

de responsabilidade subjetiva, calcado sobre o princípio da culpa. Contudo, a complexidade que, nos dias atuais, envolve o oferecimento e prestação de tais serviços, mormente aqueles de natureza médica, implica o surgimento de divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao alcance da norma excepcional, cuja delimitação do âmbito de validade escora-se, necessariamente, sobre determinada revisão da Teoria Geral das Obrigações. Neste sentido, perpassando alguns tópicos controvertidos da responsabilidade médica - as cirurgias plásticas, a inversão do ônus da prova nas ações condenatórias, a responsabilidade das empresas prestadoras - sintetizam-se os argumentos divergentes em duas grandes correntes, diametralmente opostas, mediante utilização do método indutivo.

Palavras-chave

Danos (Direito), Defesa do consumidor (Legislação), Erro médico, Ônus de prova, Profissionais liberais, Responsabilidade (Direito).

Abstract

Objective civil liability of service providers, one of the pillars of the tutelary system of the Código de Defesa do Consumidor (Consumer Defense Code), is executed in relation to the liberal professions. This work investigates the combination of historical, political and economic factors that lead the legislator to reserve for the latter the system of subjective liability, which is molded by the principle of fault. However, the complexity which, nowadays, surrounds the offer and provision of such services, chiefly those of a medical nature, has led to the emergence of doctrinal and jurisprudential divergences regarding the scope of the exceptional rule, for which the delimitation of scope of validity needs to be supported by a specific revision of the General Theory of Obligations. In this sense, addressing some conflicting topics of medical liability - plastic surgery, the inversion of the burden of proof in condemnatory actions, the liability of service providers - the arguments diverging into two major diametrically opposed streams are synthesized, through the use of the inductive method.

Key words

Damages (Law), Consumer defense (Legislation), Medical error, Burden of proof, Liberal professional, Liability (Law).

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade civil dos profissionais liberais decorrente de fato e/ou vício dos serviços prestados aos clientes, interpretando-a no contexto jurídico do Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº. 8.078/90), com ênfase especial sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços médicos. Justifica a relevância do tema selecionado, além de sua evidente atualidade, a [aparente] controvérsia doutrinária e jurisprudencial provocada pelo regime especial de responsabilização das profissões liberais, expressamente vinculado à teoria subjetivista da responsabilidade civil¹ pelo próprio CDC (art. 14, §4º), muito embora constitua traço característico do sistema introduzido a partir de 1990 a obrigação reparatória dos fornecedores independente da comprovação de culpa (CDC, arts. 12, 14, caput, 18 e 20).

Para tanto, urge a princípio precisar os contornos gerais das categorias utilizadas pelo diploma consumerista, delineando os âmbitos próprios da responsabilidade por fato e vício dos serviços. Na seqüência, impende-se caracterizar as profissões liberais, resgatando alguns aspectos históricos de sua evolução até a definição contemporânea. Discutir-se-á neste tópico, em linhas gerais, os principais fatores jurídicos, políticos e econômicos que impulsionaram a criação - ou a preservação - de um regime próprio de responsabilização civil para estes profissionais.

A principal destas razões - a natureza da atividade desempenhada - será analisada de forma mais aprofundada, verificando-se aqui o elemento essencial para a melhor exegese do art. 14, §4º do Diploma Consumerista pátrio segundo a moderna Teoria Geral das Obrigações.

Por fim, tratar-se-á de uma atividade específica - a Medicina -, talvez a atividade profissional em que a precisão dos limites entre os dois sistemas de responsabilização estabelecidos pelo CDC - o regime

geral objetivo e a exceção subjetiva - provoque maior controvérsia, dado o conteúdo essencialmente pessoal dos “danos” médicos, incidentes sobre os mais caros direitos da personalidade. Apresentar-se-ão argumentos fáticos e jurídicos, expostos por juristas e profissionais da Medicina, que variam desde a violenta denúncia até o elogio explícito do sistema consumerista. Tópico essencial para o desenvolvimento do artigo, serão os argumentos ilustrados por excertos jurisprudenciais selecionados, que bem atestam a polêmica que [ainda] permeia a interpretação judicial sobre algumas questões referentes à responsabilidade civil das profissões liberais.

Em síntese, busca o presente artigo oferecer respostas adequadas para a problemática suscitada pelos preceitos legais já referidos, na seqüência: a) quem são, nos dias de hoje, os profissionais liberais a que se refere o art. 14, §4º do CDC; b) em que medida podem os vínculos estabelecidos com a clientela no desempenho de suas atividades ser classificados como relações de consumo e, por conseqüência, regidos pelas normas protetivas do CDC; e, por fim, c) especificamente sobre o disposto no art. 14, §4º, qual seria o alcance de tal preceito, quando analisado sob a ótica de uma teoria geral das obrigações negociais pretensamente conciliatória entre os sistemas objetivo e subjetivo de responsabilidade civil.

2. Responsabilidade por fato e por vício do produto ou serviço

A dualidade na disciplina da responsabilidade dos fornecedores, traduzida no CDC pelas regras distintas das Seções II e III do Capítulo IV (“Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”), concernentes ao fato e ao vício de produtos e serviços respectivamente, decorre dos âmbitos diferenciados de tutela das duas seções, conquanto derivados de uma razão única, qual seja, o defeito do produto ou serviço.

Segundo Denari

entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros. (2001, p.155).

Ora, se todo defeito pode ser traduzido em uma expectativa frustrada do consumidor quanto às vantagens prometidas pelo produto ou serviço, desdobrar-se-ão tais defeitos algumas vezes somente na inutilização parcial ou total da coisa ou serviço para os seus fins declarados, e aí caracterizar-se-á o vício do produto ou serviço; ou o defeito comprometerá direitos outros do consumidor, tais como a segurança e a incolumidade física, não diretamente conexos com o desempenho do produto ou serviço considerado em si.

Haverá aqui, por conseguinte, fato do produto ou serviço, potencialmente lesivo tanto ao consumidor quanto a terceiros alheios à relação de consumo, mas sujeitos contudo aos riscos provocados por esta categoria especial de defeito. Na concisa explicação de Denari:

Para bem explicitar a distinção entre os dois modelos de defeitos e responsabilidade, podemos considerar as seguintes situações jurídicas: a) um produto ou serviço pode ser defeituoso sem ser inseguro; b) um produto ou serviço pode ser defeituoso e, ao mesmo tempo, inseguro. (2001, p.156).

Na primeira hipótese, estar-se-á diante de vício do produto ou serviço; no segundo caso, cuidar-se-á de fato.

No mesmo sentido, comenta Noronha que não obstante a existência de três outras modalidades de responsabilidade do fornecedor - pré-contratual, negocial e civil em sentido estrito - a responsabilidade por fato e vício dos produtos e serviços assume relevância ímpar no sistema do CDC. Ao recepcionar os critérios distintivos dos defeitos por inadequação ou insegurança, afirma o autor que:

enquanto na responsabilidade por vício do produto ou do serviço os danos ainda são 'internos ao contrato', isto é, ainda são devidos a um defeituoso adimplemento da obrigação contratualmente assumida pela fornecedor (...) na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço o defeito é causa de danos fora da relação contratual. (2002, p.397).

Assim, o vício do produto ou serviço atine ao defeito da prestação em si, aproximando-se da responsabilidade negocial por inadimplemento, dado o vício in re ipsa do objeto negocial. Por sua vez, a responsabilidade por fato do produto ou serviço vincula-se à responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, dado que sua configuração deriva de violação expressa ao princípio jurídico de

neminem laedere. Eis a razão pela qual nesta segunda modalidade prevê a lei a equiparação de terceiros eventualmente lesados à figura do consumidor (CDC, art. 17), hipótese pouco provável quando da ocorrência de vícios do produto ou serviço, submetidos que estarão estes últimos aos interesses específicos do consumidor contratante.

O princípio geral de ambas as modalidades aponta para a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores (CDC, arts. 12, 18 e 20). No que tange aos profissionais liberais, a cláusula excepcional que preconiza a culpa como elemento indispensável de sua responsabilidade insere-se na seção relativa aos fatos dos serviços, razão pela qual alguns autores indicam a vigência plena do sistema objetivo quando ocorrido vício do serviço prestado.² Ressalte-se que muito embora na Medicina, por exemplo, seja tal distinção pouco operante, considerando os danos pessoais extracontratuais inerentes ao fato do serviço médico, sua recepção na disciplina jurídica de outras atividades liberais praticamente inutilizaria a exceção subjetivista do art. 14, §4º, daí sua reduzida aceitação doutrinária e jurisprudencial.

3. Os profissionais liberais

3.1. Aspectos históricos

O exercício profissional análogo ao que hoje se conhece por liberal já pode ser percebido na Antigüidade clássica greco-romana. Em tais sociedades, erigidas sobre o modo de produção escravista, tendiam as classes superiores à vida ociosa e contemplativa³, em razão do disseminado desprezo pelo trabalho manual considerado indigno para homens livres. Na escala social da época, gozavam de status pouco superior aquele dos escravos mesmo os homens livres dedicados a trabalhos manuais, conhecidos como mercenários devido a remuneração percebida mediante salário (*merces*). (VASCONCELOS, 2003, p.17-37).

Havia em Roma, entretanto, certo estamento que, conquanto não dispusesse de recursos materiais para financiar a contemplativa vida aristocrática, exercia, à época, ofício sumamente distinto daquele dos trabalhadores manuais. Tal classe, com efeito, caracterizava-se pelo

reconhecidos em diploma de nível superior, não se confundindo com a figura do autônomo. (VASCONCELOS, 2003, p.27).

Moderna crítica tem denunciado alguns aspectos anacrônicos das profissões liberais tais como expostas acima. De início, verifica-se nos dias atuais a disseminação de atividades que, muito embora preservem o caráter autônomo, ou seja, não possam seus agentes serem enquadrados no conceito legal de empregado trazido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 3º)⁵, escapam todavia a alguns requisitos clássicos das profissões liberais, tais como a natureza intelectual do ofício, a regulação mediante entidades profissionais exclusivas ou mesmo a exigência de diploma universitário. Pense-se, por exemplo, no trabalho de massagistas, esteticistas, fisicultores pessoais ou mesmo professores particulares despidos de qualificação universitária.

Exemplo de moderna conceituação dos profissionais liberais é aquele oferecido por Vasconcelos, para quem o quesito clássico da formação superior cede lugar para um outro critério, qual seja, a prerrogativa decisória exclusiva para a prática de atos profissionais. Cita-se:

Enfim, o que define juridicamente o profissional liberal é a titularidade, em caráter de monopólio, para o exercício dos atos profissionais. Ato profissional é aquele dotado de características específicas dos integrantes de uma profissão, os quais são livres para decidir sobre a conveniência e oportunidade de sua realização, diante do caso concreto. Vale dizer que o único juiz do mérito científico e deontológico da realização do ato profissional, no momento de sua prática, é o próprio profissional. (VASCONCELOS, 2003, p.30).

Ainda no plano crítico, porém, mas em sentido inverso, urge destacar que algumas atividades tipicamente liberais são exercidas hoje sob o regime de subordinação à pessoa jurídica empregadora (advogado lotado em setor jurídico de empresa, médico empregado de hospital), desqualificando portanto a autonomia de tais profissionais. Da mesma forma, fenômeno contemporâneo bastante nítido é a reunião de vários profissionais liberais no sentido do desempenho conjunto de suas atividades (sociedade de advogados, engenheiros e arquitetos, cooperativas médicas). Em ambos os casos, configura-se o conflito entre o que se poderia denominar concepção material e concepção formal das profissões liberais, de implicações óbvias para a carac-

terização do regime de responsabilidade civil destes profissionais, escopo último deste artigo.

3.3. Fatores do regime especial de responsabilidade civil ●●●●●●●●●●

A exceção subjetivista imposta pelo art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor⁶ em benefício dos profissionais liberais, ou seja, a exigência da verificação de culpa, em suas modalidades de negligência⁷, imprudência⁸ ou imperícia⁹, para configuração da responsabilidade civil destes profissionais, em contraposição ao regime geral de responsabilização dos fornecedores que prescinde da demonstração de violação subjetiva dos deveres de *neminem laedere*, bastando para efetivação da obrigação de responder a comprovação do nexo causal entre o fato do serviço e o dano (responsabilidade civil objetiva), é justificada por alguns escritores conforme os argumentos reunidos e sucintamente expostos a seguir.

O primeiro fundamento da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais é econômico, relativo aos elevados custos que seguramente adviriam para estes agentes caso o sistema objetivo fosse estendido sobre as profissões liberais, tornando assim inviável o exercício de tais atividades.¹⁰ Conforme o escólio de Sanseverino, a exceção subjetivista do art. 14, §4º demonstra:

(...) a preocupação com a inviabilização da atividade destes profissionais, pois, se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais. (2002, p.181).

Aduzem alguns doutrinadores, de igual forma, a natureza peculiar da relação entre o cliente e o prestador autônomo de serviços, consideravelmente distante do estereótipo da relação de consumo massificada e unilateralmente imposta pelos grandes fornecedores através de contratos padronizados e de adesão, suscitando o desequilíbrio jurídico que constitui, no mais, o alvo principal da regras protetivas do CDC. Quanto à contratação dos profissionais liberais, reconhece-se ao consumidor espaço para deliberação e escolha substancialmente maior do que nas relações de consumo

em geral, decorrendo a decisão final do cliente muito mais da confiança especificamente depositada no profissional selecionado do que propriamente da adesão pura e simples aos termos de um pacto já delineado.

Recorre-se ainda a Sanseverino, para quem:

(...) os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. (2002, p.182).

No mesmo sentido, ao comentar o Código que auxiliou a elaborar, afirma Denari:

Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados (...) são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. (2001, p.176).

Adiante-se, todavia, o tópico problemático da argumentação até aqui desenvolvida: se a natureza intuitu personae do contrato é fator determinante para sua subsunção ao regime legal subjetivo (CDC, art. 14, §4º), seria lícito ainda exigir a demonstração de culpa do profissional que atua sob contrato de serviço firmado com pessoa jurídica, pública ou privada? Ou ainda, retirada a possibilidade de negociação inter partes - transformada portanto a avença em contrato de adesão - persistiria a vigência do regime da culpa? Não, é a resposta oferecida a ambas as questões, ao menos pelos autores mais próximos da elaboração do Código de Defesa do Consumidor.¹¹

Por fim, e possivelmente ponto mais relevante, indica a doutrina a especificidade das prestações dos facultativos não somente em virtude da relação inter partes, mas sobretudo pela própria essência da obrigação contraída. Segundo alguns escritores, via de regra, comprometer-se-iam tais profissionais não com a obtenção dos objetivos pretendidos pelo outro pactuário (obrigação de resultado), mas assumiriam tão somente o dever de empregar todos os esforços e a diligência razoável e regularmente exigíveis para a concretização de tais metas (obrigação de meio). A relevância fundamental de tal distinção implica sua elucidação em tópico exclusivo.

4. Obrigações de meio, resultado e garantia ●●●●●●●●●●

A tipologia das obrigações suso exposta, principalmente no que toca à distinção essencial entre obrigações de meio e de resultado, deriva mesmo da problemática suscitada pela responsabilização civil dos profissionais liberais, sobretudo os médicos, a partir do momento em que a antiga controvérsia doutrinária quanto à natureza contratual ou extracontratual da obrigação médica foi superada em favor da primeira hipótese.

Em síntese, preocupava à doutrina francesa nas primeiras décadas do século XX o fato de que, consagrada a vinculação contratual dos profissionais da medicina a seus clientes, àqueles primeiros seriam imputáveis todos os eventos - e possíveis danos - que não correspondessem à estrita cura do paciente, prestação contratual a ser adimplida pelos facultativos. Nítida a injustiça de tal postulado, dada a incerteza, o espaço aleatório que permeia todas as formas de atividade médico-cirúrgica, sobre as quais jamais poderia dispor o profissional de domínio absoluto.

Necessário, portanto, buscar na Teoria das Obrigações a adequação dogmática correta da responsabilidade médica (ou dos profissionais liberais em geral), sopesando de maneira equânime as expectativas e direitos do paciente com as possibilidades e deveres do profissional. Mitigar-se-iam as presunções de culpa típicas do inadimplemento contratual; segundo as palavras de Gonçalves, em elaborada síntese do pensamento de Savatier, impunha-se demonstrar que “a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir-se de certa forma.” E conclui: “É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão”. (GONÇALVES, 2002, p.360).

Firmado na jurisprudência francesa a partir de acórdão da Corte de Cassação daquele país datado do ano de 1936¹², a distinção entre obrigações de meio e de resultado foi recepcionada e divulgada no Brasil pelo gênio de José Aguiar Dias. A partir de então, consolidou-se em nosso país como pressuposto teórico de inúmeras formulações doutrinárias, responsáveis em alguns casos por construções dogmáticas que inclusive superam termos consagrados pela legislação e praxis civilista.¹³

Utilizando a terminologia analisada no âmbito do Direito do Consumidor, define Roberto Senise Lisboa obrigação de resultado como “aquela que deve ser cumprida pelo fornecedor, atingindo-se o objetivo visado pelo consumidor”. (2001, p.255). Por sua vez, ainda segundo o autor, “Obrigação de meio é aquela que deve ser cumprida pelo devedor com toda prudência e diligência, submetendo-se o credor ao risco de não obter o resultado desejado”. (2001, p.253). Nas obrigações de resultado, caso não atingido o objetivo almejado pelo consumidor, caracterizado estaria o inadimplemento e presumida seria a culpa do fornecedor. Do contrário, nas obrigações de meio a insatisfação do credor/consumidor, por si só, não provocaria o surgimento da responsabilidade do devedor/fornecedor; necessário, para tanto, a demonstração de culpa, violação subjetiva aos deveres gerais de *neminem laedere* por parte deste último, geralmente perpetrados através de transgressões de normas técnicas e profissionais.¹⁴

Apresenta Noronha conceituação sutilmente diversa. Para o mestre lusitano, obrigações de resultado “são aquelas em que a realização da prestação devida depende de fatores que o devedor tem a obrigação de conhecer e controlar”. (2001, p.04). Já seriam de meios “unicamente as obrigações em que o resultado desejado pelo credor depende de fatores mais ou menos aleatórios, que estão fora da esfera de controle do devedor”. (2001, p.04). Indica ainda o autor uma terceira categoria, correspondente às chamadas obrigações de garantia, nas quais “a responsabilidade do devedor não é excluída pela ocorrência de alguns riscos, com as características de caso fortuito ou de força maior”. (2001, p.05).

No sistema desenhado pelo autor, corresponderiam às três categorias das obrigações negociais os três modelos de responsabilidade civil em sentido estrito. Assim, as obrigações de meio vinculam-se à responsabilidade subjetiva na exigência do quesito culpa do devedor para caracterização do inadimplemento, as obrigações de resultado pautam-se pelos princípios da responsabilidade objetiva, devendo comprovar o devedor a inexistência de nexo causal entre a sua conduta e o inadimplemento; por fim, nas obrigações de garantia assume o devedor responsabilidade objetiva agravada, não se eximindo da prestação devida sequer em virtude de caso fortuito ou força maior.

menos nas obrigações de resultado, além das demais normas protetivas do CDC) da responsabilidade médica.

5.1. Natureza extracontratual do dano médico

Já se referiu neste artigo restar consagrada na doutrina e jurisprudência contemporâneas a natureza contratual da prestação médica.¹⁵ Assistiu-se ainda aos esforços da Ciência Jurídica, matizados principalmente na classificação das obrigações de meio e de resultado, no sentido de mitigar a responsabilidade negocial destes profissionais. Cumpre aqui, de forma absolutamente sucinta, especificar a relação médico/paciente - e conseqüentemente, o regime de responsabilidade civil aplicável - tendo por base a natureza do dano eventualmente sofrido pelos consumidores.

Adquire relevância ímpar tal elucidação a partir da constatação de que, independentemente da qualificação da relação médico/paciente como obrigação de meios, a natureza dos danos sofridos pode provocar a subsunção da responsabilidade médica aos princípios maiores da responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, estendendo-a a limites desconhecidos pelo acerto contratual. Assim, a Medicina assume posição única no contexto das profissões liberais, dada a natureza eminentemente pessoal do dano médico, de difícil, quando não impossível, aferição patrimonial.

Por óbvio, a delicada questão não recebe tratamento unívoco dos doutrinadores. Lisboa, por exemplo, ressaltando os direitos fundamentais do consumidor à vida, segurança e saúde (CDC, art. 6º, I), bem como acesso a todas as informações relevantes sobre o produto ou serviço (CDC, art. 6º, III), afirma constituir-se paralelamente à obrigação contratual principal a chamada obrigação de segurança, ainda inserida no contexto da relação de consumo.¹⁶ Por ela, comprometer-se-ia o fornecedor a preservar a integridade física e moral do consumidor, além de efetivar o resultado almejado; violados os direitos personalíssimos deste último, obrigado estaria o primeiro, pois “o simples fato da ocorrência do evento danoso justifica a responsabilidade do prestador de serviços, independentemente de culpa”. (LISBOA, 2001, p.257).

Diversa é a concepção esboçada por Noronha, para quem a tradicional dicotomia entre responsabilidade negocial e extranegocial resta hoje em grande parte superada. Com efeito, muito antes de constituírem dois sistemas estanques e distintos, cada qual com seus próprios princípios, as duas modalidades suso referidas englobam um todo unitário, no qual a responsabilidade civil em sentido estrito assume as funções de regime geral. Por conseguinte, seriam seus princípios perfeitamente aplicáveis às hipóteses de responsabilidade negocial, verdadeiro direito especial - e não excepcional - em relação ao regime regra, sobretudo em casos de interpretação e integração de lacunas.¹⁷

Transposta para a responsabilidade médica, as proposições de Noronha indicam a plena reparabilidade de todos os danos culposamente causados na intervenção profissional, independente de qualquer previsão contratual em sentido inverso, pois regida estaria tal situação pelos princípios gerais da responsabilidade civil em sentido estrito, sobretudo a diretriz máxima do *neminem laedere*.

Mais adequado o postulado do segundo autor. Neste, ao passo em que se retira do âmbito de disposição contratual a tutela dos direitos personalíssimos, tal se dá sem o recurso a uma hipotética obrigação paralela de segurança que, em Noronha, confunde-se com o princípio máximo do não lesar.¹⁸ Por outro lado, a teoria analisada abarca de igual forma o exemplo, já tornado célebre na literatura médico-jurídica, do atendimento médico aleatório prestado à paciente necessitado em situação de emergência, inexistente, portanto, o vínculo contratual prévio. Eventuais danos sofridos pelo necessitado e culposamente provocados pelo facultativo seriam, de igual forma, assumidos por este, considerando-se a incidência sobre o caso das regras da responsabilidade civil em sentido estrito.

5.2. Casos Polêmicos

Selecionaram-se aqui alguns exemplos típicos de divergência doutrinária e jurisprudencial surgidos da necessidade de demarcação dos limites entre os regimes objetivo (regra geral dos fornecedores) e subjetivo (exceção restrita aos profissionais liberais) nas relações de consumo, litígio sequer pacificado mesmo com a abordagem própria da teoria das obrigações de meio e de resultado. Destina-se

ser resumido a partir da análise de um verdadeiro leading case referente à matéria, especificamente o Recurso Especial nº 81.101-PR, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter e julgado pelo STJ em 13 de abril de 1999. Tratava o recurso do inconformismo de paciente supostamente lesado em cirurgia estética, cujo requerimento de inversão do ônus da prova na ação condenatória movida contra o médico responsável havia sido rechaçado em 1ª e 2ª instâncias, sendo expresso nesta última o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná:

“A obrigação médica é de meio e não de resultado, depende, portanto, de prova daquele que se disser prejudicado. Estando, desta forma, a responsabilidade civil dos médicos fundada na teoria da culpa (art. 1.545 do CC), inaplicável à espécie o disposto no Código de Defesa do consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, mesmo porque o próprio Código em seu art. 14, §4º, exclui a possibilidade da pretendida inversão do onus probandi”.

No relatório recursal expõe o Min. ZVEITER sua filiação à corrente que compreende as cirurgias estéticas como obrigações de resultado. Como que por conseqüência lógica de tal pressuposto, afirma, recorrendo a precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que “inalcançado o resultado satisfatório, disso decorrerá a presunção de culpa contra o médico, **competindo-lhe então ilidi-la com inversão do ônus da prova**”.²¹ Apontava, portanto, para o provimento do recurso.

Eis que, no voto-vista, desenvolve o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito argumentos sumamente opostos. Colecionando dados estatísticos estrangeiros e excertos de revistas especializadas, contesta a definição das cirurgias estéticas como obrigações de resultado. Equiparando-as aos procedimentos cirúrgicos em geral, assevera a ausência de fundamento legal da dicotomia obrigações de resultado/meios. Ao final, elogia a decisão do Tribunal a quo quanto à produção de prova pericial às expensas do demandante, “sendo impossível, no sistema do Código, presente a responsabilidade de um profissional liberal, autorizar-se a inversão do ônus e negar-se a perícia”.²²

Por fim, mas de forma não menos surpreendente, o Ministro Eduardo Ribeiro, um dos membros da Turma que procedeu a consolidação jurisprudencial das cirurgias estéticas como obrigações de resultado, afirma acolher os argumentos do Ministro-revisor e rever a própria

concepção doutrinária anteriormente assumida. No entanto, na seqüência, sustenta relevante posição exegética: a caracterização contratual no contexto das obrigações de meio ou de resultado não impede a aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, ou seja, é possível, mesmo em se tratando de obrigações de meio em que necessária é a demonstração de culpa do profissional, a inversão do ônus da prova quando verificada pelo juiz a ocorrência dos requisitos do citado artigo – hipossuficiência do consumidor e verossimilhança de suas alegações.

Cita-se:

“No plano do direito material pode-se ter como certo que a obrigação do cirurgião plástico é apenas de utilizar-se da melhor técnica, mas isso não afasta que, no plano do direito processual, seja lícito atribuir-lhe o ônus de provar que assim procedeu. (...). Verificando-se a deformação, em lugar do embelezamento, goza de verossimilhança a assertiva de que a melhor técnica não terá sido seguida, ensejando a aplicação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Nem haverá qualquer desatenção ao que estabelece o artigo 14, §4º, do mesmo Código. A responsabilidade depende de culpa, mas o ônus da prova se inverte. A incidência da norma que admite seja isso feito supõe exatamente que, em princípio, caberia ele à outra parte”.²³

5.3. Síntese geral dos argumentos apresentados

Em linhas gerais, enfrentando-se aqui os riscos inerentes a toda simplificação, podem-se reunir os postulados oferecidos por juizes e doutrinadores sobre a responsabilidade civil das profissões médicas em dois grandes grupos, respectivamente mais próximos o primeiro do sistema geral das relações de consumo, o segundo dos fatores causais do regime especial de responsabilização dos médicos.

Assim, posições típicas das “correntes consumeristas” são: a) verificação de culpa limitada à responsabilidade pessoal do agente médico, recaindo a responsabilidade da pessoa jurídica prestadora/empregadora no âmbito do sistema geral de responsabilidade objetiva; b) gradual extensão do quadro de prestações médicas caracterizadas como obrigações de resultado. Aqui, segundo a tipologia de alguns autores, há muito tempo a cirurgia

plástica estética já não se encontraria sozinha nesta categoria. Noronha, por exemplo, enumera como tipicamente de resultado as atividades de radiologia, anestesia, hemoterapia e exames de check-up (2001, p.05); a odontologia, dada a relativa simplicidade de seus agentes etiológicos, é também geralmente enquadrada como obrigação de resultado.

Na seqüência, afirmam os autores consumeristas a c) integral possibilidade de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII), mesmo nas hipóteses em que se exige a demonstração de culpa, porquanto evidente a vulnerabilidade do consumidor na obtenção de prova, geralmente de natureza técnico-pericial, necessária para configuração da culpabilidade do réu facultativo. Por fim, verifica-se a tendência de d) presumir-se a culpa do cirurgião-chefe por atos de seus prepostos ou mesmo por fatos de sua equipe ainda não devidamente individualizados.

Por outro lado a argumentação oposta, também em si bastante heterogênea conquanto quase sempre repleta de subsídios técnicos médicos, fundamenta, em breve síntese, a) a extensão da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais às entidades empregadoras, agenciadoras ou meramente locadoras de espaço e equipamentos. Em ataque frontal à aplicação da tipologia estudada, afirmam alguns b) a total inexistência de obrigações de resultado na seara médica, considerando-se inclusive as cirurgias estéticas, porquanto “o que diferencia [o serviço médico] de qualquer outro contrato é a circunstância de o próprio contratante, o paciente, ser co-partícipe e também responsável pelo êxito do tratamento”. (COUTINHO,1997, p.13). Reproduzir-se-ia aqui o mais tradicional dos fundamentos de exclusão da responsabilidade médica, qual seja, o acaso, a álea absolutamente intrínseca, em maior ou menor grau, a qualquer forma de intervenção sobre o corpo humano.

Refutam ainda alguns comentaristas c) a inversão do *onus probandi* determinada pelo CDC, enxergando aí um certo disparate lógico-processual, pelo qual “o inocente deveria provar que não se equivocou.” Critica-se a d) capacidade judicial para apreciação da culpa médica, devido à vinculação existente entre a falta profissional imputável e a desobediência a certas normas técnicas, de difícil averiguação por parte dos leigos. Predominaria, segundo tal concepção, a hegemonia quase que absoluta da sanção disciplinar administrativa (Conselhos Regionais de Medicina) e, no curso do processo judicial, a prova pericial.

Por fim, requer a literatura médica consultada a e) exclusão do rol de faltas imputáveis dos chamados erros profissionais “comuns”, análogos àqueles presentes em quaisquer atividades humanas, e dos “erros de diagnóstico”, quando plenamente justificáveis pelas circunstâncias objetivas que seguramente interferem no desempenho médico. Eliminar-se-ia ainda como fator de culpabilidade médica a iatrogenia, danos colaterais decorrentes do ato médico, mas absolutamente imprevisíveis quando de sua realização. Quanto às intervenções praticadas por profissionais de forma colegiada, afirma-se a necessidade de f) máxima fragmentação da responsabilidade, averiguando-se individualmente a conduta supostamente culposa de cirurgiões, anestesistas, enfermeiros etc.

6. Considerações Finais

Considerando-se as informações expostas nos tópicos anteriores, bem como a vasta gama de interesses que envolvem a responsabilidade civil dos profissionais liberais, pode-se antever ainda considerável período de divergência no âmbito da Ciência Jurídica quanto ao alcance de alguns preceitos legais e princípios atinentes à matéria. Tais questões, por óbvio, somente serão efetivamente superadas a partir da consolidação jurisprudencial sobre o tema, no mais já ensaiada em alguns aspectos.

No entanto, a pesquisa efetuada permite já a extração de algumas definições. De plano, indubitosa a caracterização dos serviços prestados por profissionais liberais - inclusive aqueles de natureza médica - como objeto de relações de consumo. Por conseguinte, muito embora permeie ainda o litígio quanto ao regime-regra de responsabilização civil destes profissionais, não se pode negar a incidência de todos os outros dispositivos tutelares do CDC sobre o chamado contrato multiforme de serviços - proteção contra cláusulas abusivas, publicidade, direito à informação e, sem dúvida alguma, possibilidade de inversão do ônus da prova quando demandado o fornecedor em juízo.

Tal possibilidade é plausível mesmo no âmbito do sistema pautado pela teoria subjetiva, impondo-se aqui ao profissional demonstrar que sua conduta não incorreu em qualquer das modalidades de culpa possíveis.

Quanto à dicotomia obrigações de resultado/obrigações de meios, compreende-se que estender o primeiro de seus elementos a todo universo médico terminaria por ferir mortalmente o dispositivo subjetivista expressamente colocado pelo CDC (art. 14, §4º), além de impor ao profissional da Medicina dever impraticável e desarrazoado. No entanto, os avanços tecnológicos próprios da área, à medida em que viabilizem maior grau de previsibilidade - e conseqüentemente, maior controle - nas incisões médicas, poderão gradualmente incrementar o rol de especialidades sujeitas ao regime das obrigações de resultado, hoje, justamente preenchido sobretudo pelas cirurgias plásticas estéticas.

Por fim, e talvez a mais louvável posição assumida por juízes e comentaristas sobre o tema, não obstante os poderosos lobbies das grandes corporações de saúde, visualiza-se como juridicamente apropriada a exegese que limita a exceção subjetivista à pessoa do profissional liberal, sujeitando a pessoa jurídica empregadora ao regime objetivo. Proposição, no mais, que se coaduna com um sistema que, sopesados os fatores sociais e econômicos próprios da Era Moderna, erige a prevenção e a reparação do dano injustamente sofrido à condição de escopo primeiro da teoria contemporânea da responsabilidade civil, sepultando as rigorosas premissas da culpa típicas do liberalismo clássico.

Referências

AGUIAR, R. R. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33.

BENJAMIN, A. H. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 81.101-PR. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 13 de abril de 1999. RSTJ 119/290.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 4.486/93. Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves. Julgado em 15 de março de 1994. RT 719/229.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 71.634-1. 6ª Câm. Rel. Des. Accácio Cambi. Julgado em 23 de junho de 1999. RT 770/347.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº 170.185-1. 6ª Câm. Rel. Des. Salatiel Resende. Julgado em 28 de abril de 1994. RT 711/182.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 233.608-2/7. 9ª Câ. Rel. Des. Accioli Freire. Julgado em 09 de junho de 1994. RT 713/125.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 104.244-4/6-00. 1ª Câ. Rel. Des. Elliot Akel. Julgado em 25 de julho de 2000. RT 782/253.

COUTINHO, L. M. *Responsabilidade ética, penal e civil do médico*. 1.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

CROCE, D.; CROCE JR., D. *Erro médico e o direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

FORSTER, N. J. *Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?*. RT 738. Abril de 1997.

GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade civil - de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, A.; FINK, D. R.; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LISBOA, R. S. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTALVÃO, A. S. *Erro médico - teoria, legislação e jurisprudência*. Campinas: Julex, 1998.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, F. *Apostila da Disciplina Responsabilidade Civil Contratual*. Curso de Graduação em Direito CCJ/UFSC. Caps. 28 e 29. Florianópolis: UFSC, 2001.

_____. *Apostila da Disciplina Direito do Consumidor e Sistema de Justiça*. Curso de Pós-Graduação em Direito CCJ/UFSC. Programa de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2002.

SANSEVERINO, P. de T. V. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, F. A. de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

Notas

- 1 Responsabilidade civil é, segundo René Savatier, a "obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dela dependentes". Savatier, *Traité de la*

responsabilité civile en droit français apud VASCONCELOS, F. A. de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 65.

- 2 Neste sentido assevera Lisboa “(...) o art. 14, §4º, somente se aplica nos casos de responsabilidade oriunda de um acidente de consumo, ou seja, de um evento danoso aos direitos personalíssimos do consumidor (dentre eles, em especial, a vida, a saúde e a segurança). Assim, a responsabilidade do profissional liberal pelo vício do serviço prestado, ou seja, o dano econômico ou patrimonial puro, **torna-se objetiva** [grifo nosso], por força do que estabelece o art. 20 da Lei 8.078/90, que em nenhum instante cogita do elemento subjetivo da responsabilidade”. (2001, p.252).
- 3 Nada mais ilustrativo, neste sentido, que a origem inegavelmente aristocrática da esmagadora maioria dos pensadores gregos e romanos, tais como PLATÃO, ARISTÓTELES e CÍCERO.
- 4 O célebre filósofo VOLTAIRE, por exemplo, prócere de uma família de advogados; ou ainda MARAT, o médico revolucionário, líder da Revolução Francesa. Inúmeros são os exemplos de profissionais liberais responsáveis pela liderança e conformação ideológica do novo domínio burguês, tanto no processo de derrocada das Monarquias absolutistas européias quanto, logo depois, nos movimentos de libertação nacional na América Latina.
- 5 Conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” A dependência ou subordinação é, pois, elemento constitutivo da noção de empregado, definida como “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”. (NASCIMENTO, 1998, p.396).
- 6 “Art. 14, §4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.
- 7 Negligência é a “passividade corpórea ou subjetiva quando da execução de determinado ato dando ocasião a resultados danosos que não sobreviriam se o agente houvesse se conduzido com diligência, ou a não-diligência do homo medius necessária para o cumprimento do mister”. (CROCE; CROCE JR., 1997, p.17).
- 8 Imprudência é “uma atitude em que o agente exerce determinada atividade, que guarda necessariamente relação com arte ou profissão, com intempestividade, precipitação, afoiteza ou insensatez, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos”. (CROCE; CROCE JR., 1997, p.19).
- 9 Imperícia “designa o inábil ou falto de aptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional. Consiste, portanto, a imperícia na falta de cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão ou arte”. (CROCE; CROCE JR., 1997, p.18).

- 10 A relação intrínseca entre os modelos de responsabilidade civil e os imperativos da vida social, mormente aqueles de natureza econômica, não representam de forma alguma uma “inovação” jurídica descoberta pelo CDC. Do contrário, a teoria subjetivista, hoje em nítida decadência, foi marco jurídico fundamental que auxiliou o livre desenvolvimento das forças econômicas nos primeiros períodos imediatamente subseqüentes à Revolução Industrial. Para análise mais apurada de tal fenômeno, ver NORONHA, F. *Apostila da Disciplina Direito das Obrigações*. Florianópolis: UFSC, 1998.
- 11 É o que afirma DENARI, Zelmo, op. cit., pp. 176-177, explícito da diferenciação entre contratos negociados de serviços liberais (mais próximos dos contratos civilistas, e portanto sujeitos ao disposto no art. 14, § 4º) e contratos de adesão a condições gerais, nos quais o cliente do profissional liberal equipara-se, em termos de vulnerabilidade, ao consumidor comum. (2001, p.176-177). Quanto a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas prestadoras de serviços liberais, ver BENJAMIN, A. H. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- 12 “Dizia aquele decisório que contrato médico implica no ‘l’engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et, reserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science...”. (‘o compromisso, se não evidentemente de curar o doente, ao menos de proporcionar-lhe cuidados conscienciosos, atentos, e, feita ressalva de circunstâncias excepcionais, que estejam de acordo com os elementos científicos estabelecidos...’). FORSTER, N. J. *Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?*. RT 738. Abril de 1997. p. 84.
- 13 É amparado também na referida tipologia das obrigações que Noronha, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, desenvolve a teoria da responsabilidade objetiva como regime regra das obrigações negociais, dada a esmagadora prevalência, na vida cotidiana, das obrigações de resultado sobre as obrigações de meios, tudo isso não obstante os dispositivo legais (CC/1916, art. 1.057; CC/2002, art. 392) atinentes à matéria referirem-se expressamente à culpa do inadimplente. Ver NORONHA, F. *Apostila da Disciplina Responsabilidade Civil Contratual*. Curso de Graduação em Direito CCJ/UFSC. Caps. 28 e 29. Florianópolis: UFSC, 2001.
- 14 Argumentação emblemática neste sentido é aquela desenvolvida por Coutinho, para quem a culpa nos serviços médicos somente poderia ser apurada a partir da configuração de violações do Código de Ética profissional perpetradas pelos facultativos. Ver COUTINHO, L. M. *Responsabilidade ética, penal e civil do médico*. 1.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. pp. 20-24.
- 15 Conclusão esta, no mais, atingida no Brasil em plena vigência do Diploma Substantivo Civil de 1916, que indevidamente tratava das obrigações de indenizar típicas da responsabilidade civil geral no capítulo destinado aos atos ilícitos (Parte Especial, L. III, T. VII). Quanto à responsabilidade proveniente do erro médico (CC/1916, art. 1.545), afirmava José Aguiar Dias “a natureza

contratual da responsabilidade não nos parece hoje objeto de dúvida”, e, logo após, “acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”. DIAS, J. A. *Responsabilidade Civil* apud MONTALVÃO, A. S. *Erro médico - teoria, legislação e jurisprudência*. Campinas: Julex, 1998. p.14.

- 16 Justifica-se o autor ao afirmar que “o avanço tecnológico que se verificou nas mais variadas atividades profissionais liberais vem possibilitando o reconhecimento da obrigação de segurança e a responsabilização do fornecedor independentemente de culpa”. (LISBOA, 2001, p.257).
- 17 Ver NORONHA, F. *Apostila da Disciplina Responsabilidade Civil Contratual*. Curso de Graduação em Direito CCJ/UFSC. Cap. 29. Florianópolis: UFSC, 2001.
- 18 Grosso modo, o conceito de Roberto Lisboa corresponderia, ao menos quanto aos efeitos sobre os fatores excludentes de responsabilidade, à categoria das “obrigações de garantia”, já expostas em tópico anterior, e que recebem de Noronha a denominação “obrigação de incolumidade”. No entanto, neste autor surge tal obrigação a partir de imposição legal ou disposição contratual expressa; jamais, portanto, como regime geral das relações de consumo. Ver NORONHA, F., op. cit., cap. 28.
- 19 Conforme AGUIAR, L. C. de. *Responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas*. Florianópolis: CCJ/UFSC, 1999.
- 20 “Cirurgia plástica - Obrigação de Resultado - Inadmissibilidade. (...) Inaceitabilidade da tese de que se trata de obrigação de resultado, pois que se trata de obrigação cujo cumprimento se desenvolve em zona aleatória como é o corpo humano. A responsabilização resultaria, então, da verificação de um erro médico e aí esse erro deverá ser demonstrado”. (TJRJ, EI na Ap. 863/98, Rel. Des. Alcântara de Carvalho, retirado de GONÇALVES, C. R., op. cit., p. 379.
- 21 TJRJ, 2º Grupo Câm. Cív., Eap. Nº 1.232/87, Rel. Des. Waldemar Zveiter.
- 22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 81.101-PR. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 13 de abril de 1999. RSTJ nº 119, p. 304.
- 23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 81.101-PR. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 13 de abril de 1999. RSTJ nº 119, p. 309.

Recebido em 07/03

Avaliado em 08/03

Aprovado em 08/03