

# **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**



## **A ATUAÇÃO DOS PROCURADORES NO PROCESSO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA PERDA DA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Joel Arruda de Souza<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem com objetivo analisar a atuação dos procuradores no processo civil à luz do princípio da boa-fé e de outros, norteadores das relações processuais. Explicam-se os conceitos jurídicos fundamentais na percepção do Direito romano. Demonstra-se a importância dos princípios informadores do processo, bem como daqueles que devem compor ou nortear a atuação dos procuradores na proposta de reforma do novo Código de Processo Civil brasileiro. A Universidade Católica de Brasília, no curso de pós-graduação, estimula os alunos regulares e especiais a pesquisarem as inúmeras possibilidades que o Direito Processual revela para gestão da realidade com efeitos, principalmente na perspectiva de concretização da celeridade e da justiça.

**Palavras chaves:** Partes. Procuradores. Processo Civil. Princípio da Boa fé.

**ABSTRACT:** This article is to analyze actions of prosecutors in civil proceedings in the light of the principles of good faith and guiding procedural relations. The paper starts by explaining the fundamental legal concepts in the perception of Roman law, explains

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional e Processual da Universidade Católica de Brasília. Doutorando em Educação pela Universidade do México – Unini. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

the importance of the principles of the informants as the process and principles should compose or direct the actions of prosecutors in the proposed reform of the New Brazilian Civil Procedure Code. The University of Brasilia through the course of graduate encourages regular and special students to research the many possibilities that the procedural law for the management of reality shows with effects, especially in view of achieving the speed and fairness.

**Keywords:** Parties. Attorneys. Civil Procedure. Principle of good faith.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### 1 NOÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

#### 2 ATUAÇÃO DOS PROCURADORES E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

##### 2.1 Princípio da boa-fé e a responsabilidade civil

#### 3 ATUAÇÃO DA ADVOCACIA E A PERDA DA CHANCE

##### 3.1 Perda da chance

### CONCLUSÃO

### REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que ainda não conseguiu estabilizar suas relações jurídicas e vive em processo de mudança contínua para encontrar regras e princípios que possam possibilitar aos operadores do Direito interpretar suas relações e aplicá-los, dentro da perspectiva da subsunção e da interpretação, aos casos concretos e avaliar suas consequências para segurança jurídica.

Na percepção do Direito processual, a instabilidade não é diferente. Mesmo com as últimas minirreformas, não se encontraram soluções para enfrentar a crise da morosidade e da insegurança jurídica.

Para estudar o processo civil em suas origens, buscamos as lições de Poletti (1996), que, interpretando as lições dos clássicos, afirma a necessidade de preparo eficaz em Direito romano para a formação jurídica na ciência do Direito Processual Civil.

A razão disto foi proclamada em Bucarest, em 1932, pelo grande clássico italiano, pai do moderno Direito Processual Civil, o mestre Chiovenda, ao dizer: “A idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno”, pois “a história do processo entre os povos civilizados modernos se resume no lento retorno à idéia romana”. Isto explica a razão pela qual os grandes construtores do processo moderno tenham sido — e continuam sendo — ilustres romanistas.

Ensina Correia (apud POLETTI, 1996) que o processo civil moderno é, em grande parte, resultado da fusão de elementos romanos e germânicos. Mas seu ponto de partida é o processo romano, i. e., o processo de uma civilização ampliada ao máximo grau de desenvolvimento. Tal processo veio se adaptando, gradualmente, às mais delicadas exigências daquela comunhão social, sob os influxos de uma elaboração profunda, realizada pela geração de ju-

risconsultos, magistrados, legisladores, na qual sobressai a finura lógica de Coria Parelhas, com seu extraordinário senso prático.<sup>2</sup>

M. Luban (CORREIA apud POLETTI 1996), da Universidade do México, assinala que o exame superficial dos códigos de processos modernos, feito à luz dos conhecimentos de Direito romano revela de modo cabal que o processo romano, sobretudo, clássico, constitui a medula, a base do processo moderno.<sup>3</sup>

Nesta linha, o Brasil precisa revisitar sua história e rever o papel que o Direito romano e português produzem na formação do processo civil brasileiro. Não se desprezam as influências do Direito francês, norteamericano e alemão, mas, na perspectiva de origem, é de bom alvitre o estudo do Direito romano.

## 1 NOÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Este trabalho é fruto do estudo das disciplinas ofertadas no Programa de Doutorado da Universidade de Brasília. Como aluno especial, ao estudá-las, mudei completamente a percepção sobre o processo civil, suas origens e possibilidades.

O professor Henrique Fagundes, da Universidade Católica de Brasília, em suas aulas na pós-graduação, estimula o rigor e a busca dos institutos que alicerçam o Direito processual. Orienta os estudantes nas inúmeras mudanças propostas no projeto do novo Código de Processo Civil.

O Direito, para tornar-se ciência, adentrou vários campos teóricos e ainda hoje não encontrou porto seguro, pois a ciência e

---

<sup>2</sup> Ver POLETTI, 1996, p. 120, (com adaptações).

<sup>3</sup> CORREIA apud POLETTI, p.120. op. cit. (Cf. Alexandre A. Correa, op.cit., que é uma resenha ampla do livro Introdução do Processo Civil Romano, de autoria do Prof. Venezuelano Humberto Cuenca).

a sociedade são movidas pelo fenômeno da autopoiese, isto é, da autoprodução, em analogia com o que ocorre no tecido nervoso, que se regenera e não se acomoda diante das modificações impostas ou organizadas pelos grupos sociais, econômicos e políticos.

Neste contexto de mudanças exigidas não pelo Direito ou por qualquer instituição, mas pela complexidade das relações sociais em que o Direito opera, a temática sobre os princípios norteadores do processo civil evoluiu fortemente para análises e estudos de princípios, principalmente da boa-fé. Esses princípios estão expressamente previstos no Código de Processo Civil de 1973 e no anteprojeto proposto pelo organizador, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux e na versão do senador relator Valter Pereira, matéria que ainda se encontra em debate no Congresso Nacional.

Deste modo, a construção conceitual versará sobre a atuação dos procuradores na análise do princípio da boa-fé, bem como sobre a perda da chance e seus efeitos práticos e possíveis da reforma do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Os princípios, no ordenamento jurídico, adquiriram ampla importância no processo de interpretação das normas jurídicas. O presidente das cortes federais da Argentina (VIGO, 2000, p.1), citando Chaim Perelman, afirma que:

Los juicios de Nuremberge se pone en crisis modelo jurídico que reducía El derecho a La ley, dado que ‘se hacía preciso, para respetar el principio Nullum crimen sine lege, afirmar a existência de un principio geral del derecho reconocido por las naciones civilizadas relativo al respeto y a la dignidad de la persona humana.

Continua o magistrado argentino defendendo que

en las dos últimas décadas, el tema de los principios jurídicos como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero deferenciado de las reglas normas jurídicas, ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se ha podido hablar de una nueva “edad de oro” de los principios.

Não há como esquecer que essa releitura se deve também ao processo de interpretação defendido pelo professor Ronald Dworkin, que faz uma leitura moral do Direito norteamericano.

No Brasil, o professor Dr. Luiz Roberto Barroso, da Universidade do Rio de Janeiro e Universidade de Brasília, também possui inúmeros trabalhos sobre o pós-positivismo, onde apregoa a defesa da influência dos princípios constitucionais sobre todo ordenamento jurídico de forma vertical e horizontal na defesa dos direitos fundamentais.

Denota-se o modelo de interpretação e como a Constituição é classificada como princípio lógico, não há como vislumbrar um processo de publicização de todo o ordenamento jurídico com a influência dos princípios constitucionais no processo civil brasileiro.

Toda doutrina em Teoria Geral do Processo, sem exceção, apresenta os princípios constitucionais e processuais do devido processo legal (ampla defesa e contraditório), isonomia, juiz natural, inafastabilidade do controle judicial, motivação, tempestividade da tutela jurisdicional (Emenda Constitucional nº 45/2004, dentre outros).

A atividade jurisdicional é função estatal, já que o Direito não se divide. O Poder Judiciário é o responsável por dizer o Direito no caso concreto. O princípio da probidade juntamente com o de boa-fé estão resumidos no caput do artigo 37 da Constituição em relação aos princípios da administração pública. Moralidade administrativa se constitui princípio robusto norteador das atividades públicas.

Em relação ao princípio da boa-fé nas relações processuais, o projeto do novo Código de Processo Civil inova quando traz no Livro I, em seu art. 8º, o dever de colaboração das partes.

Em artigo publicado na Revista de Processo, Bonicio desenvolve raciocínio nos benefícios e malefícios da objetivação da iniciativa:

Se for aprovado, esse projeto pode provocar um efeito psicológico muito positivo, que é o de impulsionar a criação de uma nova mentalidade a respeito da maneira pela qual deve ocorrer a prestação jurisdicional, já que estaremos diante de um sistema completamente novo. (BONICIO, 2010, p. 211).

Parafraseando o autor, ele critica que o projeto não fornece elementos para a delimitação do novo dever de colaboração, nem mesmo em sua exposição de motivos, o que geraria insegurança jurídica. Mas que se reveste de naturalidade em uma lide, já que as partes se utilizam de todos os meios de prova e razões para convencer o magistrado.

Bonicio reitera que:

Na doutrina italiana, de maneira elegante, Piero Calamandrei, em estudo que se tornou

clássico, sustenta que a sentença não é um produto automático da aplicação da lei aos fatos, mas sim a “resultante psicológica” de três forças em jogo, duas das quais desenvolvem entre si uma competição em que vencerá aquele que, além de ter razão, também for o mais hábil (abilitá técnica), sendo admissível que até mesmo aquele que não possui razão alguma no plano do direito material venha a ser vencedor, simplesmente porque foi, ao longo do processo, o mais hábil. (BONÍCIO, 2010, p. 213).

Para estabelecer um contraponto aos argumentos deste dever de colaboração, Bonicio (2010) cita, com certa ironia, Franco Cipriani, na doutrina italiana moderna, que lembra que a tentativa de obrigar as partes a dizer a verdade nasceu, no sistema italiano, em pleno regime ditatorial, no projeto de criação de um novo Código de Processo Civil italiano, em 1937. Mas foram tantas as críticas que a proposta não vingou, especialmente porque, para além de ser “policialesca”, importava em redução das garantias processuais das partes. (BONICIO, 2010. p. 213).

Mas isso não significa que, como explica Franco Cipriani (apud BONICIO, 2010) as partes e seus advogados tenham o direito de mentir em juízo, mas, sim, o poder de afirmar e de fazer todo o possível, no limite da legalidade, para defender seus interesses.<sup>4</sup>

O Código Civil alemão, de 1900, foi o primeiro a trazer o princípio da boa-fé como princípio geral norteador dos negócios jurídicos. Entenda-se boa-fé sob o ponto de vista ético, signifi-

---

<sup>4</sup> BONICIO, op. cit., p. 214.

cando franqueza, lealdade, honestidade, havendo conformidade entre o que se pensa ou o que se diz com o que se faz. No evoluir do Direito mundial, a boa-fé tornou-se princípio supremo para o Direito civil, aplicado de forma universal. (RIBAR, 2003, p. 72).

Em obra publicada, Flávio Luiz Yarshell (apud BONICIO, 2010) expõe as dificuldades de estabelecer o conteúdo e a extensão do dever de veracidade das partes no Direito processual civil brasileiro. Afirma, com razão, que se é somente após o término da fase instrutória que se torna possível saber se algumas das partes fez afirmações mentirosas, não parece existir respaldo (jurídico ou ético) para exigir das partes o “dever de veracidade” propriamente dito.

Em relação aos deveres das partes e de seus procuradores, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil não traz muitas novidades, mas reitera a necessidade da verdade, lealdade e boa-fé nas relações processuais, o que se constata no artigo 66 e seus incisos.

Os princípios ressaltados permitem que o magistrado possa conduzir o processo dentro de limites morais e condizentes com a prestação jurisdicional. Mas não há unanimidade quanto a esse ponto.

A doutrina mais antiga, como a de Piero Calamandrei, é contrária ao princípio da lealdade, porque limitador da livre disponibilidade das partes e, até mesmo, instrumento de “tortura moral”. Parte da doutrina moderna, com apoio nas “conotações publicistas agora reconhecidas ao processo”, tem entendido que é oportuna a exigência de lealdade no processo, pois isso não restringiria nenhum princípio ou garantia constitucional. (BONICIO, 2010)

Não há dúvidas de que o juiz pode, de ofício, determinar a realização de provas, e parece correto afirmar que o comportamento ativo do juiz produz resultados melhores do que aqueles

provocados por um juiz excessivamente passivo, que apenas assiste ao duelo travado entre as partes. (BONICIO, 2010).

A ideia de qualquer regra de direito processual, dentro do princípio de boa-fé, é evitar incidentes que visem retardar o andamento processual e permitir uma rápida solução ao litígio.

## **2 ATUAÇÃO DOS PROCURADORES E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

O Código de Processo Civil de 1973 e o anteprojeto do novo CPC, em nova redação, não alteraram substancialmente os direitos e deveres das partes e dos procuradores. Mas os princípios éticos e morais ainda provocam grande repercussão na atividade dos procuradores.

O artigo 66 do anteprojeto manteve a redação do artigo 14 com a seguinte redação:

São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II – proceder com lealdade e boa-fé;
- [...]

E continua, em seus incisos, ressaltando a necessidade da conduta moral e de não procrastinar o andamento do processo com formulações sem fundamento, atos inúteis, cumprimento decisões e emprego de expressões injuriosas nos escritos processuais.

Todas as condutas descritas são sujeitas às multas previstas no anteprojeto do novo CPC. O magistrado deverá aplicá-las no caso de configurado o ato atentatório à dignidade da justiça.

A advocacia, mesmo sendo atividade liberal, exerce múnus público e não pode parecer piada falar em ética e atuação ilibada na profissão de advogado. Em tempos de combate à corrupção e de construção de uma justiça célere e escorreita, não há como trazer à baila, tema tão controverso e descumprido pelos profissionais.

O artigo 36 do Código de Processo de 1973 dispõe que as partes se farão representar em juízo por advogados, podendo postular em causa própria apenas aqueles que tenham habilitação, ou seja, aqueles que sejam advogados, ou no caso de não haver advogado no lugar. O advogado foi elevado à essencialidade nas funções de justiça previstas no artigo 133 da Constituição Federal.

Na análise da atuação com boa-fé, os princípios previstos são de características plurissignificativas e multidisciplinares, isto é, o magistrado e as partes podem exigir do advogado condutas que evitem a desídia e violações aos princípios reguladores do processo e da moralidade administrativa.

No caso que houver de qualquer violação ou conduta desidiosa, a parte também poderá pleitear indenização ao procurador, pois o dever de indenizar, ressarcir já está consagrado no ordenamento jurídico.

## 2.1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Há uma compreensão integral de que os princípios devem nortear as relações jurídicas e que, no caso de descumprimento gerador de danos, haveria a obrigação de indenizar os prejuízos causados. A atuação com boa-fé, em tese, excluiria a obrigação das responsabilidades, mas a atuação desidiosa gera o dever de indenizar, e o tema da responsabilidade civil não é um assunto atual.

No período compreendido entre 2000 a 1800 a. C., surgiu

o Código de Hamurabi, criado pelo imperador babilônico homônimo e que instituiu o princípio “olho por olho, dente por dente”, que posteriormente viria a ser chamado de Lei de Talião pelos romanos. (VAZ, 2009, p. 25-26).

O Direito romano explica as origens da responsabilidade civil e do dever de indenizar. Na própria Lex aquilia, podem-se constatar as raízes de culpa e da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2009, p. 5).

Para Vaz, foi o direito francês, através do Código de Napoleão, no início do século XIX, que consagrou a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Mas foi o desenvolvimento das cidades, o avanço industrial, as relações de trabalho e a multiplicação dos danos que propiciou o surgimento de novas teorias buscando uma maior proteção à parte lesada, “com o objetivo de tutelar o desenvolvimento dos atos jurídicos, portanto, disciplina-se a figura e os novos contornos conceituais da responsabilidade civil. (VAZ, 2009, 30).

Gonçalves escreve sobre a evolução da Responsabilidade Civil à época:

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda a vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntário que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso. [...] É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. (GONÇALVES, 2009, p. 45).

O Estado chama para si, o dever de punir e compor conflitos, substituindo a vingança privada, e o dever de indenizar irá nortear os delitos privados.

A discussão doutrinária paira na questão da culpa. Teria a Lei Aquília trazido os primeiros elementos do que viria a ser a culpa, no estudo da reparação? No entendimento de Gonçalves, sim. A noção de culpa no estudo da Responsabilidade Civil tem suas raízes na própria Lex Aquília. (GONÇALVES, 2009, p. 5).

Nos estudos de Lima,

é incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no Direito romano, no sentido de introduzir o elemento subjetivo da culpa, ou contra o objetivismo do Direito primitivo, expurgando-se do Direito a ideia de pena, para substituí-la pela reparação de dano sofrido. (LIMA, 1988, p. 28).

Não há como esquecer a contribuição do Direito francês na consolidação das bases românicas no estabelecimento do primeiro princípio geral de responsabilidade civil, abolindo-se as composições obrigatórias e novos limites. Coube ao Direito francês consolidar as bases românicas e estabelecer o primeiro princípio geral de responsabilidade civil. Aboliram-se os casos de composições obrigatórias e foram sendo construídos novos limites à reparação no caso de existência da culpa, separação da responsabilidade civil e penal e a existência de uma culpa contratual.

Importante marco foi o Código de Napoleão, no início do século XIX, que consagrou a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Mas foi o desenvolvimento das cidades, com o avanço industrial, as relações de trabalho e a multiplicação dos danos que propiciou o surgimento de novas teorias buscando uma maior proteção à parte lesada, “com o objetivo de tutelar o desenvolvimento

dos atos jurídicos, portanto, disciplina-se a figura e os novos contornos conceituais da responsabilidade civil. (VAZ, 2009, p. 32).

Até o século XIX, a responsabilidade civil pela culpa correspondeu às necessidades do ordenamento. Mas, com o aumento da complexidade das relações oriundas da revolução industrial e da expansão do capitalismo, o sistema da responsabilidade civil pela culpa deparou-se com grande dificuldade para encontrar o elemento subjetivo da culpa, muitas vezes até para determinar o causador do dano.

O Direito civil italiano então inova ao pôr a atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. Ganha espaço a chamada Teoria do Risco, ou teoria objetiva, quando há elementos da reparação ainda que não exista a culpa.

Na linha de raciocínio, a atuação dos procuradores, em contratos de prestação de serviços advocatícios, estaria inserida na órbita do dever de indenizar e atender aos princípios da boa-fé.

Atualmente, tem-se buscado um modelo capaz de agrupar tanto os elementos da responsabilidade subjetiva como elementos da responsabilidade objetiva, elementos de culpa e risco.

A culpa por ação ou omissão não está prevista no contrato ou prescrição legal, está no dever que os seres humanos possuem de se portarem com diligência e lealdade, isto é, também com a boa-fé nas relações sociais.

Os autores alemães situam a culpa como fenômeno fundamentalmente moral. É a vontade dirigida para um resultado ilícito, com ciência da ilicitude da infração do dever. Os italianos, de uma forma geral, falam da culpa como omissão ou inobservância da diligência na apreciação dos resultados dos atos, ou na transgressão da norma de conduta. Mas ela gera uma lesão, não proposital ou prevista na mente do causador. (RIZZARDO, 2007).

Além do dano, existe o nexo causal para imputar-se a responsabilidade de indenizar, em tese, se não comprovado, não haverá a obrigação de o procurador ressarcir os prejuízos causados ao seu cliente.

A responsabilidade objetiva é aquela que independe da verificação da culpa ou da ilicitude na conduta do agente. E ainda que este tenha tomado precauções devidas e todo o cuidado necessário, não cometendo nenhum ato ilícito, se sua conduta causar dano a terceiro, por este dano será responsável. (CAVALIERI FILHO, 2005).

As relações entre advogados e clientes estão inseridas nas relações de consumo, e o código de defesa do consumidor é o exemplo mais recente de responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito brasileiro consagra a teoria subjetiva como princípio básico para o estudo da responsabilidade. São as regras referentes à responsabilidade objetiva aplicadas apenas quando legalmente previstas, na ocorrência de leis esparsas, ou nos casos de julgamento concreto e aplicação do artigo 927 do Código Civil, que dita o seguinte enunciado, ênfase ao seu parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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, riscos para os direitos de outrem.

Não há como separar o dever de indenizar dos profissionais liberais na ocorrência de culpa e até mesmo na percepção da desídia e das diversas oportunidades processuais de praticar atos que possam garantir ao cliente a vitória no processo.

Na mesma linha de pensamento, Ribar (2013) afirma que o profissional liberal somente será responsabilizado por danos causados a seus clientes no exercício de seu ofício, caso aja culposamente, isto é, se ficar comprovada sua culpa, tendo agido com imprudência, negligência ou imperícia.

Parafraseando a autora, que reforça a necessidade da observância dos princípios protetivos do consumidor aplicáveis à prestação de serviços do profissional liberal, princípios que serão utilizados para suprir lacuna ou auxiliar a aplicação da lei, dentre eles, o princípio da boa-fé, princípio da transparência e princípio da informação. (RIBAR, 2013).

### **3 A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA E A PERDA DA CHANCE**

A advocacia foi elevada ao status constitucional por ser uma das funções essenciais à Justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria. A Constituição Federal assegura, então, a este profissional, as condições necessárias para o pleno exercício de sua profissão, com liberdade e independência e sem receio de desagradar quem quer que seja, nos termos do art. 133 CF, assegurando ainda a inviolabilidade por seus atos e manifestações, nos limites estabelecidos em lei. (CAVALIERI FILHO).

Ao firmar um contrato de honorários, o profissional advogado firma um compromisso em defender os direitos do cliente, obedecendo aos ditames da lei e da justiça, de forma mais favorável, já que recebeu um instrumento de confiança e boa-fé: a procuração. Para Dias:

O advogado responde pelos erros de fato cometidos no desempenho do mandato. É nossa opinião que não se escusa, mostrando que o erro não é grave. Quanto aos erros de direito, é preciso distinguir: só o erro grave, como desatenção a 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, caracterizada ignorância, que se torna indesculpável, porque o profissional é obrigado a conhecer o seu ofício sem que seja obrigado a mostrar-se um valor excepcional na profissão. O fato de ter um diploma não estabelece presunção a favor do profissional, mas é um índice que ele tem de honrar. (DIAS, 1979, p. 424).

Gonçalves é bastante atual ao tratar do tema:

Não se deve olvidar que o advogado é o primeiro juiz da causa. A propositura de uma ação requer estudo prévio das possibilidades de êxito e eleição da via adequada. É comum, hoje, em razão da afoiteza de alguns advogados, e do despreparo de outros, constatar-se o ajuizamento de ações inviáveis e impróprias, defeitos esses detectáveis *ictu oculi*, que não

ultrapassam a fase do despacho saneador, quando são então trancadas. Amiúde percebe-se que a pretensão deduzida seria atendível. Mas, escolhida mal a ação, o autor, embora com o melhor diretos, torna-se sucumbente. É fora de dúvida que o profissional incompetente deve ser responsabilizado, nesses casos, pelos prejuízos acarretados ao cliente. (Gonçalves, 2009, p. 36).

Importante ressaltar a necessidade de zelo e senso de responsabilidade que a profissão de advogado assume. Mas a profissão é de risco, pois o sucesso da demanda não depende apenas da atuação do profissional. Assim, imputar ao advogado a responsabilidade pela perda da causa, seria extrapolar os limites de atuação. Para Rizzardo:

Realmente, não assume o advogado a obrigação de vencer a causa. Se assim promettesse, já procederia com culpa, sujeitando-se a indenizar caso perder a ação, posto que ludibriou a parte. Para incidir a responsabilidade impede que fique provada a prática com dolo ou a culpa. Quanto ao dolo, ou o propósito de lesar o cliente ou a parte representada, não se apresentam maiores dificuldades. Na culpa é que se encontra o amplo campo de situações que conduzem à responsabilização, as quais decorrem das infrações dos deveres impostos aos advogados, de modo especial, e que interessa, ao caso, a que está no inc. IX do art. 34

da Lei. nº 8.906, consistente em ‘prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio’. (RIZZARDO, 2007, p. 351-352).

Ainda nas linhas dos ensinamentos de Rizzardo (2007), o autor exemplifica as diversas hipóteses de condutas que poderiam ensejar a responsabilidade do profissional da advocacia, sejam elas:

- a) O aconselhamento errado, que se exemplifica no enganoso incitamento a ingressar com uma ação judicial, ou a propagar a inviabilidade de se tentar o caminho judicial quando da violação de um direito, ou a incutir no cliente a convicção que deve satisfazer uma pretensão de terceiro, a qual, na verdade, revela-se incabível. Transmitem-se informações ou idéias totalmente antijurídicas e descabíveis, descambando em prejuízos para a pessoa que o procura.
- b) A falta de diligência e prudência, não se importando com o andamento do processo, deixando de cumprir as diligências ordenadas pelo juiz, como o não comparecimento das audiências, a omissão em recorrer.
- c) O descumprimento do mandato, não seguindo as orientações do cliente, como se não promove, antes de ajuizar a lide, a tentativa de acordo, ou a notificação constitutiva de mora, ou o arrolamento de testemunhas indicadas.
- d) A incapacidade profissional, como o equi-

vocado rito processual imposto pela lei para a lide; a ignorância da lei sobre matéria que defende; a omissão no estudo e na indicação de precedentes, de jurisprudência, doutrina, de modo a esclarecer o juízo e a dar embasamento jurídico à ação.

e) O ajuizamento de ações inviáveis, ou o erro na escolha do procedimento, contrárias ao direito, sendo facilmente perceptível o descabimento, como a propositura de uma ação de execução, e não de enriquecimento indevido, no caso de prescrição do cheque.

f) A ignorância da matéria na qual atua, e, assim, formulando erradamente o pedido, e não dando o enfoque que impõe a lei. Sabe-se que, para exercer a advocacia, não basta ter meras noções de direito.

g) A desídia no cuidar o processo, com o esquecimento de prazos, a retenção indevida do processo, a desatenção em indicar testemunhas ou em apresentar os quesitos, e, assim, nas demais providências que lhe incube atender.

h) A omissão em alegar matérias pertinentes à defesa, e que poderiam importar na extinção da própria lide, como de preliminares de incapacidade ad causam, de prescrição, de ilegitimidade passiva, de impossibilidade jurídica do processo. (RIZZARDO, 2007, p. 352-353).

Para configurar-se a perda da chance, a perda de prazo seria um elemento robusto para responsabilizar o advogado, já que tal

condição é derivativa do ordenamento jurídico e inescusável seu cumprimento, e sua inobservância podem gerar diversos efeitos para demanda.

### 3.1 A PERDA DA CHANCE

A perda da chance não é tema de fácil enfrentamento. A necessidade de observância dos princípios da boa-fé das partes e dos procuradores não encontra guarida no contexto fático das lides processuais. Mas erros graves e demandas temerárias ou lides prescritas podem ensejar a responsabilidade do profissional.

Primeiramente, a atividade de advocacia é liberal, e o profissional não está obrigado a aceitar a causa e nem a permanecer nela, renunciando o mandato na hora que julgar dever fazê-lo, pelos motivos que lhe convierem, claro que observando os prazos e as orientações do estatuto, para evitar conflitos ou desempenho profissional inadequado. A perda da chance não estaria aí configurada.

As primeiras discussões a respeito do direito à perda de uma chance surgiram na França, e, posteriormente, com mais frequência na Itália, com o professor Giovanni Pacchioni, titular da Universidade de Milão, por volta de 1940. (SAVI, 2006, p. 7).

A grande questão era se a conduta culposa geraria um prejuízo ou ensejaria a perda de possível ganho patrimonial que se configurava como responsabilidade. O caso que nortearia os estudos sobre a perda da chance foi a não interposição de apelação de sentença desfavorável e se estaria presente o dano ou apenas uma situação de mero dissabor da relação contratual.

De Cupis (1966), também italiano e professor da Universidade de Perugia, publicou em 1966 uma obra a respeito da teoria

geral da responsabilidade civil, mudando os paradigmas do estudo acerca da perda de uma chance.

Apesar de conhecer inadmissível a indenização de um dano consistente na vitória perdida (pois não se saberia antes do resultado), Adriano De Cupis afirma não haver como negar a existência de uma possibilidade vitória antes da ocorrência do fato danoso. A grande inovação, neste caso, foi o enquadramento deste tipo de responsabilidade, alvo deste subitem, como dano emergente, e não mais estudado no campo dos lucros cessantes, como vinha sendo feito até então. (DE CUPIS, 1966).

A simples mudança no enquadramento do dano da perda de chance de lucro cessante para dano emergente torna mais fácil, ou descomplica, a admissão da possibilidade de indenização. Isto porque considerar o dano da perda de chance como dano emergente, levaria a pensar na perda da chance de vitória e não na perda da vitória. Assim, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano. (SAVI, 2006, p. 11).

Indenizando a perda de uma chance, não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, em tais hipóteses não se indeniza a perda de um resultado favorável, indeniza-se apenas a perda da possibilidade atual de se conseguir determinada vantagem, a qual, com base na normal prova da verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. Então, se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente. (SAVI, 2006, p. 20).

No Brasil, o caso emblemático que orientou a aplicação da

teoria deu-se no Rio Grande do Sul, como se vê em trecho do acórdão da lavra do desembargador Ruy Rosado de Aguiar:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance. (BRASIL. TJRS).

A autora da ação havia contratado o réu como seu advogado para ajuizar ação contra o INPS<sup>5</sup>, visando ao recebimento de pensão previdenciária em razão da morte de seu marido. A ação judicial foi distribuída em 1975, no foro de Nova Hamburgo, para a 1ª Vara Cível, sendo que o processo se extraviou e jamais retornou àquele cartório. O advogado, apesar do extravio dos autos, não informou tal fato à sua constituinte e, tampouco, providenciou a sua restauração, cerceando o direito da autora de ver apreciado em juízo o seu pedido de pensionamento pelo INPS. (SAVI, 2006, p. 49).

O desembargador — posteriormente ministro do STJ — apenas vislumbrou a conduta, no mínimo, negligente do profissional que não recorreu da demanda, dando efeito ao trânsito em julgado da causa, o que em tese, ensejaria um dano ou prejuízo para seu cliente, que perdeu a oportunidade de ver sua demanda revista por

---

<sup>5</sup> “O julgado é de 1975, quando a autarquia recebia o nome de Instituto Nacional de Previdência Social - INPS. Julgado de Novo Hamburgo no Rio Grande do Sul. Atualmente a autarquia recebe o nome de Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS”.

um colegiado, onde outras provas e argumentos poderiam reverter a sentença de primeiro grau.

Outras decisões ainda ilustram o tema, como o julgado do desembargador Paulo Antônio Kretzmann, do Rio Grande do Sul onde defende que a perda de uma chance é uma expressão feliz, que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado, quando perde prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, perdendo não a causa, mas a possibilidade de jogar<sup>6</sup>.

A doutrina e jurisprudência estão construindo entendimentos e colidindo os princípios norteadores do tema, a indenização por dano material e moral seria a solução mais factível nos casos apreciados, mas ainda não está cristalizado este entendimento, pois as variáveis ou o conjunto probatório devem estar robustos o suficiente para que o magistrado tenha condições de se aplicar a teoria da perda da chance.

## CONCLUSÃO

Em resumo, conclui-se pela necessidade da observância dos princípios norteadores da boa-fé nas relações processuais. O dever de colaborar e a conduta ética dos procuradores devem ser conduzidos nos princípios elencados pelo legislador constitucional e ordinário.

O dever de colaborar irá permitir ao julgador utilizar este novo instrumento para acelerar o processo decisório, e a perda da chance possibilitará a responsabilização dos maus profissionais, que agem impunemente, pois a vantagem perdida permitirá que

---

<sup>6</sup> TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70006606487, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 06./11./2003. (com adaptações).

o julgador dimensione o tamanho do dano causado e a possível reparação.

Por todo exposto, a matéria não é pacífica em nosso ordenamento jurídico, mas é incontestável a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre advogado e seus clientes aplicáveis os princípios da informação, transparência e principalmente, o da boa-fé objetiva.

## REFERÊNCIAS

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre dever de colaboração das partes previsto no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, ano 35, n. 190, dez. 2010. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier.

BRASIL. TJRS, 5ª Câmara Cível, **Apelação Cível nº 591064837**, Relator. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 29/08/1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE CUPIS, Adriano. **DANO**: teoria generale della responsabilità civili. 2. ed. 2 vols., Milano: Giuffrè, 1966.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1988, p. n26 apud Jean Smitdt, Faute civile et Faute pénale.

SAVI, Sérgio, **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano Público e Privado**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

RIBAR, Geórgia. **O sistema da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTr, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIGO, Rodolfo L. **Los principios Jurídicos**. Perspectiva jurisprudencial. De Buenos Aires: De Palma, 2000. Procedure. Principle of good faith.