

A Obrigação de Diligência e a Responsabilidade Civil do Profissional Liberal

Nagib Slaibi Filho
*Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ
e da UNIVERSO*

A responsabilidade civil dos profissionais liberais é tema tormentoso na doutrina e nos pretórios em decorrência dos surpreendentes e inéditos desenvolvimentos que este início de século oferece quanto à consciência de cada pessoa sobre os próprios direitos e do segmento econômico da prestação de serviços, este cada vez mais sofisticado e complexo.

A complexidade tecnológica e a especialização científica não dispensam o profissional liberal moderno de atuar em conjunto com outros profissionais de áreas correlatas nem o imunizam à direção, coordenação e colaboração de outros profissionais da mesma área e de técnicos também de elevada especialização.

Empreendedor embora, não se confunde, no entanto, o profissional liberal com o empresário.

Seguindo a orientação do Código Civil italiano, o Código Civil brasileiro, de 2002, em seu art. 966¹, considera *empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços*; e no parágrafo único², diz que *não se considera empresário quem exerce profissão*

¹ A disposição vem do Código Civil italiano, art. 2082. *Imprenditore. È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*

² A origem também está no Código Civil italiano, em seu art. 2.228, sobre o trabalho autônomo, dispondo que se o exercício da profissão constituir elemento de uma atividade organizada na forma de empresa, aplicar-se-ão as disposições referente ao empresário.

intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Em decorrência da disposição legal, tem sido considerado, na esteira da orientação peninsular, que aquele que exerce individualmente uma profissão intelectual, como advogado, médico, engenheiro, contador, cientista ou artista, mesmo sendo o organizador de um conjunto de colaboradores e auxiliares, não é considerado empresário, mas um profissional autônomo.

Nesta vertente do pensamento, deve ser destacado que a existência da imprescindível organização da prestação dos serviços, por si só, não é suficiente para conferir caráter empresarial à atividade do profissional autônomo – é que a organização constitui elemento essencial em qualquer atividade da prestação de serviços ou de produção de bens, cuja sofisticação atual impossibilita a atuação puramente individual.

Embora não esteja submetido aos efeitos jurídicos que incidem sobre o empresário, submete-se o profissional liberal ao Direito do Consumidor.

São valores aparentemente contraditórios no Estado Democrático de Direito a necessidade, de um lado, de assegurar a livre iniciativa econômica, e, de outro, de garantir ao destinatário da atividade econômica uma proteção jurídica.

Tal proteção, a lhe conferir superioridade jurídica para compensar a inferioridade de estar no último elo da cadeia econômica, parte do pressuposto ou da presunção de que são adequados e eficientes os bens e serviços que recebe, sem que possa conhecer todos os estágios anteriores da respectiva produção.

Em decorrência, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XIII, assegura que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, em norma que assegura a iniciativa econômica, embora também imponha aos Poderes Públicos a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII), além de erigir essa mesma defesa do consumidor como princípio básico da ordem econômica (art. 170).

O *status* constitucional do Direito do Consumidor confere ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11 de

setembro de 1990) um caráter que muitos até mesmo reputam como *supralegal*, como instrumento jurídico de afirmação de sua validade e eficácia em relações jurídicas por ele não expressamente previstas.³

Diz o art. 2º da lei protetora do consumidor que *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*, e o art. 3º, no seu *caput*, que *fornecedor é toda pessoa física ou jurídica... Desenvolvem atividades de... Prestações de serviço*, e no § 2º que *serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração... Salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista*.⁴

Nesta linha de orientação, é que vem o mesmo Código de Defesa do Consumidor dispor, no art. 14, § 4º, que *a responsabilidade pessoal*⁵ *dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*.

Ainda que inexistisse a disposição legal antes referida, mostra-se inviável a responsabilização objetiva do profissional liberal pelo caráter científico de suas atividades e pela antes referida necessidade de organizar, habitualmente, a atividade de tantos outros profissionais autônomos.

³ Tal caráter de supralegalidade, a conferir uma eficácia como se fosse de supremacia às normas protetivas do consumidor em face das demais leis ordinárias, não foi suficiente para levar o legislador do novo Código Civil a dispor sobre tais relações diretamente, reservando o tratamento da matéria para o Código de Defesa do Consumidor. Há normas do novo Código Civil que impregnam as relações consumeristas, entre as quais se destacam o que está no art. 927, 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, risco para os direitos de outrem*. De tal dispositivo é que se extrai a teoria do risco do empreendimento, em que o empreendedor responde objetivamente pelos danos decorrentes de suas atividades para os direitos de outrem.

⁴ A Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, dita Emenda da Reforma da Justiça, carrou à Justiça do Trabalho a competência funcional para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (art. 114, I), em redação que levou alguns doutrinadores a entender que também competiria à Justiça laboral o julgamento das causas de reparação de danos decorrentes de prestações de serviços dos profissionais liberais. Tal entendimento, no entanto, não prosperou pela exegese que as Cortes Superiores fizeram quanto à novel disposição constitucional. Sobre o tema, ver Nagib Sliabli Filho, Reforma da Justiça, Editora Impetus, Niterói, 2005, p. 148/187.

⁵ A expressão pessoal, prevista no mencionado dispositivo legal, não indica que somente se apure mediante culpa o que diz respeito à atividade própria e exclusiva do profissional liberal, mas também todas as atividades que embora não tenham sido por ele realizadas, mas o foram mediante sua organização e coordenação, como empregados, colaboradores e técnicos que também a ele prestam serviços. Entendimento em contrário esvaziaria o mandamento legal, porque raramente se pode hoje figurar a situação em que o profissional liberal exerça as funções contando única e exclusivamente com os seus esforços pessoais. Exemplo típico de tal situação é a atuação do médico-cirurgião, operando e regendo uma grande equipe de profissionais que também são autônomos nas respectivas funções.

Assim, não se aplica ao profissional liberal a regra geral do Direito do Consumidor de que a responsabilidade do fornecedor do serviço se qualifica como objetiva, o que dispensaria em cada caso a perquirição do elemento da culpa para a sua caracterização.

É a tranqüila orientação da Alta Corte de Direito Federal, como se extrai de decisão específica sobre a responsabilidade civil de odontólogo e que se aplica a todos os profissionais liberais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. *No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).*

2. *A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.*

3. *Recurso especial não conhecido.*

(Resp 122.505/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 04.06.1998, DJ 24.08.1998 p., 71).

De tal ensinamento pretoriano decorre, além do mais, a lição no sentido de que, ainda que se apliquem as normas consumeristas, com a apuração da culpa do profissional liberal e conseqüente exclusão de sua responsabilidade objetiva, também incidem as regras da inversão do ônus da prova, referidas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, não se chegue ao extremo de considerar que a inversão do ônus da prova conduza a que, desde logo, se deva procla-

mar vencedor da causa o consumidor – ainda que a lei mande o juiz inverter o ônus da prova, dele não se dispensa, de modo preciso e profundo, o exame dos elementos fáticos apurados na mesma causa, entre eles a culpa do profissional liberal.

O profissional liberal deve ter o domínio do serviço que presta, titular que é de conhecimentos técnicos ou científicos, hauridos em nível universitário e submetidos à disciplina de sua corporação de classe quando esta for prevista no ordenamento jurídico.

Dá-se justificativa a inversão do ônus da prova, pois o profissional tem o controle da situação que ao cliente, muitas vezes, se apresenta obscura, pois de difícil senão impossível cognição por quem está situado em último lugar na escala econômica.⁶

A apuração do elemento da culpa para o reconhecimento da responsabilidade civil do profissional liberal constitui pressuposto comum na doutrina e no direito pretoriano, aqui a dispensar maiores comentários.

Afirmado o postulado legal de que o profissional liberal somente responde civilmente em caso de culpa, passa-se a inquirir se a sua atividade em geral consubstancia obrigação de resultado, em que haverá responsabilidade pelo simples fato de não se alcançar o fim desejado, ou obrigação de meios, bastando que demonstre a sua diligência para se imunizar à responsabilização.

Sobre a distinção entre as mencionadas modalidades de obrigações, temos Carlos Afonso Leite Leocádio, Edgard Pedreira de Cerqueira Neto e Luizella Giardino Barbosa Branco⁷ em transcrição que ora se faz:

2.2. Obrigação de resultado e obrigação de meio nas relações contratuais.

⁶ Neste aspecto, incumbe ao profissional liberal a demonstração da regularidade da sua conduta, como, por exemplo, a anotação dos procedimentos no prontuário do cliente, a exibição de cópias dos autos em que atuou, quanto ao advogado etc. O que não pode se exigir do cliente é que demonstre que o profissional não agiu corretamente, mesmo porque, já diziam os antigos medievais, a prova negativa constitui expediente diabólico... Se a demonstração da prestação do serviço é ônus do profissional, ao cliente caberá demonstrar os alegados danos e o nexo causal entre tais danos e a prestação de serviços. Enfim, sobre a regularidade dos serviços há uma verdadeira presunção em favor do profissional liberal, incumbindo à contraparte a demonstração em contrário.

⁷ Carlos Afonso Leite Leocádio, Edgard Pedreira de Cerqueira Neto e Luizella Giardino Barbosa Branco, *Responsabilidade civil na gestão da qualidade*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

A responsabilidade civil contratual, como se disse, é aquela decorrente do dano causado pela inexecução, ou pela execução irregular ou tardia, de obrigação assumida em contrato. Há que se distinguir, porém, duas classes de obrigação contratualmente estipuladas: a obrigação de meio e a obrigação de resultado.

Obrigação de meio é a obrigação de empregar todas as técnicas, instrumentos e recursos disponíveis, e envidar todos os esforços possíveis, no sentido de alcançar o resultado contratado, independentemente de esse resultado ser ou não alcançado. Obrigação de resultado é a obrigação de alcançar o exato fim contratado, independentemente das técnicas e recursos empregados. Na obrigação de meio, não alcançar o resultado contratado é circunstância admitida no contrato e não implica inexecução da obrigação, e nem responsabilidade civil tão-pouco. Já na obrigação de resultado, o devedor da obrigação somente se desincumbe dela se alcançar o resultado esperado, no tempo e no modo estipulados no contrato; caso contrário suportará a responsabilidade civil contratual, se do inadimplemento decorrer um dano, é claro.

E mais adiante:

2.2.2. Obrigação de meio.

A obrigação de meio, como já esclarecido acima, é o mero dever de empregar as técnicas e recursos disponíveis para a obtenção do resultado, mas independe da consecução do resultado desejado. Trata-se, contudo, de exceção, aplicável em casos específicos, como veremos em seguida. Cumprir uma obrigação de meio é empregar todas as técnicas, recursos e esforços que estiverem ao alcance do contratado, no sentido de alcançar o resultado contratado, ainda que este não seja alcançado. Só há que se falar em descumprimento de uma obrigação de meio, se o resultado não for alcançado, no prazo e no modo contratados, e isso decorrer do fato de o contratado não ter empregado todas as técnicas, recursos ou esforços que estavam ao seu alcance, na tentativa de alcançar o resultado.

Assim, se o exato resultado contratado foi alcançado, no prazo e na forma estipulados, não há que se falar em inexecução da obrigação de meio, ainda que o contratado não tenha empregado todas as técnicas, recursos e esforços que estavam ao seu alcance. Não sendo alcançado o resultado, aí sim, há que se perquirir se o contratado fez tudo que estava ao seu alcance, isto é, se envidou seus melhores esforços e empregou os melhores métodos e recursos disponíveis; somente se a resposta a essa indagação for negativa é que se poderá falar em violação do contrato e, por via de consequência, em ato ilícito e, se houver dano, em responsabilidade civil contratual.

O Direito só admite a obrigação de meio nos casos de prestação de serviços de profissões liberais nas áreas de ciências humanas e biológicas, vale dizer, nas áreas das ciências inexatas. Note que a lei não define expressamente a obrigação de meio e a obrigação de resultado; muito menos define as profissões liberais que gozam da prerrogativa de assumirem apenas uma obrigação de meio. Trata-se de construção da doutrina jurídica e da jurisprudência, ao lado das normas técnicas inerentes às diversas profissões liberais.

Seja como for, para nos ajudar a elucidar o conceito de obrigação de meio, reproduzimos aqui alguns esclarecimentos do insigne desembargador Tupinambá do Nascimento, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Inicialmente, o ilustre escritor esclarece (Nascimento, 1991, p. 49/50): “O profissional liberal, pelo serviço que presta não se compromete com o resultado; sim com a regularidade dos meios técnicos que oferece. Se o serviço não alcançou o resultado pretendido pelo consumidor, tem que se pesquisar se o erro não foi no fornecimento da obrigação de meio, com prudência e diligência normais, ou por outra razão qualquer não vinculada à conduta do profissional.”

E, mais a diante, complementando, adverte (. . .):

“Como indagação final, o que é ser profissional liberal? Há uma primeira colocação que advém do adjetivo liberal. É toda

profissão cujo exercício se dá por conta e risco próprio. Na pureza da expressão, profissional liberal é o que não mantém qualquer vínculo de emprego subordinado a terceira pessoa em relação à atividade que presta. É, enfim, o autônomo. Não se quer dizer que não possa colateralmente haver a manutenção de um contrato de trabalho ou uma relação estatutária com o serviço público. O que se está acentuando é que a atividade que presta como profissional liberal é por conta própria e sem qualquer vínculo de subordinação com outrem. Entretanto, nem todo que tem autonomia na prestação de serviço é profissional liberal.”

A advertência final que o mestre nos coloca é no sentido de que não se deve confundir o profissional liberal com qualquer profissional autônomo. O técnico de som, por exemplo, não é um profissional liberal, porquanto não exerce profissão de cunho científico, de grau superior, que é o que diferencia um do outro. Essa distinção, aliás, é a mencionada pelo referido autor, em citação desse verbete no Vocabulário Jurídico do saudoso mestre De Plácido e Silva (SILVA, 1996, vv. III e IV, pp. 467/468). Para não repetirmos a citação do ilustre magistrado escritor, transcrevemos, a seguir, o verbete do não menos importante Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (SIDOU, 1995, p. 322): “Profissão liberal. Dir. Trab. Atividade privativa de detentores de diploma universitário, cuja prestação de serviço é caracterizada pela independência quanto ao desempenho científico e à remuneração. Profissional Liberal, o exercente dessa atividade.”

Um bom exemplo de contrato de obrigação de meio, é o contrato de tratamento de saúde, firmado com o médico, pois o resultado depende de fatores que fogem ao controle do profissional, como a natureza fisiológica do paciente, sua reação aos medicamentos, entre outros fatores. O médico só está obrigado a envidar seus melhores esforços e a aplicar as melhores técnicas e instrumentos que estiverem ao seu alcance para atingir o resultado contratado, mas não está obrigado a atingi-lo. Outro exemplo clássico de obrigação de meio é o contrato

de assistência jurídica firmado com o advogado, pois o resultado depende de fatores totalmente fora do controle do causídico, como a qualidade das provas apresentadas por ambas as partes e, principalmente, a interpretação do juiz sobre o direito. Assim como o médico, o advogado só está obrigado a envidar seus melhores esforços e a aplicar todos os recursos legais disponíveis no sentido de alcançar o resultado desejado pelo cliente, mas não está obrigado a alcançá-lo.

Contudo, ousamos discordar daqueles que afirmam ser a obrigação de meio uma prerrogativa exclusiva dos profissionais liberais. Casos há em que o profissional é empregado de uma empresa ou de uma entidade qualquer, e, portanto, embora não seja "liberal", só assume obrigações de meio. É o caso do próprio médico e do advogado. Ainda que o médico seja empregado do hospital ou da clínica onde se realiza o tratamento do paciente, a obrigação do médico para com o hospital é obrigação de meio. O mesmo se diga do advogado que, mesmo sendo empregado do escritório, só assume obrigação de meio. E dizemos mais: a obrigação de meio não é nem mesmo prerrogativa de profissionais, pessoas físicas, posto que, nos casos citados, o hospital e o escritório de advocacia assumem, igualmente, apenas uma obrigação de meio, perante o paciente ou cliente. Obrigação de meio é, pois, característica das profissões liberais e não dos profissionais liberais.

Assim, podemos definir obrigação de meio como sendo aquela assumida por pessoas físicas ou jurídicas, nos contratos de prestação de serviço - e só neles - relativos a profissões liberais de nível superior, no emprego de conhecimentos científicos inerentes a ciências humanas ou biológicas, ou, de um modo geral, inerentes a ciências não exatas. Não há uma relação legal das profissões liberais que assumem apenas obrigações de meio, porém, podemos ensaiar alguns exemplos, para sedimentar melhor o conceito.

Além do médico, é lógico presumir-se que goza da mesma prerrogativa o veterinário, o psicólogo, o fisioterapeuta, o nutricionista, entre outros. Caso "sui generis" é o do econo-

mista, ou da instituição financeira em que ele trabalha, em relação ao investimento dos recursos financeiros do cliente, pois nem um nem outro está obrigado a obter lucro para o seu cliente, mas tão-somente fazer tudo que estiver a seu alcance para obtê-lo. Em sentido oposto, assume obrigação de resultado e não goza da prerrogativa da obrigação de meio o contador, por exemplo, que deve escriturar a contabilidade do seu cliente, sendo este o resultado contratado, ao qual está obrigado. O mesmo se diga do engenheiro: se contratado para um projeto, deve entregar um projeto consistente e correto; se contratado para uma obra, deve entregar uma construção sólida e segura; em qualquer caso, o trabalho do engenheiro denota uma obrigação de resultado.

E sobre a obrigação de resultado:

2.2.1. Obrigação de resultado

O conceito de obrigação de resultado é o que se apresenta, a nosso ver, o mais simples e fácil de compreender, posto que é o que ordinariamente acontece. Em geral, as pessoas contratam serviços objetivando um resultado específico, e esperam alcançar esse resultado. É assim na maioria dos casos, posto que a obrigação de resultado é a regra. Assim, cumprir o contrato, quando se assume uma obrigação de resultado, significa entregar ao contratante o resultado esperado e não menos que isso, independentemente das técnicas, métodos e esforços empregados para consegui-lo. Por outro lado, descumprir uma obrigação de resultado representa não alcançar o resultado contratado, no prazo e no modo contratados, independentemente das técnicas, métodos e esforços empregados na tentativa de alcançar o resultado esperado.

Exemplos de contrato de obrigação de resultado não faltam nas relações sociais. O exemplo mais banal é o contrato de prestação de serviço firmado com técnicos de eletrodomésticos, como televisão, som, máquina de lavar etc. Nesse tipo de contrato, o resultado contratado é o satisfatório conserto do aparelho defeituoso, e a obrigação assumida pelo profissional

é a de alcançar esse resultado, ou seja, consertar satisfatoriamente o aparelho. Não o fazendo, este não poderá, por exemplo, cobrar pelo serviço. E mais: se a não consecução do resultado contratado causar dano para o cliente, o profissional incorrerá em responsabilidade civil contratual, ficando com o dever de reparar o dano.

Veja, caro leitor, o exemplo: para comemorar o debute de sua filha, o orgulhoso pai organiza uma festa em sua casa e, para isso, contrata uma empresa especializada, que assume a obrigação de produzir, organizar e servir os alimentos e bebidas selecionados; por motivos alheios à sua vontade, a empresa não consegue cumprir o seu desiderato e, simplesmente, não comparece ao evento; no dia da comemoração, o jactancioso pai, para não ver cancelada a homenagem à debutante, é obrigado a organizar ele mesmo o bufê, adquirindo os alimentos e bebidas no comércio local e contratando os serviços necessários de biscateiros do bairro. Pois bem: a empresa contratada, que assumiu obrigação de resultado consistente em providenciar todo o necessário para o sucesso da festa, não cumpriu a obrigação contratada. Em decorrência de seu inadimplemento, causou ao outro contratante prejuízo de diversas ordens, quais sejam: um dano econômico, consistente do valor exorbitante pago por produtos e serviços contratados isoladamente e às pressas; outro dano econômico, consistente do pagamento do aluguel de diversos equipamentos e materiais para uso no bufê originalmente planejado, que acabaram não sendo utilizados; um dano moral, consistente de toda a angústia e ansiedade sofrida pelo pai, durante a inútil espera do serviço contratado e durante seus esforços em procurar e contratar os produtos e serviços substitutos em cima da hora; e um dano moral de outra ordem, consistente na angústia e decepção sofridas pelo pai em consequência do insucesso da comemoração, tendo em vista a má qualidade dos produtos e serviços adquiridos de última hora. Surge, então, para a empresa contratada, em decorrência da inexecução de uma obrigação de resultado contratualmente assumida, a responsabilidade civil contratual, ficando obriga-

da a reparar os danos de toda ordem, morais e materiais, que o seu inadimplemento contratual causou.

Note que da obrigação de resultado decorrem duas consequências distintas: em primeiro lugar, aquele que não consegue alcançar o resultado contratado não pode cobrar pelo serviço, o que nada tem a ver com responsabilidade civil, sendo questão mais afeta ao direito das obrigações ou ao direito do consumidor, conforme o caso; em segundo lugar, se a inexecução de obrigação de resultado, no tempo e na forma do contrato, causar dano ao contratante, o inadimplente fica obrigado a reparar o dano, como decorrência da responsabilidade civil, do tipo contratual, nascida com o inadimplemento da obrigação.

A se admitir, ainda assim, que incidiria o profissional liberal na responsabilidade por se tratar de obrigação de resultado, a que se obrigaria para chegar ao termo do tratamento, é necessário se ver que a obrigação de resultado é modalidade de responsabilidade objetiva, justamente aquela em que não se perquire a culpa, bastando a demonstração do fato, do dano (ainda que psicológico, como no dano moral) e o nexo causal entre fato e dano.

Nem se diga que a antiga parêmia *ubi emmolumentum ibi onus*, recriada pela denominada teoria do risco do empreendimento e agora prevista expressamente no art. 927 do novo Código Civil, venha impor ao profissional liberal responder objetivamente pelos riscos de sua atividade.

Veja-se a lição do notável civilista e antigo colega da Justiça paulista, Sílvio de Salvo Venosa⁸, ao comentar o parágrafo único do art. 927, do novo Código Civil, diz que não “... *fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta*

⁸ Sílvio de Salvo Venosa, “A responsabilidade objetiva no novo Código Civil”, artigo disponível no site www.societario.com.br/doutrina.

é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de 'atividade normalmente desenvolvida por ele'."

Sobre a superação moderna da distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meios, Paulo Luiz Netto Lobo, Doutor em Direito Civil e representante da Ordem dos Advogados do Brasil no Conselho Nacional de Justiça, assim ensina em artigo sobre a responsabilidade civil do advogado, no *Jusnavegandi*, sítio da Internet:

7. Superação da distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado.

Ao longo do Século XX, na teoria da responsabilidade civil em geral, notadamente com relação aos profissionais liberais, predominou, no direito brasileiro, uma distinção ou dicotomia que se transformou quase em petição de princípio: a obrigação ou é de meios ou é obrigação de resultado.

Como regra geral, a doutrina dominante diz que o profissional liberal assume obrigação de meios, sendo excepcionais as obrigações de resultado. Na obrigação de meios, a contrariedade a direito reside na falta de diligência que se impõe ao profissional, considerado o estado da arte da técnica e da ciência, no momento da prestação do serviço (exemplo: o advogado que comete inépcia profissional, causando prejuízo a seu cliente). O profissional não prometeria resultado, mas a utilização, com a máxima diligência possível, dos meios técnicos e científicos que são esperados de sua qualificação.

A farta jurisprudência dos tribunais brasileiros utiliza essa dicotomia, como pré-requisito para imputar a responsabilidade ou não do profissional liberal. Se o profissional se houve com diligência, pouco importa o resultado obtido, excluindo-se sua responsabilidade, liminarmente. Essa orientação dominante resultou em dificuldades quase intransponíveis para as vítimas de prejuízos causados pelos profissionais liberais, quan-

do não conseguem provar que a obrigação por eles contraída é de resultado. No caso dos advogados, a configuração de sua obrigação como de resultado era e é quase impossível. Assim, restam os danos sem indenização, na contramão da evolução da responsabilidade civil, no sentido da plena reparação. Já sustentamos essa tese, sem reflexão mais aprofundada. Hoje, não pensamos mais assim.

A dicotomia, obrigação de meios ou obrigação de resultado, não se sustenta.

Afinal, é da natureza de qualquer obrigação negocial a finalidade, o fim a que se destina, que nada mais é que o resultado pretendido. Quem procura um advogado não quer a excelência dos meios por ele empregados, quer o resultado, no grau mais elevado de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado pretendido, no senso comum do cliente. Todavia, não se pode confundir o resultado provável com o resultado necessariamente favorável. Assim, além da diligência normal com que se houve na prestação de seu serviço, cabe ao advogado provar que se empenhou na obtenção do resultado provável, objeto do contrato que celebrou com o cliente.

O cliente que demanda o serviço do advogado para redação de algum ato jurídico (parecer, contrato, estatuto de sociedade etc.) tem por finalidade evitar que algum problema futuro venha a lhe causar prejuízo. Tem-se assim obrigação de meios como de resultado, o que torna inviável a dicotomia. Quando o cliente procura o advogado, para ajuizar ação, não pretende apenas o patrocínio mais diligente, mas a maior probabilidade de resultado favorável. Em qualquer dessas situações, cabe ao advogado provar que não agiu com imprudência, imperícia, negligência ou dolo, nos meios empregados e no resultado, quando de seu serviço profissional redundar dano.

Dessarte, é irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resul-

tado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional.

A exigência à vítima de provar que a obrigação foi de resultado, em hipóteses estreitas, constitui o que a doutrina denomina prova diabólica. A sobrevivência dessa dicotomia, por outro lado, é flagrantemente incompatível com o princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição), alçado a condicionante de qualquer atividade econômica, em que se insere a prestação de serviços dos profissionais liberais.

Somente é possível harmonizar a natureza de responsabilidade subjetiva ou culposa do profissional liberal, que o próprio Código de Defesa do Consumidor consagrou, com o princípio constitucional de defesa do consumidor, se houver aplicação de dois princípios de regência dessas situações, a saber, a presunção da culpa e a conseqüente inversão do ônus da prova. Ao advogado e ao profissional liberal qualquer, e não ao cliente, impõe-se o ônus de provar que não agiu com dolo ou com culpa, na realização do serviço que prestou, exonerando-se da responsabilidade pelo dano.

No mesmo sentido, veja-se a lição de Jorge Mosset Iturraspe, para quem essa distinção não favorece a tutela do consumidor de serviços e sempre foi utilizada na doutrina e na jurisprudência para amparar os prestadores de serviços, atenuando o rigor de suas obrigações, construindo um âmbito de inadimplemento contratual admitido. Diz ainda o autor que a qualificação das obrigações como de meios desvincula o dever do devedor do compromisso de alcançar um resultado de interesse do credor, juridicamente protegido, ou seja, o de lograr um resultado benéfico. "A tutela do consumidor se reforça, na medida em que se considera cada serviço como um resultado e uma finalidade em si mesmo, que responde ao interesse do credor, e na medida em que a prova sobre a impossibilidade ou aleatoriedade deve produzi-la o devedor do ser-

viço, pois do contrário será considerado como inadimplente responsável”.

Entendendo que o profissional liberal está submetido ao resultado esperado do tratamento, incidindo em responsabilidade civil objetiva, temos, entre tantos outros, Sergio Cavaliéri⁹: *Convém, no entanto, ressaltar que, se em relação ao médico, a regra é a obrigação de meio, no que respeita aos dentistas a regra é a obrigação de resultado. E assim é porque os processos de tratamento dentário são mais regulares, específicos, e os problemas menos complexos... Por outro lado, é mais freqüente nessa área de atividade profissional a preocupação com a estética. A boca é uma das partes do corpo mais visíveis, e na boca, os dentes. Conseqüentemente, quando o cliente manifesta interesse pela colocação de aparelho corretivo dos dentes, de jaquetas de porcelana e, modernamente, pelo implante de dentes, está em busca de um resultado, não lhe bastando uma obrigação de meio. Tenha, ainda, em conta que o menor defeito no trabalho, além de ser logo por todos percebido, acarreta intoleráveis incômodos ao paciente.*

Rui Stocco¹⁰ lembra que a teoria que busca diferenciar a obrigação de meios daquela que colima um resultado, foi esboçada no Direito Romano e desenvolvida pelas doutrinas italiana, francesa e alemã.

Cleonice Rodrigues Casarin da Rocha¹¹ procede a comentário sobre a Cirurgia Plástica, também considerada como obrigação de resultado:

1.2.4.2. A qualificação da cirurgia plástica como obrigação de resultado.

Desde meados do século XX começou a desenvolver-se uma corrente, cujos posicionamentos conceituais foram bem

⁹ Sergio Cavaliéri, Programa de responsabilidade civil, 1ª edição, p. 257/258

¹⁰ Rui Stocco, Tratado de responsabilidade civil, 5ª edição, 2001.

¹¹ Cleonice Rodrigues Casarin da Rocha, A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

acolhidos pela doutrina. No Direito brasileiro também começou pronto a estender-se esta idéia.

Sem embargo, uma afirmação geral de que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado deve rejeitar-se pelas seguintes razões:

a) a natureza da atividade que o cirurgião plástico leva a cabo nas operações de cirurgia estética, não é diferente da que desenvolve quando realiza operações de cirurgia reparadora ou da que se leva a cabo em outras especialidades cirúrgicas, pois os resultados alcançados, ainda que não se produza erro médico, sempre vão estar em função de uma certa álea. A obrigação do médico especialista em cirurgia plástica não é diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, em função da incerteza que caracteriza todo ato cirúrgico. Por consequência, a presença do fator aleatório dá à obrigação caráter de uma atividade de diligência ou de meios, pois somente no caso em que não exista dito fator, se pode falar de uma obrigação de resultado. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que "o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico";

b) por outra parte, a natureza da obrigação, não pode ser determinada a priori em função da especialidade médica. Há que estudar cada caso concreto de prestação médica para determinar, à vista dos critérios de distinção anteriormente mencionados, se nos encontramos na presença de uma obrigação de meios ou de uma obrigação de resultado, pois, como se tinha advertido anteriormente, não se trata de duas categorias imutáveis e perfeitamente definidas. Neste sentido, algum autor não duvidou em admitir que as obrigações do cirurgião plástico sejam obrigações de meios reforçadas mediante a

imposição de um dever especial de informação. Com grande acerto Forster salienta que “é essencial que o cirurgião plástico informe ao paciente dos riscos do ato cirúrgico e dos seus reais limites”¹², cerceando desde logo expectativas infundadas ou taumatúrgicas. Não estimulará o cirurgião perspectivas que sabe de antemão inatingíveis ou incertas, sob pena de, aí sim, responsabilizar-se pelos resultados”. Por isso, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo ditou uma Resolução que estabelece a conduta a ser observada pelo médico na cirurgia plástica. Do mesmo modo, o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul também ditou uma Resolução sobre o exercício da especialidade de Cirurgia Plástica, estipulando pautas de comportamento para o especialista. Não se pode olvidar que as obrigações de meios, por sua própria natureza, são suscetíveis de inumeráveis graus em função da distinta diligência que o devedor deve desprender na realização da prestação, que estará em função, não só da natureza da prestação, senão, também, das circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar;

c) levar em consideração unicamente a finalidade pretendida pelo cliente ao solicitar do especialista a intervenção cirúrgica, para entender que muda a natureza da obrigação, não é muito correto, pois, por uma parte, não se podem entender incluídas no conteúdo da obrigação percepções subjetivas do paciente sobre o resultado ideal esperado, e por outra, seria deixar o controle do cumprimento do contrato ao arbítrio de uma das partes;

d) o contrato de serviços médicos é aquele no qual o profissional se obriga a prestar ao paciente sua atividade diligente em

¹² Quanto ao dever de informação, admitindo-se que não basta a assinatura em um documento para que o cliente possa compreender todos os meandros da atividade profissional a que se submete e assim isentar o profissional de toda e qualquer responsabilidade, vê-se a imensa dificuldade do profissional liberal de conscientizar o cliente das imensas possibilidades que podem decorrer de sua atividade. Neste aspecto, quanto ao abismo existente entre o que foi declarado pelo cliente e o que realmente foi por ele compreendido, é necessário mais uma vez se socorrer das palavras de São Paulo, de que a letra mata e o Espírito vivifica. A regra jurídica quanto à interpretação das declarações de vontade é o que está no art. 112 do novo Código Civil: *nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.*

troca de um estipêndio. A retribuição do cirurgião não se fixa em função do resultado obtido e, portanto, seu direito a cobrá-la é independente da consecução do propósito perseguido pelo paciente ao contratar;

e) ademais, se superou já o velho preconceito sobre a cirurgia estética, no sentido de entender que nem sempre supõe um capricho da pessoa que a procura. Como afirma Aguiar Dias, “não é sempre que a vaidade ou o luxo a determina, pois é pura exigência da saúde pretender alguém desfazer-se de uma fonte de depressão psíquica”. Com efeito, em alguns casos, a busca de melhora estética está causada por problemas puramente psicológicos. Forster assinala, com muita precisão, que “as motivações da correção cirúrgica estética envolvem complexos fatores da psique e, freqüentemente, procuram retificar muito mais uma lesão psíquica do que propriamente um aspecto físico. Melhor dizendo, a arrumação cirúrgica de tal o qual aspecto corporal tem reflexo direto na personalidade e na psique, e pode contribuir para o bem-estar pessoal da pessoa operada. Ora, se considerarmos que a psique tem, pelo menos, tanta importância para o ser humano quanto o seu corpo, e daí o acolhimento da indenizabilidade autônoma dos danos morais em nosso texto constitucional, então a cirurgia estética não será algo supérfluo e restrito a pessoas com a vaidade exacerbada”.

Daí se vê que não basta ao Juiz, ao verificar processualmente comprovado que o resultado da pretendida obrigação não foi alcançado, desde logo proclamar a responsabilidade civil do profissional liberal: incumbe verificar a natureza da obrigação e não somente pela perspectiva daquele que reclama a reparação.

Note-se que a mera interpretação literal do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, também exige a demonstração da culpa do profissional liberal para o reconhecimento da sua responsabilidade, independentemente da natureza da obrigação, se de resultado ou de diligência.

Conclui-se no sentido de que constitui interpretação *contra legem* dispensar-se o elemento da culpa na apuração da responsa-

bilidade civil do profissional liberal ainda que sob o fundamento da natureza de resultado da obrigação.

No exercício de seu ofício, deve o Juiz compreender que o profissional liberal não pode resumir em mero cálculo aritmético as infinitas possibilidades que decorrem de sua atividade.

Muito além de tudo isso, tem o dever inexcedível de compreender que cada pessoa traz em si um universo absolutamente único, reflexo da infinitude de seu Criador. ☞