

## **“UMA NOVA POSTURA NECESSÁRIA PARA O CORRETO EQUACIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS”**

**Oscar Ivan Prux**

Mestre em Direito pela PUC/SP; Doutorando em Direito pela PUC/SP;  
Professor Pesquisador Cesumar

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor trouxe uma verdadeira revolução nos enfoques tradicionais quanto às relações de consumo. Sua linha mestra, baseada na responsabilidade objetiva, foi um significativo avanço no modo de reger a responsabilidade civil dos fornecedores. Contudo, o referido diploma legal, que encheu de esperança a sociedade brasileira (e, em grande parte cumpriu muito bem o seu papel), no tocante à responsabilização dos profissionais liberais como fornecedores, preferiu manter-se conservadoramente apegado ao passado, nada evoluindo do que já existia. Essa postura constituiu uma exceção que trouxe reconhecido benefício para os citados profissionais, visto que deixou de lado a fórmula adotada para a responsabilização dos demais

fornecedores, no caso a responsabilidade objetiva. Ao adotar o texto do artigo 14, parágrafo 4º, o CDC optou, lamentavelmente, por ficar integralmente com a teoria subjetiva, não dando ouvidos aos reclamos sociais contra as situações práticas de impunidade que, com frequência, acontecem na apuração da responsabilidade pessoal desses profissionais. Esse critério tradicional é herança antiga que vem desde o Código Napoleônico e que tem como base a sistemática de que, para a responsabilização do profissional liberal, deve ser exigida a prova antecipada de que ele tenha agido com dolo ou culpa configurada por negligência, imprudência ou imperícia. A justificativa encontrada para tal entendimento prende-se ao fato de que os profissionais liberais, tais como médicos, advogados, dentistas,

engenheiros (civis, eletrônicos, mecânicos, de computação, agrônomos), arquitetos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, psicólogos, veterinários, enfermeiros com formação superior, economistas, químicos, farmacêuticos, professores, administradores (de empresas, hospitalares, públicos, de comércio exterior), jornalistas, economistas, contabilistas, etc.<sup>1</sup>, quando atuam nessa condição (de profissionais liberais), realizam ou realizariam, generalizadamente, contratos com obrigações de meio e não com obrigações de resultado. Nessa condição, a eles caberia envidar todos os esforços e perícia técnica para realizar o que lhes é pedido pelo consumidor; mas não estaria ao seu alcance assegurar o resultado que é objeto do serviço. Ao médico, por exemplo, não seria possível garantir a saúde ou a vida do paciente; nem poderia o advogado contratado para atuar no processo assegurar um certo resultado dependente de uma sentença que é exarada pelo juiz.

Os resultados desses serviços,

então, estariam sempre na dependência de fatores alheios ao empenho e à competência do profissional, de modo que uma completa garantia de perfeição do resultado do serviço estaria fora do alcance de seu esforço e de sua própria vontade.

De fato, existem pontos de verdade nessa afirmação, mas também há muito de incorreto. A sociedade brasileira tem para contar uma longa história de lesão a direitos de consumidores que perderam o serviço que pagaram e que, a par das seqüelas físicas que muitas vezes tiveram que carregar junto com seu dano material, ainda foram condenados a suportar o custo marginal de, ao buscar a reparação, terem de litigar em condições injustamente desfavoráveis, além de demoradas e custosas. Muitos deles viram a verdade real ser ofuscada pela verdade declarada nos processos, na medida em que, tendo a prova fundamental que provir,

---

<sup>1</sup> O MEC (Ministério da Educação e Cultura), tem 85 cursos superiores reconhecidos, o que significa a existência de 85 profissões que, se exercidas sem subordinação, colocam seus integrantes na condição de profissionais liberais. E aí reside um detalhe fundamental, a soberba maioria dos serviços prestados por esses profissionais em suas relações de consumo, têm a característica de serem constituídos de obrigações de resultado, como, por exemplo, o trabalho de um nutricionista que elabora um cardápio para determinado hotel.

normalmente, de um laudo pericial elaborado por um colega de profissão do infrator, acabava o consumidor sem prova alguma, ante a força do corporativismo protetor, importante entre muitos profissionais. Nesse contexto, muitos dos consumidores diretos foram prejudicados e a sociedade toda perdeu indiretamente. Sob o escudo da impunidade, fruto do binômio responsabilidade subjetiva/corporativismo, se os maus profissionais não proliferaram, certo é que se mantiveram lesando seus clientes, prejudicando seus colegas bons profissionais, atribulando o mercado e dificultando a prestação jurisdicional justa<sup>2</sup>.

Não se pode dizer que a existência de serviços mal prestados e de maus profissionais atuando no mercado seja regra e, muito menos, que todas as mazelas acontecidas nessa área devam ser tributadas à teoria da culpa. Mas o direito não coíbe o que é regra: o direito preocupa-se com o que é socialmente desviado e então atua. Bastaria um caso dessa espécie para causar preocupação, que dirá

centenas ou milhares.

Na vinda do CDC, portanto, estavam depositadas fundadas expectativas de que ele trouxesse inovações que equacionassem melhor o problema, mas, como tal não aconteceu, a questão persiste tormentosa, justificando a adoção da tese que estamos a expor.

Para um melhor entendimento de nossa posição, vamos principiar apresentando alguns conceitos e considerações fundamentais. Começamos pela conceituação de obrigação de meio e obrigação de resultado. Como expressa com simplicidade Maria Helena DINIZ(1994):

A obrigação de meio é 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. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria

<sup>2</sup> A insatisfação com a teoria da culpa na responsabilização dos profissionais não é privilégio nacional. As tentativas de criação de outras teorias a exemplo da *perte d'une chance* do Direito Francês e *ares ipsa loquitur* do Direito Norte-americano (referidas em outro capítulo de nosso estudo) são uma evidente demonstração de busca de alternativas para o que se julga imperfeito.

atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final. Havendo inadimplemento dessa obrigação, é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento, de modo que cumprirá ao credor demonstrar ou provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava adstrito (AJ, 104:233). Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para

que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente. (p. 162-163)

Orlando GOMES segue na mesma linha de exposição:

Para compreender a discrepância, impõe-se a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado. Correspondem as primeiras a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido. (p.21)

Essa distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado é também muito utilizada na doutrina estrangeira. Ela é tradicionalmente atribuída a DEMOGUE<sup>3</sup> sendo, inclusive objeto de obra específica escrita por Frossard (apud, GRUBER-MAGITOT, 1978). Tal qual a teoria da culpa, o Direito Francês a apresenta bem desenvolvida, podendo se encontrar vários

<sup>3</sup> Fábio COMPARATO, após admitir, como toda a doutrina, que essa distinção é originalmente atribuída a DEMOGUE, diz mais adiante que "a verdade é que ela já aparecia de forma mais ou menos explícita na doutrina germânica desde fins do Século XIX, no grande trabalho de fermentação de idéias que preparou a elaboração do Bürgerliches Gesetzbuch" (COMPARATO, Fábio Konder. "Obrigações de Meios, de Resultado e de Garantia". Verbete, in: "Enciclopédia Saraiva do Direito", Coord. Rubens LIMONGI FRANÇA, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 55, p. 420-432.

exemplos disso, dentre os quais citamos, "LA NATURE DE L' OBLIGATION DE RÉPARATION(ld. Ibidem):

Il existe, en droit français une distinction classique, au sein des obligations, entre "obligations de moyens" et "obligations de résultat". Cette distinction permet d'abord d'apprécier la nature des obligations d'après leur contenu : le débiteur s'est-il engagé à atteindre un résultat précis, son obligation est de résultat; s'est-il contenté de prêter son concours à la réalisation d'un but, sans toutefois en promettre le succès, son obligation est de moyens. Elle fonde ensuite une différence sensible entre deux régimes de preuve. L'obligation est-elle de moyens? La preuve de la faute contractuelle du débiteur (l'inexécution de l'obligation de moyens) repose sur le créancier. L'obligation est-elle de résultat? (exécution de l'obligation de résultat), celle-ci étant présumée dès lors que le résultat promis n'a pas été atteint<sup>4</sup> (p. 36)

E, no mesmo sentido, leciona J. M. Antunes VARELA (1978),

<sup>4</sup> 'O caráter das obrigações de reparação. Existe, em direito francês, uma diferença clássica no interior das obrigações, entre obrigações de meios e obrigações de resultados'. Esta distinção permite, em primeiro lugar de apreciação o caráter das obrigações visto o conteúdo: o devedor comprometeu-se a atingir um resultado preciso? Se for só prestando seu concurso à realização do direito, sem, porém, prometer o sucesso então sua obrigação é de meios. Ela inclui também uma diferença sensível entre dois tipos de provas. A obrigação é do meio? A prova do erro contractual do devedor (: a ; ..execução da obrigação de meio) fica para o credor. O credor não tem que provar o erro contractual do devedor (a inexecução da obrigação do resultado), essa sendo supunha a partir do momento no qual o resultado prometido não foi atingido'.

quando diz:

No caso das obrigações de resultado, o cumprimento envolve não só o ato de prestação, mas também a verificação do efeito que ela visa obter. Nas obrigações de meios, o devedor cumpre, logo que realiza o ato de prestação a que se encontra adstrito, independentemente do efeito que ela tenha surtido. (p. 4)

Então, na obrigação de meio, o esforço competente é o elemento fundamental, enquanto na de resultado, é a completa eficácia da ação prestadora o componente que mais caracteriza a obrigação, eficácia essa só evidenciada pela consecução do resultado contratado. É da natureza do contrato que seja de meio a obrigação contraída pelo médico que faz um transplante ou atende no Pronto-socorro um acidentado que adentrou com múltiplas lesões, ou do advogado que postula a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou que defende réu que está

sendo julgado por assassinato. De outro lado, também dentre inúmeros exemplos, podemos afirmar que são de resultado as obrigações: - assumidas pelo engenheiro ou pelo arquiteto que contrata a feitura do projeto e a construção do prédio, pois a obrigação assumida pelos referidos profissionais inclui a garantia quanto aos cálculos estruturais e à fiscalização das quantidades e tipos de materiais utilizados na obra; - a do professor que contrata a tradução de um texto escrito em idioma estrangeiro; - a do "radiologista" que contrata a análise de uma ultra-sonografia, ou de uma tomografia computadorizada; - a do contabilista que contrata a elaboração de um balanço; - a do economista que contrata a feitura de um projeto econômico; - a do anestesista em sua atividade de anestesiá-lo; - a do bioquímico que contrata compor determinada essência ou produto já usual (em farmácia de manipulação); - a de fazer análise de exames de sangue, fezes, urina, ou outro de mesma ordem, por profissional da área. Observação: é praticamente

impossível, arrolar todas as obrigações de resultado, pois o progresso da técnica conduz a que o número delas se multiplique a cada dia. Uma transfusão de sangue, que no passado impunha graves riscos, tanto para o doador como para o recebedor, hoje pode ser feita com absoluta garantia de sucesso e segurança.

Prosseguindo na aproximação do problema, é importante olhar para a consequência mais relevante dessa distinção: se a obrigação for de resultado, a inversão do ônus da prova decorre como uma consequência natural e impositiva dessa condição<sup>5</sup>. Nesses casos, toda discussão sobre o cumprimento ou não da obrigação centra-se no fato de o resultado contratado ter acontecido ou não, e isso facilita a defesa da posição do consumidor, sem impingir qualquer desequilíbrio injustificado em detrimento do profissional liberal fornecedor. Então, sendo a obrigação de resultado, a inversão dos ônus da prova é verdadeira exigência para que se

---

<sup>5</sup> Essa concepção, que não é nova, tem sido elemento substancial a embasar um daqueles avanços encontráveis na doutrina e na jurisprudência, que, lamentavelmente, o CDC fez por ignorar.

possa chegar a prestações jurisdicionais justas.

Ao tratar das conseqüências das obrigações de meio e das de resultado J. Miguel Lobato GOMES (1992) produz excelente lição quando diz:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Conseqüências da distinção entre OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. Partiendo de este planteamiento, las consecuencias que suelen deducirse de esta distinción se concretan en el plano del cumplimiento o, más exactamente, en el terreno de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación. En particular, respecto de la definición y la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual. En las obligaciones de resultado es suficiente para determinar el incumplimiento que el acreedor establezca que no se ha alcanzado el resultado prometido por el deudor. En las obligaciones de medios, por el contrario, se hace necesario un examen de la conducta del deudor, y el acreedor, para determinar el incumplimiento de la obligación, deberá probar que el deudor no ha actuado con la diligencia a la que se había obligado, 10 que hace que incumplimiento de la prestación y culpa vengan prácticamente a confundirse. (p.714)

Veamos algumas situações exemplificadoras. No caso de contratação de uma operação plástica, muitas vezes o paciente poderá apresentar as cicatrizes comprovadoras do não cumprimento do resultado contratado. Mas se nos ativermos ao caso de encomenda de um parecer jurídico, como o consumidor poderá provar que esse não lhe foi entregue? É até um fato negativo, que a prática mostra e a doutrina aceita, com algo, em geral, muito difícil ou até impossível de provar. De outra parte, saliente-se que ao fornecedor tal circunstância não oferece a menor dificuldade: basta que ele apresente o recibo de entrega para mostrar que essa obrigação foi por ele cumprida. Portanto, por esses argumentos, e até por questão de racionalidade, a prova nos casos de obrigações de resultado deve ser ônus exclusivo do fornecedor, sendo o caminho óbvio e mais simples para isso, a aplicação do princípio de presunção antecipada de culpa do fornecedor. Com isso, não se deixará o profissional sem possibilidade de adequada defesa, posto que apesar da presunção de sua culpa, essa poderá ser ilidida através da demonstração de qualquer das hipóteses previstas no parágrafo 3, (do artigo 14, do

CDC, ou seja, que tendo prestado o serviço o defeito inexistiu, ou que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro (fatos que atuam sobre o nexo causal) ou, incluindo todas as situações, que o resultado tenha sido realizado conforme os exatos termos da contratação. Se só essas circunstâncias e, principalmente, a consecução do resultado, exoneram o devedor, muito justo que se impute a ele o dever de demonstrar que o resultado se concretizou, até porque, normalmente, ninguém melhor que ele, um profissional do que faz, tem os meios e as possibilidades de provar isso com eficiência<sup>6</sup>. Outro detalhe: ao profissional é sempre mais fácil tomar, antecipadamente, todas as precauções tendentes a possibilitar sua futura defesa, se necessária. Há de se observar, em complemento, que a inversão do ônus da prova está elencada no artigo 6º, inciso VIII, do CDC,

como um dos direitos básicos do consumidor, o que implica que tal providência deve ser implementada nas situações em que for oportuna e necessária a facilitação da defesa dos direitos deste (consumidor) quando em juízo<sup>7</sup>.

À guisa de adicionarmos mais uma posição em relação ao problema, cabe citar aqui a lição de Aguiar DIAS(1979):

Não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora não o confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo [...] Em essência, repetimos, a assimilação entre um e outro sistema é perfeita, significando o abandono disfarçado ou ostensivo, conforme o caso, do princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade. (p. 91)

<sup>6</sup> No seu relato sobre as conclusões do XXII Colóquio de Direito Europeu o Diretor do Gabinete de Direito Europeu reporta: 'De todo o modo, concordou-se que a aceitação da inversão do ônus da prova (a carga do profissional e a benefício do cliente) já seria um motivo preventivo e dissuasório suficiente para a garantia de posição do cliente e maior rigorismo na prestação profissional' (PORTUGAL, Ministério da Justiça, 'Anais do XXII Colóquio de Direito Europeu Organizado pelo Conselho da Europa', página 6, Lisboa, 1992).

<sup>7</sup> Contudo, no tocante às situações que envolvam obrigações de meio, o julgador deve ter extremo cuidado para aplicá-la. Só em situações muito especiais, em que o juiz veja que a prova é absolutamente impossível para o consumidor, é que, com muito critério e cautela, ele deverá se utilizar desse expediente. Essas situações, repetimos, são especialíssimas, sendo que na imensa maioria dos casos dessa espécie, a posição do fornecedor deve, com muito fundamento, poder contar com o privilégio da teoria da culpa sem a inversão do ônus da prova.



Portanto, como vimos, essa semelhança de resultados se acentua quando entra em cena a inversão do ônus da prova. Basta ver que na responsabilidade objetiva do CDC, apesar dos avisos da doutrina de que neste tipo de responsabilidade não se perquire culpa, o fornecedor pode se exonerar de responder pelo dano, desde que demonstre uma das situações que o Código traz expressamente e só aquelas. Exemplo: provar que tendo prestado o serviço o defeito inexistente ou que a culpa é do consumidor ou de terceiro (art. 14, parágrafo 3º, I e II). Já na responsabilidade subjetiva com presunção (absoluta ou não) de culpa, o fornecedor também pode se livrar de indenizar desde que prove que o resultado se realizou. Ora, na prática, provar que o resultado se realizou é exatamente igual a provar que tendo prestado o serviço o defeito inexistente. E quanto à questão de o defeito ter sido culpa exclusiva do fornecedor ou de terceiro, hipótese exonerativa do inciso II do parágrafo 3º do mencionado art. 14. Na verdade, essa possibilidade afeta o nexo causal, que é pré-requisito

indispensável para qualquer reparação, tanto faz seja ela pelo critério da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Como nas duas situações (sempre tratando das obrigações de resultado) a prova que pode conduzir à decisão sempre cabe ao fornecedor, verifica-se que estamos diante de situações idênticas, separadas apenas por um típico artifício teórico, utilizado apenas para não melindrar.

Considerada toda essa conjuntura, o sistema que preconizamos se sustenta em três premissas básicas que, inclusive, já são de manuseio da doutrina e jurisprudência. São elas:

a) nas prestações de serviços praticadas pelos profissionais liberais existem duas espécies de obrigações: as que são de meio e as que são de resultado;

b) as obrigações a que o profissional liberal se compromete na sua prestação de serviços, são perfeitamente divisíveis, podendo ele, na qualidade de fornecedor, possuir dentro do mesmo contrato, obrigações que são de meio e

obrigações que são de resultado;

c) o CDC prescreve três tipos básicos de infringência aos direitos dos consumidores: os configurados dentro da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, os estabelecidos pelos vícios de consumo e os representados pelas condutas abusivas e práticas abusivas realizadas no mercado pelos fornecedores. Necessário se faz ressaltar que, em suas atividades laborais, os profissionais liberais podem infringir os direitos dos consumidores em qualquer dessas formas.

É com base nesse contexto que desenvolvemos nossa teoria e chegamos às seguintes conclusões:

1. A teoria subjetiva fundada na culpa não é adequada para ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil de ordem pessoal dos profissionais liberais. Nas obrigações de resultado ela se revela inadequada e nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado (na oferta, na propaganda enganosa, na cobrança de dívidas, no uso de práticas e cláusulas abusivas, etc.) ela se revela, além de inadequada, quase impertinente.

2. A fórmula para resolver a questão está no exame prévio destinado a apurar se a obrigação que o profissional assumiu ao contratar é de meio ou de resultado. Em sendo de meio, a responsabilização deverá fazer-se respeitando os critérios estabelecidos pela teoria subjetiva, ou seja, com a demonstração antecipada da culpa do profissional. Essa modalidade, que é pertinente apenas e tão somente para os casos de acidentes de consumo e de vício do serviço, adota fórmula igual à do parágrafo 4, do artigo 14, do CDC (note-se que ela não tem pertinência para casos alheios a esses, como os de práticas e/ou condutas abusivas). Já, em sendo de resultado, a inversão do ônus da prova deverá ser obrigatória, devendo o profissional liberal responder com presunção de culpa, fórmula cujos efeitos práticos são idênticos aos da responsabilidade objetiva que é aplicada pelo CDC aos demais fornecedores.

3. Para concluir essa exposição sumária, convém acrescentar que: sempre que a obrigação

contratada puder ser dividida, de modo a que parte dela possa ser classificada como de meio e parte como de resultado, quando da apuração se deverá aplicar a cada uma os critérios correspondentes e, em sendo a parte de resultado fundamental para o contexto da obrigação, a responsabilização deverá acontecer inexoravelmente, a menos que o fornecedor demonstre que a cumpriu. Exemplo: um consumidor contrata com um *engenheiro* de computação, o desenvolvimento de um programa *simplificado* de calcular custos; o programa deve ser capaz de armazenar a quantidade de informações requerida pelo consumidor e, além de ser capaz de funcionar no tipo de computador do adquirente do serviço, deve ser entregue instalado até o último dia do mês da contratação. Nesse caso, a qualidade técnica do programa será obrigação de meio, enquanto a capacidade de armazenamento e de funcionar no computador do consumidor, bem como sua entrega no prazo comporão a parte que é de resultado. Assim, para apurar-se a responsabilidade do fornecedor quanto à maior ou menor

qualidade técnica do serviço, deve prevalecer a teoria da culpa. Já nos itens referentes às obrigações de resultado, a culpa do fornecedor deve ser presumida com todas as conseqüências pertinentes. Contudo, ao menos entregar o programa é daquelas obrigações de resultado tão fundamentais que podem afastar a discussão relativa a todas as outras que sejam de meio, de modo que a responsabilização deve acontecer incontinenti, não cabendo ficar-se a *discutir* aspectos relativos à culpa.

Vamos adicionar mais alguns aspectos técnicos nessa análise. O CDC, reiterando, prevê três tipos de situações básicas, das quais se pode inferir responsabilidade civil por parte do fornecedor. São elas: o fato do produto ou do serviço (que se relaciona aos acidentes de consumo), o vício do produto ou do serviço (que se relaciona aos incidentes de consumo) e, ainda, as condutas e práticas abusivas disciplinadas nos artigos 30 a 54 do CDC, as quais, misturando gêneros e espécies, referem-se à proteção contratual, à coibição de

práticas comerciais desleais, à coibição de práticas e cláusulas abusivas, à proibição da propaganda enganosa ou abusiva, aos cuidados com os excessos nos contratos de adesão e na cobrança de dívidas, etc., realizadas pelo fornecedor no mercado. Observação: nessa última categoria, inclusive, pode nem haver contrato, tendo a má conduta no mercado atingido apenas um consumidor ainda abstrato, potencial. Nesse caso, o CDC busca é evitar a ação reprovável do fornecedor no mercado, sem que necessariamente exista um consumidor contratante atingido em seu físico ou em seu patrimônio. Pois bem, a realidade tem mostrado profissionais liberais cometendo não raras infrações aos direitos dos consumidores, dentro dessas três categorias, e não só na área dos acidentes de consumo, em que as preocupações em manter a responsabilidade subjetiva ainda encontram um mínimo de consistência. A problemática das relações de consumo é ampla e não pode ser reduzida apenas a uma seção do CDC. Os pilares em que os adeptos da responsabilidade subjetiva se amparam para defendê-la como

a melhor para apurar a responsabilidade dos profissionais estão todos assentados com base no que pode ocorrer nos acidentes de consumo. Abstraindo-se dessas circunstâncias eles perdem seu maior ponto de apoio. É só questionar: qual a justificativa para discriminar entre um comerciante e um profissional liberal que, após receberem pelo produto ou serviço, negam-se a fornecê-lo, desrespeitando o contido na Seção II, Capítulo ~ do CDC? Ou entre um encanador autônomo que faça um mau serviço de instalação de água e um engenheiro civil profissional liberal que projete equivocadamente essa mesma instalação hidráulica, a qual, por esse motivo, apresente duração muito aquém do normal? São exemplos elementares a demonstrar que, em ambos os casos, para efeito de responsabilização, não há diferença substancial, ou seja, não há *discrimen* que justifique tratamento privilegiado para qualquer desses fornecedores.

Vale ressaltar que a exceção contida no parágrafo 4º, do artigo 14, é fato isolado dentro do CDC (que tem como regra geral a responsabilidade objetiva), sendo

que esta se encontra apenas dentro da seção que trata dos acidentes de consumo, não sendo encontrável nas demais seções do Código. Nesse contexto, considerando que toda exceção é restritiva, não podendo ter sua aplicação estendida a situações que o texto legal não tenha configurado como expressamente abrangidas<sup>8</sup>, temos de, sob o aspecto estritamente técnico legal, quando se tratar de responsabilidade pelo fato do serviço estará configurado a situação que o legislador quis distinguir; nas demais (casos de vícios dos serviços, proteção contratual, etc.), quem não aplicar a teoria subjetiva não estará cometendo nenhuma aberração jurídica. Assim, conclui-se que, considerado apenas o aspecto da técnica legislativa, quanto não for caso de responsabilidade pelo fato do serviço, existe espaço para aplicação de fórmulas como a que estamos propondo.

Saindo dessa espécie de raciocínio, vamos retomar a exposição dentro da linha que

julgamos ideal.

A cada momento o progresso científico leva os profissionais a adotarem novos procedimentos e sistemáticas que vêm permitir que o resultado buscado através de seu serviço possa ser garantido. O critério básico para identificar se a obrigação pode ou não ser garantida e, portanto, ser considerada de resultado, está no exame do estágio da técnica relativa à área a que está adstrito o caso concreto (sem esquecer que se o profissional prometer o resultado estará sempre obrigado a cumpri-lo, independentemente de qualquer outro detalhe). Mesmo levando em consideração aspectos como o local e condições sob as quais o serviço foi prestado, será o estágio da técnica o parâmetro fundamental a balizar a definição se uma obrigação contratual do profissional liberal é ou não de resultado. Nessa tarefa de examinar o estágio da técnica é importante levar em conta as regras ordinárias da experiência, ressaltando-se que a aferição

<sup>8</sup> É CARLOS MAXIMILIANO quem diz: "As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas. ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além das casos e tempos que designam expressamente" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", página 2.2.7.9ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981).

através desse critério não deve seguir princípios tão rigorosos que só considerem de resultado a obrigação que tiver total e absoluta previsibilidade do seu cumprimento. Pela lógica do razoável, deve haver um mínimo ideal de flexibilidade quando dessa classificação, a fim de que não se corra o risco de eliminar esse tipo de obrigação, posto que, mesmo que em probabilidade desprezível, um mínimo de risco sempre vai existir em qualquer atividade. Outro detalhe: ouvem-se consideráveis objeções quanto à possibilidade de verificar-se se o resultado prometido no contrato foi atingido ou não, principalmente quando a qualidade do serviço implica o exame de elementos carregados de cunho subjetivo, como por exemplo, aferir-se "o belo" em uma operação plástica de fins puramente estéticos (que sabidamente é uma obrigação de resultado). Nesses casos somos de opinião de que o belo prometido deve ser buscado inicialmente no contrato, em que ele está inscrito de forma mais objetiva e exata, de modo a preencher a legítima expectativa do consumidor. Contudo, se isso se mostrar inviável deve-se

recorrer novamente à lógica do razoável e aplicar o critério do homem médio para aquele caso, resolvendo então a questão.

Vozes como a de Teresa Ancona Lopez de MAGALHÃES (apud, 1988) têm se levantado contra o critério atual. Em vários trabalhos, a referida autora discorre sobre a teoria norte-americana da *res ipsa loquitur* (ou "a coisa fala por si mesma") como um critério que, diante da evidência do erro médico, dispensa peritos e leva o juiz a admitir de pronto a culpa do profissional (caso, por exemplo, do médico que esquece a tesoura na barriga do paciente). Menciona, também, as palavras de Savatier, que, em vista de os juízes normalmente dependerem, para a prova de erro médico, de laudos elaborados por peritos que preferem faltar à verdade a ferir o corporativismo da classe, aconselha a usar dos indícios suficientemente lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo biológicos. Nessas significativas explicações a douta professora lança lições

substanciosas, quando diz:

A obrigação do médico pode ser de meios, mas também pode ser de resultado, como quando faz um Raio X, aplica ondas de calor, dá uma injeção, faz transfusão de sangue, procede determinada esterilização necessária ou no caso da cirurgia plástica estética. Também há possibilidade de a obrigação do médico ser de resultado quando *assume* expressamente a garantia da cura. Desta forma a responsabilidade contratual do médico pode ser presumida ou não (Id. *Ibidem*, p. 315).

Com essa mesma *Idéia básica*, encontramos valioso amparo para a posição que defendemos, nas palavras de Nelson NÉRY JUNIOR (1992), quando diz:

Profissionais liberais. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é subjetiva, fundada na culpa (art. 14, § 4º), para cuja verificação incide o princípio do maior favor ao consumidor, que é o da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Como a regra geral do CDC é a da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, foi preciso que a norma do art. 14, § 4º, mencionasse expressamente a exceção, qual seja, de a responsabilidade pessoal do profissional liberal ser investigada a título de culpa, sendo esta

subjetiva, portanto. Quando o profissional liberal *integra* pessoa jurídica ou presta serviços a pessoas jurídicas, a responsabilidade é destas e objetiva, já que não se pode falar, nestes casos, em responsabilidade pessoal, como mencionada na norma do art. 14, § 4º, do CDC. Quando a obrigação do profissional *liberal, ainda que* escolhido *intuitu personae* pelo consumidor, for de resultado, sua responsabilidade pelo acidente de consumo ou vício de serviço é objetiva. Ao revés, quando se tratar de obrigação de meio, aplica-se o § 4º do art. 14 do CDC em sua inteireza, devendo ser examinada a responsabilidade do profissional liberal sob a teoria da culpa (p.59-60).

E seguem nessa mesma trilha, autores como Regina Papa dos SANTOS (1991), José D'Amico BAUAB (1993), Artur Marques da SILVA (1995), Reynaldo Andrade da SILVEIRA (1991) e Migud KFOURI NETO (1990), dentre outros, sendo que suas opiniões encontram respaldo em inúmeras manifestações jurisprudenciais dentre as quais citamos:

RESPONSABILIDADE CML.  
CIRURGIA PLÁSTICA.  
OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.

A cirurgia plástica é cirurgia embelezadora e a obrigação é de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove a sua não-culpa ou qualquer outra causa exonerativa<sup>9</sup>.

**RESPONSABILIDADE CIVIL - MÉDICO-ANESTESISTA** - 1. A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a

Reparar o prejuízo causado a outra (SAVATIER). 2. A responsabilidade médica é contratual, conforme predomínio da doutrina e jurisprudência. 3. Há obrigação de meios e de resultado. Anestesia é obrigação de resultado, daí a profunda responsabilidade técnica do médico anestesista, que estatui até uma condição arbitrária para seu desempenho dentro da equipe médica<sup>10</sup>.

**RESPONSABILIDADE CIVIL.**

Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Dano material. Dano moral. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a

indenizar pelo não cumprimento da mesma tanto pelo dano material quanto pelo dano moral decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito<sup>11</sup>.

**MÉDICO** - Dano estético resultante de cirurgia plástica - Reconhecimento da responsabilidade contratual em razão de inadimplemento por assumir o cirurgião obrigação de resultado<sup>12</sup>.

O profissional que se propõe a realizar cirurgia visando a melhorar; aparência física do paciente assume o compromisso de que não lhe resultarão danos estéticos. Responderá por tais danos salvo culpa do paciente ou; a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar<sup>13</sup>.

E temos até alguns julgados mais ousados como o que segue:

**RESPONSABILIDADE CIVIL - CIRURGIA PLÁSTICA** - Ônus probandi. Obrigação de resultado Tabagismo pós-operatório. A cirurgia plástica, com fins exclusivos ou preponderantemente estéticos, cirurgia embelezadora e, por isso, a

<sup>9</sup> Apelação cível nº 591 05501 7, 1 i Câmara Cível, Porto Alegre.

<sup>10</sup> Apelação Cível nº 29.966-51188, origem Comarca de Anápolis, Acórdão da 11 Câmara Cível, Tribunal Justiça de Goiás, publicado em Revista Jurídica nº 191, págs. 68/69, se 1/93.

<sup>11</sup> Superior Tribunal de Justiça, R.Esp. 10.536-RJ, relator o Ministro Dias Trindade, julgado em 21/6/11 publicado no DJU de 19/8/91, p. 10.991.

<sup>12</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 632/89.

<sup>13</sup> Superior Tribunal de Justiça, Agr.Reg. 37.060-RS, relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 28/11/1994, publicado no Diário da Justiça da União de 6/2/1995.



obrigação não é de meio e sim de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove sua não-culpa ou qualquer outra causa exonerativa. O fumar, no período pós-operatório, pode provocar danos, e há a necessidade do réu provar que a cliente fumou, embora a contra-indicação médica. Prova suficiente. Responsabilidade civil reconhecida. (TJRS - AC 591.055.017 - 1ª C. - Rel. Des. Tupinambá M. C. do Nascimento - J. 05.05.92) Revista jurídica 184 - Fevereiro/93 - (p. 90).

O direito alienígena também registra inúmeras manifestações com entendimento idêntico. Dentre elas escolhemos apenas uma para citação, tendo em vista a sumariada do presente trabalho. Contudo, vamos antecipá-la com uma citação doutrinária que julgamos oportuna para introduzir a jurisprudência que pretendemos destacar:

Les obligations des prestataires de services.[...] Les obligations de moyens et de résultat. - Une distinction d'origine doctrinale domine aujourd'hui la théorie des obligations des prestataires de services. Il s'agit de la distinction entre obligation dite de résultat et obligation dite de moyens. Lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de résultat,

le manquement à l'obligation, générateur de sa responsabilité contractuelle, s'induit du seul fait que résultat n'a pas été atteint. Il incombe au débiteur pour se libérer de rapporter la preuve d'une cause étrangère. Lorsque le débiteur n'est tenu que d'une obligation de moyens, le manquement à l'obligation n'est pas lié à l'absence de résultat. Pour établir la faute contractuelle, le créancier doit prouver, en se référant à la conduite et au comportement du débiteur, que celui-ci n'a pas fait ce qu'il était tenu de faire pour obtenir le résultat recherché. L'opposition entre ces deux notions se situe sur le terrain de charge de la preuve, la preuve de la faute du débiteur est présumée. Il ne faut s'exagérer la portée de cette classification. Certaines obligations ne pouvant se ramener à une pure obligation de moyens ou de résultat. Parfois, l'obligation de moyens fait supporter de telles diligences au débiteur qu'elle pourrait s'analyser comme une obligation de résultat; parfois l'obligation de moyens se combine avec une obligation de résultat. De nombreux prestataires de services (médecins, banquiers, agents de voyage[...]) selon l'opération qu'ils accomplissent sont tenus tantôt à des obligations de moyens, tantôt à des obligations de résultat. [...] Toutefois, cette distinction permet d'éclairer

l'évolution qui s'est opérée vers la protection accrue du consommateur face aux prestataires des services. Ces dernières à minimiser la portée de engagements plutôt qu'à l'accroître, en limitant le contenu de leurs obligations et en s'estimant, chaque fois que possible, débiteur d'une simple obligation de moyens. Aussi, le législateur et la jurisprudence sont intervenus de ces professionnels à l'égard des consommateurs<sup>14</sup>. (FERRIER, 1986, P. 462-464)

Assim vamos à citação jurisprudencial exarada em Tribunal da Argentina, a qual possui fundamentação lastreada e importante e abalizada doutrina que diz:

c) Obligaciones de medios y de resultados – Citando a Buenos Aires, sostiene el fallo: “En materia de cirugía en general en cuanto a deberes de las partes: para el

médico el de advertencia, tratamiento, prohibición de experimentar, etc. Y para el paciente, el de información, colaboración, etc., [...]”. Afirmo la importancia de deber de colaboración recíproco, habida cuenta de que el médico considera que se debe rechazar la acción porque la actora no siguió tratándose con el profesional al cual él había derivado.

El pronunciamiento no acepta la tesis que venimos de señalar, considerando que la paciente no tenía obligación de concurrir al profesional sugerido, ya que “...no estaba en presencia, que únicamente requería de una intervención quirúrgica y su posterior tratamiento [...]”.

El fallo presenta con claridad la tesis de las diferencias obligaciones asumidas, dependiendo del tipo de cirugía. En tal sentido, afirma que en

<sup>14</sup> As Obrigações dos contribuintes de serviços. As obrigações de meios e de resultados. Uma distinção de origem doutrinária domina hoje a teoria das obrigações dos contribuintes de serviços. Quer dizer a distinção da obrigação dita “de resultados” e da obrigação dita “de meios”. Quando um devedor fica de uma obrigação de resultado, a falta à obrigação, geradora da sua responsabilidade contractual cabe-se do único fato que o resultado não foi atingido. Postea/incombe ao devedor para se liberar de trazer a prova de uma prova estrangeira. Quando o devedor fica só de uma obrigação de meios, a falta à obrigação não é ligada à ausência de resultado. Para estabelecer o erro contractual, o credor deve provar, referindo-se à conduta e ao comportamento do devedor. No caso da inexecução de uma obrigação de meios, a tarefa de provar o erro é do credor; no caso de inexecução de uma obrigação de resultado, a prova do erro do devedor é suposta. Porém, certas obrigações não podem ser “abaixadas” a uma simples obrigação de meios ou de resultados. Algumas vezes, a obrigação de meios faz superar tais tarefas ao devedor, como obrigação de resultados. Numerosos contribuintes de serviços, em relação à tarefa que acomodem devem enfrentar as obrigações de resultados, ou outras vezes, obrigações de meios. Mas esta distinção permite esclarecer a evolução para a proteção acrescentada do consumidor à frente aos contribuintes de serviços. Esses têm uma propensão natural de minimização do valor dos compromissos, limitando o conteúdo das suas obrigações e ensinando-se, que é possível devedor de uma simples obrigação de meios

la cirugía estética "[...] la obligación se considera de "resultado", puesto que de no prometerse un resultado feliz al paciente, éste no se sometería al tratamiento u operación[...]", citando al respecto doctrina y jurisprudencia que avalan esa posición.

Si bien se analiza el riesgo que toda operación implica, manifiesta que en el caso el médico aseguró el resultado esperado por la actora - absolución de posiciones - fundamentando la aseveración con un fallo de la Sala C, voto de doctor Cifuentes, quien expresara no puede hablarse de riesgo quirúrgico en una cirugía de este tipo - cosmética -, que se caracteriza por sus resultados [...]. De ahí que es perfectamente descartarle la defensa apoyada en el caso fortuito".

Para no caer en reiteraciones circulares, dejamos acá el concepto doctrinario (ALANESE, 1994:156-157).

É importante perceber que uma parcela considerável de litígios nem é levada aos Tribunais, ante uma submissão tácita às dificuldades de obter a reparação, outra não recebe a solução judicial justa. Então, revolta ver que, em casos como o do desabamento do Edifício Atlântico, na cidade de Guaratuba (Paraná)<sup>15</sup>, onde

morreram 29 pessoas, as vítimas tenham que se sujeitar a um processo moroso, no qual obter o ressarcimento dependa de fazer a prova através de perícias custosas, todas ao encargo das vítimas. Esse é um caso em que o fato fala por si mesmo. E uma reparação devida não pode ser inviabilizada por meandros impostos para provar aquilo que é praticamente óbvio. Não se pode aceitar que possam valer-se das benesses ensejadas pela teoria subjetiva (com todas as suas delongas e eventuais laudos corporativos), certos profissionais que, em determinadas situações, mereceriam responder até objetivamente. Se assim for, que padrão de segurança e confiança (e até de esperança) poderemos ter? Ainda mais, que a vida social não é feita só desses exemplos catastróficos, mas também milhares de situações corriqueiras, como a do consumidor que não tem como provar que recebeu do profissional todas as informações necessárias para poder bem usufruir do serviço. Outro detalhe: existem profissionais liberais que, a par de prestarem seus serviços, também atuam como legítimos comerciantes e/

<sup>15</sup>"O Estado do Paraná", Curitiba.PR, 31/01/1995.

ou fabricantes, caso, por exemplo, dos médicos que receitam e vendem o próprio remédio de sua elaboração. Então, quanto a essas atividades alheias à prestação de serviço, digamos, “pura”, devem eles responder objetivamente, tais quais os demais fornecedores. Portanto, urge reformular.

Assim, a solução está em adotar o critério de, primeiro, verificar que tipos de obrigações estão contidas no contrato, para após dar o tratamento jurídico adequado a cada uma delas. Nesse contexto, situações envolvendo obrigações de meio devem ser resolvidas e, de modo diverso, os casos em que se apresentem obrigações de resultado devem ter solução com automática inversão do ônus da prova, expediente pelo qual se conseguem resultados práticos mais adequados (diga-se: mais justos), sem que se receba o estigma que a responsabilidade objetiva costuma trazer quando se fala em responsabilização de profissionais liberais. Propugnamos, então, que o profissional liberal receba a discriminação que o beneficia – no caso poder amparar-se na teoria subjetiva – apenas naquelas circunstâncias em

que o *discrímen* (ser de meio a obrigação) esteja presente, sendo que, nas demais situações, sua responsabilização deve acontecer rápida e inexorável, caso ele não consiga demonstrar que o resultado contratado foi integralmente obtido. E há outra notável vantagem nesse critério: como os conceitos de obrigação de meio e obrigação de resultado não são mutilados pela passagem do tempo e pelo avanço da técnica, basta apenas que as obrigações que deixarem de ser de meio, passem simplesmente para a outra categoria (de resultado), fazendo com que, assim, o sistema tenha uma adaptação contínua que o manterá sempre atual.

Eram essas, em síntese, as explanações que desejávamos fazer para demonstrar a nossa tese. É importante salientar que, para evoluir, é preciso mudar e cremos que, trilhamos esses caminhos (já não tão novos) e usando das soluções expostas nesse singelo trabalho, conseguir-se-á tutelar melhor as necessidades dos consumidores nessa área, sem prejudicar infundadamente os profissionais liberais corretos e competentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, Susana. *Casos Médicos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994.
- BAUAB, José D'Amico. A Ação do Médico e a sua Responsabilidade em Consulta, Tratamento, Operação, Internação e Manutenção do Paciente em Hospital in: *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*, coordenador Carlos Alberto Bittar.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9. ed. Rio de Janeiro: Fonseca, 1981.
- CAS, Gérard e FERRIER, Didier. *Traité de Droit de la Consommation*. Presses Universitaires de France, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de Meios, de Resultado e de Garantia. Verbete. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Coord. FRANÇA, Rubens LIMON-GI. São Paulo: Saraiva.
- JIAS, José de Aguiar, *Da Responsabilidade Civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- JINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 2 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GOMEZ, J. Miguel Lobato. Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. In: Anuario de Derecho Cibil, Tomo XLV, Fascículo li, Madri. Centro de Publicaciones deI Ministério de Justicia, Abril-Junho/ 1992, p. 714; apud BANCO DE DADOS DE DOCTRINA BONIJURIS, Curitiba, Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, 1993, nQ 249, página1819.
- GRUBER-MAGITOT, Stéphane. *L'Action du Consommateur Contre le Fabricant D'un Object Affecté para un Vice Caché en Droit Anglais et en Droit Français*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.
- KFOURI NETO, Miguel. *A Responsabilidade Civil do Médico*. In: *Revista dos Tribunais*, nº 654, São Paulo, 1990.
- MAGALHÃES, Tereza Ancona Porto Lopez de. Responsabilidade Civil dos Médicos. In: *Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*, coordenador Yussef Sahid Cahali, páginas 315/ 337, São Paula: Saraiva, 1988.
- NÉRY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor* In: *Revista do Direito do Consumidor*, nº 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PORTUGUAL, Ministério da  
Justiça. Anais do XXII  
Colóquio de Direito Europeu  
Organizado pelo Conselho da  
Europa. Lisboa: 1992.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares  
da Silva Papa dos.  
Responsabilidade Civil do  
Médico na Inseminação  
Artificial, in:  
Responsabilidade Civil  
Médica, Odontológica e  
Hospitalar, coordenador  
Carlos Alberto Bittar, São  
Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, Artur Marques.  
Responsabilidade Civil dos  
Médicos nas Transfusões de  
Sangue, in: Responsabilidade  
Civil Médica, Odontológica e  
Hospitalar, coordenador  
Carlos Alberto.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da.  
Responsabilidade Civil do  
Médico, In: revista dos  
Tribunais, v.1 São Paulo:  
Revista dos Tribunais, 1991.

VARELA, J. M. Antunes. Direito  
das Obrigações. v. 2. Rio de  
Janeiro: Forense, 978.