade civil do Estado ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras do serviço público. É a visão mais moderna acerca de responsabilidade civil do Estado.

É correto dizer que “No âmbito da responsabilidade civil do Estado, a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do risco administrativo. Dessa forma, a responsabilidade objetiva será afastada se o Estado comprovar, como matéria de defesa, a ausência do nexo causal entre o dano e a ação do Estado, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou, ainda, força maior ou caso fortuito”.<sup>2[2]</sup>

Historicamente, já existiu a teoria da não responsabilização do Estado pelos atos praticados agentes que causassem danos aos particulares (“the king can do no wrong”); a teoria da responsabilidade com culpa do Estado, também chamada de subjetiva, segundo a qual existia obrigação de indenizar apenas se os agentes tivessem agido com culpa ou dolo; a teoria da culpa administrativa, pela qual o dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a existência de falha da atividade administrativa (o serviço público não funcionou ou funcionou mal e causou dano).

Por fim, existe a teoria do risco integral, que jamais foi acolhida no Brasil, por meio da qual basta que exista o dano para que surja a responsabilidade civil, mesmo que o dano decorra de culpa exclusiva do particular. É correto dizer que “A teoria do risco integral jamais foi acolhida em quaisquer das constituições republicanas brasileiras”.<sup>3[3]</sup>

É correto dizer que “A doutrina da culpa administrativa representa um estágio de transição entre a doutrina da responsabilidade civilística e a tese objetiva do risco administrativo”.<sup>4[4]</sup>

“No Brasil, adotou-se a responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade ‘teoria do risco administrativo’. Assim, é correto dizer que: deve ser comprovado o nexo causal entre o dano e a conduta do agente público.”<sup>5[5]</sup>

Se houver dolo ou culpa do servidor causador do dano, o Estado terá direito de cobrar desse servidor a indenização que foi devido ao particular. É errado dizer que “Proposta a ação de indenização por danos materiais e morais contra o Estado, sob o fundamento de sua responsabilidade objetiva, é imperioso que este, conforme entendimento prevalecente, denuncie à lide o respectivo servidor alegadamente causador do dano”,<sup>6[6]</sup> pois o direito do Estado deverá ser exercido em ação própria.

---

<sup>2[2]</sup> UnB/CESPE – Prefeitura Municipal de Rio Branco, Concurso Público para Procurador Jurídico, Cargo 40, Caderno Uruguai, aplicação em 2/9/2007, questão n° 42.”

<sup>3[3]</sup> CESPE/UnB – Município de Vitória, Concurso Público para Procurador Municipal, aplicação em 3/6/2007, questão n° 19.

<sup>4[4]</sup> CESPE/UnB – Município de Vitória, Concurso Público para Procurador Municipal, aplicação em 3/6/2007, questão n° 18.

<sup>5[5]</sup> Ministério Público do Estado de São Paulo, 85º Concurso Público para ingresso na carreira de Promotor de Justiça, prova versão 1, aplicação em 3/12/2006, questão n° 47, alternativa “e”.

<sup>6[6]</sup> CESPE/UnB – OAB, Exame de Ordem 2007.1 (unificado), prova objetiva p1, caderno A, aplicação em 15/4/2007, questão n° 84.

Com relação à responsabilidade civil do Poder Público, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é correto dizer que “Tal dispositivo adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva e aplica-se às concessionárias de serviços públicos”.7[7]

De acordo com o STF, o concessionário ou permissionário de um serviço público responde objetivamente perante os usuários do serviço público, mas não se estende a pessoas que não detenham essa situação jurídica.8[8] Poderá existir responsabilidade, porém, de acordo com o direito civil (responsabilidade culposa, teoria do risco etc).9[9]

Foi considerado errado dizer que: “Uma senhora foi atropelada por um ônibus de uma empresa concessionária de serviço municipal de transporte urbano. Nessa situação, há responsabilidade objetiva do município”.10[10]

O motivo desse entendimento é a orientação jurisprudencial do STF, no sentido de que “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário”.11[11] Como se vê, o STF restringe o alcance do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

É errado dizer que “Considere que uma pessoa tenha morrido dentro de um ônibus de uma concessionária de serviço público municipal, em decorrência de incêndio causado por traficantes armados, após terem obrigado o motorista do veículo a parar, sob grave ameaça de morte. Nessa hipótese, há responsabilidade objetiva da concessionária, em face de as vítimas serem usuárias do serviço público”.12[12]

Embora as vítimas seja usuárias, pela teoria da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o concessionário não responde por fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, exatamente porque a teoria do risco integral não foi acolhida.13[13]

---

<sup>7</sup>[7] OAB-RS, 2º exame de ordem de 2007, aplicação em 19/8/2007, questão nº 11, alternativa “c”.

<sup>8</sup>[8] “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido.” (STF, RE 262651, Segunda Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 16/11/2005, DJ de 06-05-2005)

<sup>9</sup>[9] SILVA, Bruno Mattos e. *Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 285.

<sup>10</sup>[10] CESPE/UnB - Concurso Público - Defensor Público do Estado de Sergipe, “Caderno Aracaju”, aplicação em 24/7/2005, questão nº 12.”

<sup>11</sup>[11] STF, RE nº 262651, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Informativo 370.

<sup>12</sup>[12] CESPE/UnB – TRF-5ª Região, Concurso Público para Juiz Federal, prova objetiva, aplicação em 30/7/2006, questão nº 9.

<sup>13</sup>[13] “CIVIL. INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE COLETIVO (ÔNIBUS). ASSALTO À MÃO ARMADA. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. 1 - O assalto à mão armada, dentro de ônibus, por se apresentar como fato totalmente estranho ao serviço de transporte (força maior), constitui-se em causa excludente da responsabilidade da empresa concessionária do serviço público. 2 - Entendimento pacificado pela Segunda Seção. 3 - Recurso especial não conhecido.” (STJ, QUARTA TURMA, REsp 331.801/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. em 05.10.2004, DJ de 22.11.2004)

Poderá haver, porém, responsabilidade da concessionária se houver falha no dever de vigilância (direito civil), tal como ocorre no atropelamento ocorrido em estradas de ferro.<sup>14</sup>[14]

O Estado também responde objetivamente ainda que o serviço público seja prestado por um delegatário do Poder Público. É correto dizer que “Há responsabilidade objetiva do Estado por dano causado por serventuário, pois os serviços notariais são exercidos por delegação do poder público”.<sup>15</sup>[15]

É errado dizer que “A vítima de dano causado por ato comissivo deve ingressar com ação de indenização por responsabilidade objetiva contra o servidor público que praticou o ato”, pois o servidor só responde, como regra, por culpa.<sup>16</sup>[16]

Há responsabilidade objetiva do Estado decorrente de omissão?

Até existe precedente do STF admitindo que a responsabilidade objetiva do Estado pode até mesmo decorrer de omissão.<sup>17</sup>[17] Mas há manifestação na doutrina

---

<sup>14</sup>[14] “DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. ‘Neste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a orientação jurisprudencial no sentido de que é civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora essa atividade cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos. Embargos de divergência não conhecidos. (REsp 705.859/SP, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 08.03.2007.)’ 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”(STJ, QUARTA TURMA, REsp 437.195/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. em 19.06.2007, DJ de 06.08.2007)

<sup>15</sup>[15] CESPE/UnB - Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Concurso Público para ingresso na Titularidade dos Serviços Notariais e de Registro, prova tipo 1, aplicação em 10 de dezembro de 2006, questão nº 46.

<sup>16</sup>[16] CESPE/UnB – OAB, Exame de Ordem 2007.1 (unificado), prova objetiva p1, caderno A, aplicação em 15/4/2007, questão nº 84.”

<sup>17</sup>[17] “INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de

afirmando que, no caso de omissão, a responsabilidade civil do Estado “só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano”.

18[18] Há precedentes do STJ afirmando que na hipótese de omissão a responsabilidade do Estado é continua...”

19[19] “A responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva. Jurisprudência predominantes do STF e do STJ. Desde a inicial, vieram os recorrentes discutindo a falta do serviço estatal por omissão, o que é bem diferente de se discutir o fato do serviço para aplicação da responsabilidade objetiva.”(STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 471.606/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. em 02.08.2007, DJ de 14.08.2007)

“(…) 2.A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se no faute du service publique, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina. 3. A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas. 4. Incabível a reparação de danos ocasionada pela faute du service publique quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico. (...)” (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 703.471/RN, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 25.10.2005, DJ de 21.11.2005)

“Afastada a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo, não é possível amoldar-se a obrigação de indenizar, se a lesividade teria ocorrido por omissão, que pode condicionar sua ocorrência, mas não a causou. Assim, se a indenização, no caso, só poderia ser inculcada com a prova de culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva), hipóteses descogitadas no julgado, inaceitável a acenada responsabilidade objetiva.” (STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 148.641/DF, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, j. em 21.06.2001, DJ de 22.10.2001)

---

ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (STF, Primeira Turma, RE 109615/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 28/05/1996, DJ de 02-08-96)

18[18] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 447.

V - Improcede igualmente a apontada afronta ao art. 460 do CPC, não se constituindo extra petita a sentença que condenou o Estado em danos morais e materiais, tendo sido constatado pelo Colegiado de origem a existência na exordial de pedido pelos danos “ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - MORTE DE PAI.- Os filhos são credores de indenização por dano morais, além de pleito expresso pelo ressarcimento das "despesas do tratamento, bem como dos lucros cessantes", tendo o autor apenas deixado de usar o termo "danos materiais" (STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 881.611/RN, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. em 27.02.2007, DJ de 12.04.2007)moral causado pela morte de seu pai, em decorrência de acidente. (STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 204.294/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 15.06.2000, DJ de 14.08.2000)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido.” (STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 220.982/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. em 22.02.2000, DJ de 03.04.2000)

1. Tratam os autos de ação reparatória de danos advindos de delito ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o Estado de Goiás pleiteando indenização por danos morais e materiais bem como indenização mensal a título de pensão aos dependentes de vítima de morte em estabelecimento prisional. O juízo singular julgou improcedente o pedido por ausência de nexos causal e evidente culpa exclusiva da vítima, e declarou extinto o feito. Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação, que foi parcialmente provida pelo Tribunal, condenando o Estado a pagar: a) o valor despendido com o funeral da vítima, b) pensão mensal de 1 (um) salário mínimo a ser dividido entre a companheira da vítima e seus filhos, retroagindo a condenação à data do fato danoso, e c) indenização, a título de danos morais, à mãe da vítima e aos referidos beneficiários no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (...) 2. No que se refere à morte de preso sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. 3. A orientação desta Corte fixa em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida. (...) 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para fixar em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida.” (STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 847687/GO, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. em 17.10.2006, DJ de 25.06.2007)20

---

20[20] ANAL. JUD./ÁREA JUD./STJ - CESPE - 23/6/2004.

20[21] DELEGADO/POLÍCIA FEDERAL - CESPE – 2004.

20[22] CESPE/UnB – OAB, Exame de Ordem 2007.1 (unificado), prova objetiva p1, caderno A, aplicação em 15/4/2007, questão nº 84, alternativa “a”.

OBS: Para ir ao índice, clique neste link: <http://www.concursos.brunosilva.adv.br/> e depois, no menu à esquerda, em “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CONCURSOS”.

(Fonte: <http://www.brunosilva.adv.br/ADMINISTRATIVO-7.htm>, data de acesso 13/01/2012)

## 7 - Responsabilidade Civil do Estado

É necessário que exista o **dano**, que não tenha sido causado por **ação** ou... É errado dizer que “Proposta a **ação** de indenização por **danos** materiais e **morais** contra o... Há responsabilidade objetiva do Estado decorrente de **omissão**?...”

(Fonte: <http://www.brunosilva.adv.br/ADMINISTRATIVO-7.htm>)

## 8 - Procedimentos Apuratórios de Responsabilidades...

Para configurar o ilícito civil exige-se **AÇÃO** ou **OMISSÃO** antijurídica,... faltas, **danos** e outros **prejuízos** que sofrerem bens e materiais sob sua... No caso dos **crimes** de improbidade administrativa, de que resulte prejuízo para a Fazenda...

(Fonte: [http://www.sintunesp.org.br/juridico/Proc\\_Apur\\_Responsabilidade\\_Serv\\_Publ.pdf](http://www.sintunesp.org.br/juridico/Proc_Apur_Responsabilidade_Serv_Publ.pdf))

## 9 - Dano Moral no Brasil: O “Novo” de Novo?

*Para considerar a inclusão da estatística não paramétrica na avaliação do dano moral em face do Projeto de Lei nº 523/2011*

(\*) *Maria Francisca Carneiro Elaborado em 12/2011.*

“Apresenta-se, como sugestão, a estatística não paramétrica, que é um modelo científico atual, hábil a conciliar dados quantitativos e qualitativos, com vistas a um resultado unitário.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Quantidades e qualidades na avaliação do dano moral. 3 A insuficiência de ambas as pautas. 4 O papel da estatística não paramétrica. 5 À maneira de conclusão. 6 Referências.

---

20[23] “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. UNIVERSIDADE FEDERAL. ACIDENTE COM ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO DURANTE AULA PRÁTICA. PERDA DA FUNÇÃO VISUAL DO OLHO ESQUERDO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NEGLIGÊNCIA DEMONSTRADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. 1. Há responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, na hipótese de acidente causado por sua negligência em exigir, bem como em fiscalizar, a utilização por aluno universitário de equipamento de segurança necessário à participação em determinada aula prática. (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 637.246/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 28.03.2006, DJ de 09.05.2006)

20[24] OAB/SP - 132º Exame de Ordem - 1ª fase, prova tipo 1 – aplicação em 15/04/2007, questão nº 1, alternativa “d”.

20[25] CESPE/UnB – Município de Vitória, Concurso Público para Procurador Municipal, aplicação em 3/6/2007, questão nº 20.

20[26] ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. (...)

[28] CESPE/UnB – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Concurso Público para Juiz de Direito, aplicação em 24/6/2007, Caderno “A”, questão nº 28, alternativa “c”.

## 1. Introdução

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei número 523/11, proposto pelo Parlamentar Dep. Walter Tosta (PMN-MG), que define o dano moral e estabelece a indenização a ser aplicada a quem comete esse delito: "dano moral é todo aquele em que haja irreparável mácula à honra subjetiva da pessoa natural ou jurídica".

A reparação será fixada entre 10 (dez) a 500 (quinhentos) salários- mínimos (R\$ 5.540,00 a R\$ 272.500,00) e levará em conta o potencial econômico da vítima e do autor. O referido texto elenca ainda 24 (vinte e quatro) condutas lesivas à moral.

Todavia, após tantos anos de debates, o que se vê, no Projeto de Lei em apreço, parece ser a mera quantificação do dano moral.

No presente artigo [01] apresentamos, como sugestão, a estatística não paramétrica, que é um modelo científico atual, hábil a conciliar dados quantitativos e qualitativos, com vistas a um resultado unitário.

Acreditamos que a estatística não paramétrica possa ser útil à evolução científica e jurídica da avaliação dos danos morais, no Brasil.

## 2. Quantidades e qualidades na avaliação do dano moral

A questão da avaliação do dano moral, historicamente, iniciou-se por meio da quantificação, em França; e evoluiu para a qualificação, principalmente na Argentina. Desde a promulgação da Constituição da República, em 1998, o Brasil aderiu às pautas qualitativas, sobre as quais se pode considerar o que segue:

Jorge Mosset ITURRASPE personaliza um entendimento ímpar sobre o dano moral, por conseguir enxergar seus liames, suas implicações e suas relações de uma ótica própria, caracterizada por peculiares humanismo e sociologismo. A esse modo de pensar, que é indissociável dos valores da cultura e das questões sociológicas, tem-se chamado de qualitativo. Na opinião de Matilde Zavala de GONZALEZ [02], as idéias postas por Mosset ITURRASPE [03] revestem-se de importância gnoseológica, como se vê:

*"El reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con a conciencia media de un pueblo (...) el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio - en una comunidad y sem un tiempo - son productoras o causantes de sufrimiento. (Pero la) intensidad del justo dolor del hombre medio no deben conducir a dejar de lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona."*

ITURRASPE [04] formulou 10 regras para quantificar o dano moral. São elas:

- 1) O dano é incomensurável: A dor, as disfunções nos estados de ânimo, os ataques à personalidade e à vida de relação, as frustrações nos projetos de vida, assim como os danos estéticos, à harmonia do corpo, à intimidade, não podem ser traduzidos em dinheiro. Deve-se compreender, portanto, a impossibilidade de fórmulas matemáticas, da pretensão de estabelecer um número. É preciso compreender que é assim e que assim deve ser, para alcançarmos e sabermos manejar o que CARBONNIER chamou de "Direito Flexível", esclarece ITURRASPE [05].
- 2) Um piso flexível: Não devemos incorrer no ceticismo, já que é impossível a homogeneidade entre o valor que se quer reparar e o valor em dinheiro. É

preciso, portanto, estabelecer pisos flexíveis, sem cair na idéia da reparação simbólica, porque nossos povos não estão preparados e amadurecidos para tanto, em sua sensibilidade. É um problema de sociologia jurídica; cada juiz saberá qual é esse piso flexível.

- 3) Um teto prudente: Que a indenização não seja tão elevada, a ponto de ser extravagante e levar a uma situação de enriquecimento injusto, que nunca se gozou; nem tão baixa, por ser irrisória. Que haja piso, que haja teto, que haja razoabilidade.
- 4) Dentro do contexto econômico do país: A indenização deve ter em conta a conjuntura econômica nacional, a situação média da população, porque o Poder Judiciário não pode funcionar de modo alheio a essa realidade.
- 5) Uma prova convincente, firme e clara: Os juizes não estão para sentenciar conforme doutrinas cabíveis a quaisquer hipóteses; mas sim para aplicar as doutrinas que servem aos casos, para cada um, unicamente. Para que um juiz outorgue uma indenização a título de dano moral, é preciso estar convencido de que esse dano moral tenha existido. Esta parece, para ITURRASPE [06], uma regra de ouro, pela sua importância e comum aceitação.
- 6) Capacidade morigeradora do juiz: ao juiz cabe balancear as cifras, fixando-as de modo que tenham razoabilidade. É preciso socializar o dano e socializar a reparação, estendendo-os de modo que atendam às expectativas da coletividade; e não burocratizá-los. Essa consciência deve presidir o uso de tábuas de cotização.
- 7) Critérios de equidade e as circunstâncias particulares: Esta regra há que ser considerada, ainda que possa parecer "na contramão" do "avanço" da standartização. Não se pode fazer justiça que não contenha a base da equidade, atendendo às circunstâncias particulares de cada caso.
- 8) Necessidade de consenso: Sem prejuízo da distinção entre os múltiplos danos, que recebem a denominação de danos morais, é necessário que entre os juizes, através de suas corporações, logre-se obter, em cada nação, uma *communio opinio*, ou um "ponto de cristalização", conforme chamam alguns.
- 9) Segurança e predecibilidade das decisões: integra o conceito de cidadania a prática de segurança com justiça e a prestação da justiça segura. Do mesmo modo, destaca-se na escola axiológica de nossas sociedades a predecibilidade, que consiste, percentualmente, em uma margem de probabilidades de antecipação das decisões jurídicas.
- 10) Coerência das decisões - Opiniões: Independentemente das inspirações pessoais, os magistrados, reunidos em congressos científicos, fazem critérios, formam opiniões que vão se unificando, harmonizando-se e, por fim, cristalizam-se até que se atinja o ponto de ter "dolores iguales, reparaciones iguales, de lo contrario no hay justicia" [07].

Para finalizar, diz ITURRASPE [08]:

*"Que bueno sería que con imaginación, con fe, con confianza, sin vagos ni absurdos esceptismos, emprendiéramos estos caminos para un derecho mejor (...). Si el sendero está más firme, si las luces lo iluminan, lo empezaremos a transitar con más fe y optimismo".*

### **3. A insuficiência de ambas as pautas**

Matilde Zavala de GONZALES [09] significa uma síntese, em vários aspectos, da discussão acerca do dano moral, quando resume em sua obra, as etapas já cumpridas e a que falta alcançar.

As etapas cumpridas são a que deve haver uma reparação e o modo há de ser mediante uma indenização pecuniária. O quanto é um aspecto deixado até o momento à prudente valoração jurisdicional, com o auxílio de algumas guias qualitativas.

Para essa autora, não se pode nem se deve pretender uma concepção matemática totalizadora da questão, o que, além de ser impossível, encarceraria a justiça de modo cego e inamovível. Porém, a fluidez e o arbítrio irestritivos, que podem significar a liberdade para fazer justiça, podem igualmente conduzir ao naufrágio.

Uma das mais fortes tônicas do pensamento de GONZALES [10] é apontar, de maneira equidistante, a insuficiência das pautas qualitativas objetivas (que adotam, via de regra, critérios que justapõem circunstâncias da causa, como a gravidade e a extensão do dano, a condição patrimonial das partes, a importância do bem lesionado, a existência ou magnitude do dano patrimonial, etc.); assim como a insuficiência das pautas qualitativas subjetivas (caracterizadas pelos valores de um determinado tempo ou espaço geográfico, sexo e idade da vítima, sua personalidade e toda sorte de considerações casuísticas, sua atividade profissional e possíveis frustrações, etc).

Para concluir, fala-nos que a solução do impasse pode se dar pela regulação quantitativa, que não é apenas necessária, mas possível.

Adverte-nos, entretanto, que a regulação quantitativa não é sinônimo de indenização tarifária, conforme explica:

*"El dolor material no se tarifa ni se paga (...). Pues bien, ciertamente el daño moral no es 'tarifable'(...), pero sí es 'regulable' el quantum resarcitorio, a fin de encarilar (sin coartar ni aminorar) la justa reparación del perjuicio. No se trata (...) de automatizar y mecanizar la indemnización, desentendiéndose de la prueba del daño moral de su gravedad y de la averiguación en el caso particular de la correlativa entidad adecuada de la indemnización. Lo que se procura es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima. Por tal razón, la regulación normativa de la indemnización del daño moral no debe ser rígida, ceñida o restrictiva, sino conductora y flexible; no imperativa sino indicativa."*

A sugestão sobre a regulamentação quantitativa dos danos morais, apresentada por Matilde Zavala de GONZALEZ [11] atém-se a descrever o modo como deve ser feita essa regulação, mas não indica, ainda, a construção concreta desse parâmetro, cuja principal característica é, em suma, uma grande elasticidade, de modo a permitir largas amplitudes e escalas para a valoração judicial.

Todavia, ao que nos parece, as pautas qualitativas não estão sendo devidamente consideradas para a avaliação do dano moral no Brasil, em especial pelo que se vê contemplado no Projeto de Lei 523/11

o que bem poderia ser feito através do emprego de modelos científicos atuais, como por exemplo, a estatística não paramétrica, conforme veremos a seguir.

#### **4. O papel da estatística não paramétrica [12]**

Pode-se destacar, por exemplo, dois tipos de técnicas estatísticas não paramétricas, segundo Maria Coleta OLIVEIRA: "O primeiro envolve um conjunto de procedimentos de análise de tabelas de contingência, que inclui o Teste Exato do Qui-Quadrado com ajuste de Monte Carlo, a Análise de Resíduos Ajustados e a Análise de Correspondência. A aplicação deste conjunto de técnicas segue os passos de Leal e

Fachel e objetiva realizar aproximações sucessivas dos dados, com vistas à detecção de relações entre algumas variáveis selecionadas e construídas". [13] O segundo tipo de técnica, ainda para a referida autora, é "o Método do Grau de Inclusão conhecido como GoM4. Este método destina-se à análise de dados categóricos extraídos de amostras pequenas com um grande número de variáveis, permitindo determinar dois ou mais perfis extremos e os graus de pertinência de cada um dos indivíduos a estes perfis" [14]. Ora, pelo que se deflui, não foram divulgadas, no Brasil, estatísticas sobre dados qualitativos referentes ao pleito, tampouco à indenizações do dano moral. Assim, o Projeto de Lei em questão não as contempla, na proposta apresentada.

Mas o que é e em que consiste a análise não paramétrica dos dados qualitativos? Em primeiro lugar, tem-se que considerar que tal tipo de análise leva em conta a ordem, a estrutura e o significado dos dados qualitativos; e consiste na transformação dos dados coletados em conclusões e/ou lições úteis e credíveis. A partir dos tópicos estabelecidos processam-se os dados, procurando-se tendências e diferenças na informação obtida. [15] Qual é a vantagem de se realizar esse tipo de estatística na área jurídica, particularmente em relação ao dano moral? Primeiro, o dano moral é questão que lida com valor, portanto, é qualidade e tange a esfera axiológica, o que significa que não pode ser mensurada apenas quantitativamente.

Segundo, tenhamos algumas outras considerações sobre a pesquisa qualitativa em Direito. A pesquisa qualitativa é importante porque o Direito trabalha com valores e qualidade é valor; é aquilo que não pode ser medido em números ou cifras.

Exemplos de pesquisas quantitativas em Direito são as estatísticas e os questionários. Já as entrevistas, bem como outras temáticas subjetivas, são exemplos de pesquisas qualitativas, pois se referem a valores ou a objetos que não se traduzem em números ou gráficos.

Pesquisadores qualitativos procuram respostas no mundo real, a partir do que vêem, ouvem e lêem de pessoas provenientes de diferentes lugares e atividades. Sua proposta é aprender sobre aspectos do mundo social e gerar novos conhecimentos que possam ser aplicados a esse mesmo mundo.

A pesquisa qualitativa tem como características perguntar por quê, como e em que circunstâncias os fenômenos ocorrem; procurar aprofundar o entendimento; explorar e descobrir novas visões do fenômeno; buscar uma visão holística dos acontecimentos; providenciar novos aportes para a tomada de decisões; utilizar métodos interpretativos abertos; ser mais interativa e menos fixa; ser mais emergente do que pré-estruturada; envolver participantes ativos, preferencialmente a dados pré-obtidos; e definir a investigação como um processo em curso e não como um mero instrumento fechado.

A pesquisa qualitativa em Direito pode revelar novas facetas dos fenômenos sociais, contribuindo assim para uma compreensão mais humanística da realidade social e jurídica. [16]

## **5. À maneira de conclusão**

A grosso modo, pode-se afirmar que a estatística não paramétrica é um método capaz de agregar, em um único resultado, dados quantitativos e qualitativos. Em outras palavras, é um modo estatístico de tabular dados qualitativos, conferindo-lhes homogeneidade e correspondência, em relação aos dados quantitativos. Por essas razões, com o auxílio da estatística não paramétrica, é possível conciliar quantidades e

qualidades em um resultado unitário, o que poderia ser de interesse para a avaliação do dano moral no Brasil.

Desse modo, possivelmente nos aproximaríamos mais da afirmação do insigne jurista brasileiro e Professor Doutor Clayton REIS [17] de que, no caso do dano moral, "há um patrimônio desmaterializado" a ser devidamente indenizado.

Nesse sentido, corrobora o argentino Professor Doutor Alberto J. BUERES [18], como um dos maiores nome em "derecho de danos", ao caracterizar-lhe o espírito falando-nos da rápida e eficaz evolução da reparação civil no mundo, acentuadamente nas duas últimas décadas."

## 6. Referências

- Análise de dados estatísticos (Measure Evaluation). <http://www.cpc.unc.edu/measure>. Acesso em 09/12/2011.
- CARNEIRO, Maria Francisca. Avaliação do dano moral e discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CARNEIRO, Maria Francisca. Método de valuación del dano moral - De los lenguages al derecho. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- CARNEIRO, Maria Francisca. Pesquisa jurídica – Metodologia da aprendizagem. 7ª. ed., (Prefácio e anexo 8), Curitiba: Juruá, 2011.
- GONZALES, Matilde Zavala de. Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad sicofísica), Vol. 2.a, 2. ed., 1. reimpressão, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Responsabilidad por daños. T. IV, Buenos Aires: Ediar, 1985.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Daño moral (cuantía del resarcimiento por daño moral), [s.l.], p. 31 e segs.
- OLIVEIRA, Maria Coleta. Homens e contracepção: análise estatística dados qualitativos. XIII Encontro Nacional e Estudos Populacionais, GT Gênero e População, Ouro Preto, MG, 4-8 de novembro de 2002.
- REIS, Clayton. Dano moral. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

## Notas

- O presente artigo, embora contenha inovações, é escrito com base em nossos livros: CARNEIRO, Maria Francisca. Avaliação do dano moral e discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; e CARNEIRO, Maria Francisca. Método de valuación del dano moral - De los lenguages al derecho. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- GONZALES, Matilde Zavala de. op cit.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Responsabilidad por daños. T. IV, Buenos Aires: Ediar, 1985, p. 196.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Daño moral (cuantía del resarcimiento por daño moral), [s.l.], p. 31 e segs.
- Idem, ibidem.
- Idem, ibidem.
- ITURRASPE, Jorge Mosset, op cit, p. 47.
- Idem, ibidem, p. 48.
- GONZALES, Matilde Zavala de. Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad sicofísica), Vol. 2.a, 2. ed., 1. reimpressão, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 505.
- Idem, ibidem, p. 513 e segs.
- Idem, ibidem.
- Agradecimentos ao Engenheiro, Estatístico e Conferencista Ronaldo Lobo Gonçalves, pelos ensinamentos, explicações e pelo material disponibilizado para consulta.
- OLIVEIRA, Maria Coleta. Homens e contracepção: análise estatística dados qualitativos. XIII Encontro Nacional e Estudos Populacionais, GT Gênero e População, Ouro Preto, MG, 4-8 de novembro de 2002.
- Idem, ibidem.
- Análise de dados estatísticos (Measure Evaluation). <http://www.cpc.unc.edu/measure>. Acesso em 09/12/2011.
- CARNEIRO, Maria Francisca. Pesquisa jurídica – Metodologia da aprendizagem. 7ª. ed., (Prefácio e anexo 8), Curitiba: Juruá, 2011.
- REIS, Clayton. Dano moral. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.6.
- BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil del escribano. Buenos Aires: Hammurabi, 1979.
- (\*[Maria Francisca Carneiro](#))

*Doutora em Direito pela UFPR, Pós-doutora em Filosofia pela Universidade de Lisboa, membro do Centro de Letras do Paraná, da Italian Society for Law and Literature e do International Journal for Law, Language & Discourse.*

*Informações sobre o texto*

*Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT*

*CARNEIRO, Maria Francisca. Dano moral no Brasil: o “novo” de novo? Para considerar a inclusão da estatística não paramétrica na avaliação do dano moral em face do Projeto de Lei nº 523/2011. Jus*

*Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3099, 26 dez. 2011. Disponível em:*

*<<http://jus.com.br/revista/texto/20711>>. Acesso em: 12 jan. 2012.*

**(Fonte: <http://jus.com.br/revista/texto/20711/dano-moral-no-brasil-o-novo-de-novo>, data de acesso 13/01/2012)**