

LINGUAGEM JURÍDICA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO À LUZ DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Suellem Aparecida Urnauer¹

Resumo: A presente pesquisa propõe uma reflexão sobre a responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance devido ao mau uso da linguagem. O Direito, enquanto uma atividade intrinsecamente retórica, não apenas pelo fato de ser uma atividade discursiva e criativa, mas também por ser parte de uma cultura, não pode ser dissociado da linguagem. Com efeito, no Direito, a linguagem estabelece relações entre particulares e grupos sociais, concede e usurpa direitos, e é, portanto, a ferramenta de trabalho fundamental do jurista, o qual deve conhecer e dominar os seus meandros com vistas a atingir resultados jurídicos. Logo, compreende-se que um profissional que não domina seu instrumento de trabalho incorre em imperícia, o que pode acarretar entraves gramaticais e de articulação das ideias e, por conseguinte, gerar danos aos titulares de direitos – ensejando a responsabilização civil. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Linguagem. Linguagem Jurídica. Responsabilidade Civil. Imperícia.

INTRODUÇÃO

“Ai, palavras, ai, palavras, que estranha potência a vossa!”²

As palavras têm poder e são capazes de definir o destino de um homem. Assim, o presente estudo tem por escopo analisar o poder das palavras em um processo judicial, isto é, como o domínio da linguagem pelo advogado pode contribuir (ou não) para o sucesso de uma demanda. Nesse aspecto, busca-se analisar a responsabilidade civil do advogado devido ao

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas Gerais pela Universidade do Minho – Portugal. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi – UniFG, Bahia, Brasil. Professora Universitária. Coordenadora do Curso de Direito da UNIFAAHF. Presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB – Subseção de Luis Eduardo Magalhães/Ba. Advogada – Urnauer e Oliveira Advogadas Associadas.

² Cecília MEIRÉLES, *Romance das Palavras Aéreas*, 1967, p.560.

mau uso da linguagem à luz da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da premissa de que a relação entre a linguagem e o Direito se inscreve numa prática necessariamente transdisciplinar, consideram-se tanto os estudos hermenêuticos, as abordagens linguístico-discursivas, as teorias narrativistas do direito, chegando até às reflexões no âmbito da Análise Crítica do Discurso Jurídico. Isso porque é possível afirmar que o direito é linguagem, logo, a linguagem é instrumento fundamental, se não o principal, para a atuação do jurista. Dessa perspectiva, questiona-se como o seu mau uso pode interferir na tutela de direitos e se a responsabilidade civil pela perda de uma chance pode ser utilizada para resguardar o dever de indenizar do advogado imperito ou negligente.

O presente estudo, com modestas pretensões, não se propõe a esgotar a temática da linguagem e de sua relação com o Direito, tampouco esgotar o conteúdo relativo à responsabilidade civil e à teoria da perda de uma chance. O que se pretende é propor uma reflexão sobre a interrelação de tais institutos no Direito brasileiro, notadamente pela crescente discussão sobre as fragilidades linguísticas de estudantes e profissionais, levantadas, especialmente, no âmbito acadêmico, que, em última análise, se dá pela crise no sistema educacional básico e que reverbera na crise do ensino jurídico no Brasil.

Para tanto, o artigo, pautado no estudo bibliográfico, se divide em três capítulos. O primeiro intitulado “Direito e linguagem”, faz um breve apanhado sobre a relação entre a linguagem e o direito, levando em consideração que, ao jurista sempre é exigido o conhecimento e cabal manuseamento da palavra, que vai além dos cuidados mínimos e essenciais quanto à gramática e ortografia, isto é, ao jurista cabe se ater à consistência, à coerência e à verossimilhança dos argumentos por ele desenvolvidos, notadamente o advogado, ao buscar tutela jurídica para seu cliente. No segundo capítulo, “Responsabilidade civil e responsabilidade civil do advogado: aproximações iniciais”, analisa-se os aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil, com especial enfoque para a responsabilidade civil do advogado. Por fim, no terceiro capítulo “Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance em decorrência do mau uso da linguagem”, analisa-se a responsabilidade civil do advogado pelo mau uso da linguagem à luz teoria da perda de uma chance.

1. DIREITO E LINGUAGEM

É através da linguagem que o homem pensa o mundo; se relaciona com o mundo, com o outro e consigo mesmo. Com a virada linguística do século passado, as ciências da linguagem expandiram seus domínios e foi possível compreender que a linguagem não é simples instrumento pelo qual o pensamento realiza as operações de representação mental da realidade, “a linguagem consiste na atividade de sujeitos sociais autênticos na dimensão da práxis”³. O Direito, como se percebe, não ficou imune a essa mudança de mentalidade visto que, enquanto sistema linguístico, disciplina condutas intersubjetivas no processo de comunicação.

O Direito é, nesse sentido, uma atividade intrinsecamente retórica, não apenas pelo fato de ser uma atividade discursiva e criativa, mas também por ser parte de uma cultura, “por fazer parte integrante de uma comunidade cultural”⁴. Sobre este aspecto, Joana Aguiar e Silva pontua que a viragem linguística justificaria a consideração da retórica como instrumento mais que inevitável em todo o processo de comunicação e de conhecimento⁵. Daí a importância de “proceder ao estudo da linguagem jurídica *in vivo* no evento comunicativo e não *in vitro* nas páginas de livros a priori construídas pelos doutrinadores”⁶.

Com efeito, Aguiar e Silva destaca que o mundo do Direito “é um mundo que se move, nas suas mais diversificadas facetas, ao longo dos trilhos sulcados pela palavra, pelo texto, pelo discurso escrito ou oral”⁷, e complementa a autora afirmando que “verdade, inconcussa e irrefutável é a de que, advogado ou juiz, acadêmico, notário ou conservador, ao homem e à mulher do Direito sempre é exigido o conhecimento e cabal manuseamento da palavra”⁸. Logo, a linguagem é ferramenta de trabalho fundamental do jurista, e, portanto, deve-se observar todas as “vantagens em conhecer e dominar os seus meandros”⁹.

Nesse sentido, o Direito se manifesta sob as mais variadas formas de discurso, sendo fundamental compreender que cada tipo de discurso tem sua audiência própria, e é utilizado

³Virgínia COLARES, “Apresentação: por que a Linguagem interessa ao Direito?”. *In*: COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e Direito* Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010, p. 10.

⁴ Joana AGUIAR E SILVA, *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça*. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídica, Coimbra, Almedina, 2011, p. 102.

⁵*Idem*, p. 100.

⁶Virgínia COLARES, “Apresentação: por que a Linguagem interessa ao Direito?”. *In*: COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e Direito* Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010, p. 11. (grifo nosso).

⁷Joana AGUIAR E SILVA, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 33.

⁸Joana AGUIAR E SILVA, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 9.

⁹*Idem, ibidem*.

para obter este ou aquele resultado, e para tanto deve ser construído, para além dos cuidados mínimos e essenciais quanto à gramática e ortografia, com consistência e coerência para, então, expressar a verossimilhança dos argumentos. Refere-se aqui à Teoria Narrativista do Direito de Calvo González¹⁰. Segundo o autor, a narrativa consiste em um elemento literário necessariamente presente nos textos jurídicos. Daí a importância da análise de categorias narrativas de um processo, com vistas a situar o direito no discurso narrativo. Para o jurista espanhol, a narração é um “signo complexo”, pertencente a um sistema duplo (gramatical: denotativo, de *significados*; e pragmático: conotativo, de *sentidos*)¹¹.

Assim, para González, antes de preencher as lacunas normativas, é preciso preencher as lacunas narrativas, a partir de testes de consistência e coerência, os quais se apresentam como um modelo para analisar e julgar, na perspectiva da narrativa jurídica, o relato dos fatos, destrinchando assim os sentidos que se conflitam nas narrativas processuais. Com efeito, a narrativa ocorre através de uma complexa polifonia de versões de um fato, isto é, o Direito se constrói a partir de versões rivais da verdade, “que vão sendo pragmaticamente argumentadas perante uma audiência que a todo custo se procura convencer¹²” – logo, “as grandes questões do Direito gravitam em torno de um problema de comunicação argumentativa”¹³.

Calvo González afirma que, em um processo judicial, só resta debater a plausibilidade da ocorrência dos fatos a partir da verossimilhança dos discursos narrados pelas partes – o que se dá pelos testes de coerência e consistência narrativas. Nesse aspecto, para que haja verossimilhança as premissas fáticas elencadas na narrativa e a conclusão a que chega o julgador devem interagir entre si de modo coerente¹⁴. A ideia de consistência narrativa está feita à possibilidade de uma clara e precisa sequencialidade narrativa, sendo condição para uma narrativa coerente. Assim, após testar a consistência narrativa, é que se passa a testar a coerência – a partir de uma análise da dimensão semântica dos relatos¹⁵.

Tal domínio sobre a linguagem remete à indagação de Joana Aguiar e Silva: “quantas vezes não nos deixámos já arrebatados pela eloquência elegante e persuasiva da prosa de um

¹⁰ José CALVO GONZÁLEZ, *O Direito Curvo*, Trad. de André Karam Trindade, Luís Rosenfield e Dino del Pino, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013. p. 35.

¹¹ José CALVO GONZÁLEZ, José, *La Justicia como Relato: ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Editorial Librería Ágora, 1996, p. 47.

¹² Joana AGUIAR E SILVA, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*. Coimbra, Almedina, 2011, p. 40.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ José CALVO GONZÁLEZ, *O Direito Curvo*, *Op. cit.*, p. 52-53

¹⁵ José CALVO GONZÁLEZ, *O Direito Curvo*, *Op. cit.*, p. 46.

jurista?”¹⁶ O que remete à outra indagação contraposta: Quantas vezes não vimos um direito perecer pela ausência de eloquência ou pela ausência do domínio da linguagem?

No mundo do Direito, o manuseio das palavras se reveste de um relevo único, de uma acuidade particular, a qual possibilita, por conseguinte, o manuseio das ideias. Essa singularidade, como destaca Aguiar e Silva, justifica a preocupação que, nas últimas décadas, o Direito tem demonstrado face às questões da linguagem, qual seja, a ideia de que, através do bom ou mau uso das palavras no campo jurídico, uma pessoa se possa ver despojada de bens materiais, da liberdade e até da própria vida¹⁷ (a depender, é claro, de cada ordenamento jurídico).

Com efeito, na mesma esteira, Colares pontua que

no Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos sociais, faz emergir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus. Um compromisso, antes inexistente, pelo uso da linguagem, origina-se no Direito; um novo órgão estatal surge pela utilização da palavra certa, pela pessoa certa; um procedimento legal é instituído no novo código processual em gestação, poderes são conferidos etc. Enfim, algo diferente acontece no panorama delineado pelo Direito, porque foi realizado um ato jurídico através de um ato de fala, isto é, realiza-se um ato performativo de fala, uma ação que determina mudanças no mundo legalmente estruturado.¹⁸¹⁹

Daí a relevância de se refletir acerca da responsabilidade civil do advogado devido ao mau uso da linguagem – seu instrumento de trabalho. Afinal, “ser juiz ou advogado sabendo que da sensibilidade e competência que o nosso discurso reflectir dependerá, porventura, a vida de alguém, envolve necessariamente um sério e maduro processo de introspecção”²⁰, que necessariamente perpassa pela noção de responsabilidade, que será objeto de estudo nos próximos capítulos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO: APROXIMAÇÕES INICIAIS

¹⁶JoanaAGUIAR E SILVA, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*. Op, cit. p.7.

¹⁷*Idem*,p.15.

¹⁸ VirgíniaCOLARES, “Apresentação: por que a Linguagem interessa ao Direito?” Op, cit. p. 10.

¹⁹ Sobre os atos de fala ver: JohnSEARLE,*Os Actos de Fala: um ensaio de Filosofia da Linguagem*, trad. de Carlos Vogt, Coimbra, Almedina, 1984.

²⁰JoanaAGUIAR E SILVA, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*. Op, cit.p. 16.

Paul Ricoeur traz interessante reflexão acerca do conceito de responsabilidade. O autor propõe em sua obra *O justo ou a essência da justiça*, uma análise semântica conceitual motivado “pela espécie de perplexidade em que deixou o exame dos usos contextuais contemporâneos do termo responsabilidade²¹”. Por um lado, segundo Ricoeur, o conceito parece estar bem fixado no seu uso jurídico clássico, qual seja, no âmbito cível, a obrigação de reparar o dano que se causou por sua falta. Mas, por outro lado, “uma certa fluidez invade o domínio conceptual²², isso porque um termo cujo sentido é tão firme no plano jurídico, não possui presença marcante na tradição filosófica.

Com efeito, pontua o autor, que o adjetivo *responsável* arrasta consigo uma diversidade de complementos: “sois responsável pelas consequências dos vossos atos, mas também responsável por outros, na medida em que são cometidos por vosso encargo ao vosso cuidado, e eventualmente bastante para lá desde alcance. No limite sois responsável por tudo e por todos²³. No plano propriamente jurídico, diz o autor, para além das extensões evocadas na definição acima, a ideia jurídica de responsabilidade sofreu a concorrência de conceitos como perigosidade, risco ou solidariedade²⁴.

Nesse aspecto é possível afirmar que o instituto da responsabilidade civil está vinculado à realidade social²⁵ e tem evoluído, buscando novas perspectivas, novas técnicas e novos diálogos. Diálogos com a dignidade humana, com a solidariedade social, com os direitos fundamentais, com a boa-fé objetiva, com a função social, com a razoabilidade, com a equidade. Enfim, todos esses diálogos – e outros mais - permitem que se desvelem realidades que até então não eram vistas. A responsabilidade civil tem representado, nesse aspecto, um papel revolucionário²⁶.

Diante desse cenário, as teorias da responsabilidade civil têm se aprimorado, de modo a buscar ao máximo o ressarcimento de danos, sejam eles de cunho material e/ou moral, pois, nas palavras de Giselda Hironaka, a responsabilidade está “eternamente em movimento e eternamente exigindo mais e permanente atenção²⁷”. Nesse aspecto Caio Mario destaca que a responsabilidade civil “gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem

²¹Paul RICOEUR, *O justo ou a essência da justiça*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997, p. 35.

²²*Idem*, p. 35.

²³*Idem*, p. p. 36.

²⁴*Idem, ibidem*.

²⁵ Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 20. E-book.

²⁶ Maria Celina Bodin de MORAES, *Danos à pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

²⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “As tendências da responsabilidade civil no século XXI”, in: *Temas de Responsabilidade Civil – o direito na sociedade complexa*, Construção dialógica entre a UNIFG, UFRJ, UFLA, UFBA, PUC Minas e USP, org. Elpídio Paiva Luz Segundo e Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 315.

levado a doutrina e a jurisprudência a marchar a diante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça²⁸. E com razão, visto que não raro o direito faz-se mais amplo e mais atual através da doutrina e da jurisprudência, antes mesmo da via legislativa.

Tal entendimento aplica-se por exemplo, à teoria da perda de uma chance, que, apesar de não ser exatamente uma teoria recente, tem sido aprimorada e ressignificada pelos ordenamentos jurídicos, através da doutrina e dos entendimentos jurisprudenciais, ao longo dos tempos. Antes, contudo, de abordar a referida teoria, parece importante um breve resgate teórico do instituto da responsabilidade civil, com ênfase na responsabilidade do advogado.

No Brasil, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual e resultar de atos próprios ou de terceiros, coletivos ou individuais, lícitos ou ilícitos, ações e omissões. O Código Civil traz na redação do artigo 927 que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”²⁹.

Os requisitos para a configuração da responsabilização são a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa, sendo, nesse aspecto, a teoria da responsabilidade subjetiva considerada a regra no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, para que haja o dever de indenizar deve-se comprovar, além dos demais requisitos, a culpa do ofensor. A culpa aqui caracterizada pelas noções de negligência, imprudência e imperícia, estando o dolo englobado na perspectiva ampla de culpa. Sobre esse ponto, Giselda Hironaka sustenta que “culpa e risco devem deixar de ser considerados *fundamentos* da responsabilidade civil para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de *fontes* da responsabilidade civil”³⁰, isso porque, para a autora, não importa se uma delas tem primazia sobre a outra, visto que, embora sejam (mais) frequentes os casos de responsabilidade subjetiva - embasada na culpa, ela coexiste com a responsabilidade objetiva - embasada na teoria do risco, e que “advoga no sentido de que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um *nexo de causalidade*, independentemente da culpa”³¹, sendo esta a previsão do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “Haverá obrigação de reparar o dano,

²⁸ Caio Mario da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 10ª ed. vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 362.

²⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 03 de janeiro de 2022.

³⁰ Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “As tendências da responsabilidade civil no século XXI”, in: *Temas de Responsabilidade Civil – o direito na sociedade complexa*, Construção dialógica entre a UNIFG, UFRJ, UFLA, UFBA, PUC Minas e USP, org. Elpídio Paiva Luz Segundo e Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 332 (grifo da autora).

³¹ *Idem, ibidem*.

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”³².

Com efeito, lembra ainda a autora que a objetivação da responsabilidade civil em face das atividades de risco, apesar de serem lícitas, é uma realidade tanto em países cuja legislação deriva do sistema romano-germânico quanto do sistema common law³³, aplicando-se, portanto, tanto no ordenamento brasileiro quanto no português.

Quanto a responsabilização civil imputada aos advogados, inicialmente cumpre lembrar que o advogado realiza a sua atividade, em regra, no campo da responsabilidade civil contratual, inclusive conforme decisão do Supremo Tribunal de Justiça³⁴ “a responsabilidade do advogado na condução da defesa processual do seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato”. Logo, a procuração, enquanto instrumento do mandato, delinea quais são os poderes conferidos pelo constituinte ao procurador – advogado, habilitando-o a agir judicialmente (ou extrajudicialmente) em nome do mandatário -cliente. Esta é a previsão do artigo 692 do Código Civil Brasileiro: “o mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes na legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código”³⁵³⁶.

Outro ponto relevante acerca do contrato de mandato é que não são válidas as cláusulas de irresponsabilidade ou de não indenizar, tendo em vista ser teleologicamente contrário aos propósitos do contrato que o mandatário pudesse se exonerar dos danos que causasse, notadamente nos casos em que houver desigualdade material entre as partes, que é justamente o caso, em regra, dos contratos celebrados entre advogado e cliente, já que a vítima do dano, não raro se encontra em situação de vulnerabilidade perante o advogado.

³²BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 03 de janeiro de 2022.

³³Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “As tendências da responsabilidade civil no século XXI”, *in: Temas de Responsabilidade Civil – o direito na sociedade complexa, Op, cit.*, p. 332

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3ª turma), Recurso Especial 1079185/MG 2008/0168439-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/11/2008, T3, Data de Publicação: DJe 04/08/2009.

³⁵BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 03 de janeiro de 2022.

³⁶ Cabe lembrar que a indenização por dano moral em casos de inadimplemento contratual, embora não seja comum, pode acontecer (STJ, REsp 1.080.679).

Ademais, como referido acima, a atividade advocatícia, em regra, é uma atividade de meio e não de resultado. Isso significa que o profissional se obriga a empreender a sua atividade, utilizando de prudência e diligência no exercício do mandato, realizando todos os procedimentos necessários para que o resultado esperado pelo cliente seja alcançado e utilizando todos os meios disponíveis para o bom andamento do processo. E como dispõe Caio Mario, “nas [obrigações] de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final”³⁷.

No que tange a responsabilização civil, a atividade advocatícia encontra-se positivada no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil³⁸ (OAB), que dispõe em seu art. 32 que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Logo, destaca-se que a responsabilidade civil do advogado é regida pela teoria da culpa, isto é, para que haja a responsabilização do profissional, é preciso que se comprove todos os elementos que compõem a responsabilidade, inclusive a culpa³⁹.

Ademais, as excludentes de responsabilidade civil podem ser invocadas para que se rompa o nexo de causalidade - sempre a depender da análise do caso concreto - quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente e o caso fortuito/força maior. Destaca-se que se aceita, em geral, como caso fortuito aquele que não esteja relacionado com a atividade desenvolvida pelo autor do dano, sendo denominado fortuito externo. O fortuito interno, ou seja, aquele relacionado à atividade desenvolvida pelo advogado não se encaixa como excludente haja vista ser risco inerente à advocacia.

Delineados alguns dos aspectos acerca da responsabilidade civil, e sem a pretensão de esgotá-los no presente estudo, passa-se a analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance em decorrência do mau uso da linguagem pelo advogado.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE EM DECORRENCIA DO MAU USO DA LINGUAGEM

A noção de perda de uma chance surgiu, no âmbito da responsabilidade civil, em decorrência da dificuldade (ou até mesmo da impossibilidade) de comprovação do nexo de

³⁷ Caio Mario da Silva PEREIRA, Teoria Geral Das Obrigações, vol. II, Rio de Janeiro:Ed. Forense, 2006. p. 214.

³⁸ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Portal da legislação.

³⁹ *Idem*.

causalidade entre um determinado ato “que se equaciona ser fundante da responsabilidade do seu autor e a frustração da concretização, em detrimento da pessoa que se apresenta como lesado, de um determinado resultado futuro”⁴⁰. Assim, por ser o resultado de consecução incerta, não seria possível afirmar que, sem aquele ato, o resultado teria sido efetivamente produzido. Com efeito, poderia afirmar que o ato seria uma condição necessária para a produção do dano, qual seja, a perda do resultado final e, portanto, o direito à reparação do dano estaria afastado⁴¹, pois, “falhando a afirmação do nexu causal, não se consegue reconhecer tutela indenizatória àquele que se apresenta como lesado, mesmo que este seja bem-sucedido na demonstração da verificação dos demais pressupostos da sua pretensão ressarcitória”.⁴²

Assim, aquele que invoca o direito a ser indenizado deve demonstrar os fatos constitutivos desse direito e os requisitos de que depende a obrigação de indenizar. Portanto, se não cumprisse o encargo probatório que sobre ele impende, a sua pretensão seria denegada e a demanda seria dada como encerrada⁴³.

Nesse aspecto, em algumas situações essa resposta não era considerada suficiente. Portanto, nas palavras de Pedro, “a responsabilidade civil não estava a cumprir os fins a que se ordena, nomeadamente a finalidade de distribuição dos danos assente no princípio da culpa”⁴⁴. E com os Tribunais, que como lembra a autora, foi onde primeiro se detectou a presença da figura da perda de uma chance, e depois pela doutrina, que a enquadraram dogmaticamente -passou-se a considerar o comportamento ilícito e culposo do agente que potenciou a produção do dano verificado ou, noutra perspectiva, que diminuiu ou ainda zerou as chances de evitar a sua concretização⁴⁵. Pode-se dizer, nesse aspecto, que a perda de uma chance está assente na teoria da causalidade adequada para fins de verificação do nexu de causalidade.

Quanto a autonomia do instituto da perda de uma chance, há divergências. Parte da doutrina entende que não se pode considerar enquanto um dano autônomo. Já outros autores são favoráveis ao tratamento autônomo da teoria, haja vista ser uma via adequada para superar a dicotomia do “tudo ou nada” nas indenizações. Assim, “o instituto representa uma tutela

⁴⁰ Rute Teixeira PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil* (e-book), Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 183 a 210. ISBN: 978-989-8908-36-0, p. 185.

⁴¹ *Idem*, p. 189.

⁴² *Idem, ibidem*.

⁴³ Rute Teixeira PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”. *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁴ *Idem*, p. 190.

⁴⁵ *Idem, ibidem*.

média, porquanto não há juízo de certeza quanto à materialização do resultado previsto, pelo que a responsabilização deve ser consentânea à própria noção de plausibilidade”⁴⁶.

Nessa esteira, reconhecer a chance como um bem autônomo, componente do patrimônio jurídico a ser tutelado, é de suma importância, notadamente devido à dificuldade em enquadrá-la na categoria dos danos emergentes, por exemplo, haja vista o fator quantificação do prejuízo, capaz de gerar indenizações desproporcionais. Tampouco se trata de lucro cessante, pois o direito, em que pese ser futuro, não é certo. Assim, o reconhecimento de uma natureza jurídica independente confere maior credibilidade ao instituto da perda de uma chance⁴⁷.

Quanto à prática advocatícia, observa-se que, em geral, se discute sobre situações em que o profissional viola culposamente algum dos deveres a que se encontrava vinculado pelo mandato, e gera, portanto, a improcedência da pretensão do respetivo cliente. Incontáveis decisões acerca da responsabilização dos advogados pela perda de uma chance já foram proferidas, nos mais diversos aspectos.

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil já decidiu por exemplo, que age com falta de diligência o advogado que não examina os documentos recebidos para instruir a petição inicial. Em outra oportunidade decidiu que responde civilmente o advogado, por negligência culposa, a impetração de mandato de segurança extemporâneo e sem instruí-lo com os documentos necessários⁴⁸. Outrora, pela não aplicação do instituto face a recurso interposto sem as alegações, “Fundamentou-se a decisão no fato do resultado recursal ser sempre incerto (será que o é?)”. Já noutra ocasião e de maneira contrária, decidiu pela aplicabilidade da teoria na hipótese de contestação protocolada fora do prazo, caso em que a omissão do advogado - que possui obrigação de meio - retirou a possibilidade de defesa do cliente. Entendimento similar foi utilizado, tanto na jurisprudência brasileira quanto na portuguesa, pela ausência de

⁴⁶ Renata Oliveira Almeida MENEZES, Bianca Regina Ramos MAGALHÃES, Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega MAGALHÃES, “Os reflexos do sistema de precedentes do CPC/2015 na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: análise comparada com o direito português”, *in: RJLB*, Ano 5, nº 4, 2019, p. 1519.

⁴⁷ Renata Oliveira Almeida MENEZES, Bianca Regina Ramos MAGALHÃES, Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega MAGALHÃES, “Os reflexos do sistema de precedentes do CPC/2015 na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: análise comparada com o direito português”, *in: RJLB*, Ano 5, nº 4, 2019, p. 1519.

⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, (2ª turma), EDcl nos EDcl no AgInt nos Embargos de Divergência em RESP Nº 1.321.606 - MS (2013/0315757-0). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data do julgamento: 27 de setembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303157570&dt_publicacao=29/09/2017. Acesso em 02/01/2022.

rol de testemunhas e de requerimento de prova⁴⁹⁵⁰, ou ainda quando pela ausência de algum elemento probatório ou um recurso ter sido apresentado de forma extemporânea⁵¹.

Mas e quanto ao dano causado pelo mau uso da linguagem?

O que se pretende com a presente reflexão é, especificamente, investigar se a imperícia do advogado no que tange ao uso inadequado da linguagem, e se a conseqüente falta ou redução da obtenção do resultado pretendido ao longo do processo, pode imputar na sua responsabilização civil.

Rute Teixeira Pedro lembra que existe um conjunto de fatores que podem influenciar o resultado final de uma demanda judicial, os quais não são e nem podem ser controlados pelo advogado, como a conduta processual da outra parte ou ainda o grau de convencimento que esta pode gerar no magistrado. E como bem coloca a autora, são também estes fatores que justificam que a obrigação assumida pelo advogado seja, em regra, uma mera obrigação de meio e não de resultado. Assim, “na falta de afirmação do nexo de condicionalidade inexistente fundamento para a tutela indenizatória pela perda do resultado que se pretendia obter com recurso à atividade do advogado”⁵².

Ocorre que, partindo da premissa de a linguagem é instrumento fundamental para a atuação profissional do advogado, e que, por linguagem entende-se tanto a perspectiva básica – gramatical, ortográfica, sintática e semântica – quanto a perspectiva que abrange toda a construção de sentido do argumento – resgatando aqui Calvo Gonzáles com sua teoria Narrativista do Direito e os testes de consistência e coerência narrativas – compreende-se que se o advogado, ao construir sua argumentação, seja escrita ou oral, não se atem a tais questões linguísticas, age com imperícia, e, na situação de dano, deve ser responsabilizado civilmente, e a modalidade perda de uma chance se apresenta como a via mais adequada justamente por equacionar os danos. E claro, como bem destaca Pedro, para que o dano da perda de chance possa gerar efeitos ressarcitórios, é necessário que, por um lado, se demonstre que o lesado que era detentor de chances reais de alcançar o resultado pretendido e, por outro lado, que as chances se perderam em decorrência do ato daquele que deve ser responsabilizado⁵³.

⁴⁹Renata Oliveira Almeida MENEZES, Bianca Regina Ramos MAGALHÃES, Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega MAGALHÃES, “Os reflexos do sistema de precedentes do CPC/2015 na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: análise comparada com o direito português”, *Op. cit.*, p. 1520.

⁵⁰ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no processo 817/09.8TVLSB.L1.S1, relatado por Serra Baptista, julgado pela 2ª Secção e datado de 18/10/2012. Em outro acórdão, também do Supremo Tribunal de Justiça (processo 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado por Helder Roque, julgado pela 1ª Secção e datado de 05/02/2013).

⁵¹Rute Teixeira PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, *Op. cit.*, p. 190.

⁵²Rute Teixeira PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, *Op. cit.*, p. 190.

⁵³*Idem*, p. 191.

E como sustentam Gagliano e Pamplona Filho, erros crassos como perda de prazo para contestar ou recorrer são evidenciáveis objetivamente. Há, no entanto, condutas do advogado, que merecem exame mais detalhado e atento às peculiaridades do caso, como é o caso aqui debatido. E, nas palavras dos autores, “não devemos esquecer que o advogado é o primeiro juiz da causa e intérprete da norma”⁵⁴, e a configuração do nexos de causalidade na realização judicativo-decisória é realizada, em última análise, a partir de critérios de uma concepção dos fatos a partir das narrativas fático-probatórias apresentadas pelo advogado através das peças processuais ou das arguições orais, as quais devem cumprir com os parâmetros mínimos da linguagem – aqui entendida na dimensão ampla apresentada no primeiro capítulo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a refletir sobre a responsabilização civil do advogado devido ao mau uso da linguagem à luz da teoria da perda de uma chance. Partiu-se, para a referida reflexão, da premissa de que o Direito é linguagem, notadamente por ser uma atividade intrinsecamente retórica, não apenas pelo fato de ser uma atividade discursiva e criativa. Com efeito, no Direito, a linguagem estabelece relações entre particulares e grupos sociais, concede e usurpa direitos, e é, portanto, uma ferramenta de trabalho fundamental do jurista, senão a mais importante, motivo pelo qual o domínio de seus meandros – gramaticais e/ou argumentativos - pode significar o sucesso ou não na tutela de direitos. Logo, foi possível compreender que um profissional que não domina seu instrumento de trabalho incorre em imperícia, e no caso de gerar danos ao remover ou reduzir as chances de êxito dos titulares de direitos pelo seu mau uso, deve ser responsabilizado civilmente.

Mas para além da discussão sobre a responsabilização civil pelo mau uso da linguagem, é preciso que o debate sobre o ensino básico e sobre o ensino jurídico no Brasil seja intensificado. Isso porque a crise do ensino jurídico começa antes mesmo daquela denunciada por Luis Alberto Warat e sua crítica ao Senso Comum Teórico Jurídico e a proliferação de um ensino jurídico tecnicizado-dogmatizado que privilegia a simplificação e a esquematização⁵⁵ que não busca o *porquê*, mas somente o *como* e, portanto, não há espaço

⁵⁴ Pablo Stoze GAGLIANO, Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 484.

⁵⁵ MENNA BARRETO, Ricardo. Ensino Jurídico Hoje: Pistas para uma Superação do “Senso Comum Teórico Jurídico” [SCTJ]. *Julgar* (Lisboa), v. 11, p. 01-20, 2014, p. 5

para formar a sensibilidade dos juristas. A crise começa com a falta de domínio da língua portuguesa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR E SILVA, Joana, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.

AGUIAR E SILVA, Joana, *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça*. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídica, Coimbra, Almedina, 2011.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jan 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, (2ª turma), EDcl nos EDcl no AgInt nos Embargos de Divergência em RESP Nº 1.321.606 - MS (2013/0315757-0). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data do julgamento: 27 de setembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303157570&dt_publicacao=29/09/2017. Acesso em 02/01/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3ª turma), Recurso Especial 1079185/MG 2008/0168439-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/11/2008, T3, Data de Publicação: DJe 04/08/2009.

CALVO GONZÁLEZ, José, *La Justicia como Relato: ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Editorial Librería Ágora, 1996.

CALVO GONZÁLEZ, José, *O Direito Curvo*, Trad. de André Karam Trindade, Luís Rosenfield e Dino del Pino, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

Decreto-Lei n.º 47344 - Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25.

COLARES, Virgínia. “Apresentação: por que a Linguagem interessa ao Direito?”. In: COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e Direito* Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 20. E-book.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “As tendências da responsabilidade civil no século XXI”, in: *Temas de Responsabilidade Civil – o direito na sociedade complexa*, Construção dialógica entre a UNIFG, UFRJ, UFLA, UFBA, PUC Minas e USP, org. Elpídio Paiva Luz Segundo e Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

MENNA BARRETO, Ricardo. Ensino Jurídico Hoje: Pistas para uma Superação do “Senso Comum Teórico Jurídico” [SCTJ]. *Julgar* (Lisboa), v. 11, p. 01-20, 2014.

MEIRÉLES, Cecília. *Romance das Palavras Aéreas*, 1967.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. MAGALHÃES, Bianca Regina Ramos. MAGALHÃES, Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega. “Os reflexos do sistema de precedentes do CPC/2015 na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: análise comparada com o direito português”. *In: RJLB*, Ano 5, nº 4, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. “Das retóricas da causalidade à imputação objetiva lineamentos para a responsabilidade civil pelos danos decorrentes de doenças vetoriais”, *in: Responsabilidade Civil cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, coord. Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

PEDRO, Rute Teixeira. “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil* (e-book), Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 183 a 210. ISBN: 978-989-8908-36-0.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 10ª ed. vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Teoria Geral Das Obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RICOEUR. Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Instituto Piaget, Lisboa, 1997.

SEARLE, John, *Os Actos de Fala: um ensaio de Filosofia da Linguagem*, trad. de Carlos Vogt, Coimbra, Almedina, 1984.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.