

Anotações sobre a responsabilidade civil do profissional liberal

Maria Celina BODIN DE MORAES*

Gisela SAMPAIO DA CRUZ GUEDES**

Le véritable voyage de découverte ne consiste pas à chercher de nouveaux paysages, mais à avoir de nouveaux yeux.
- M. PROUST

RESUMO: O artigo tem por objetivo analisar a evolução histórica do conceito de profissional liberal, a fim de demonstrar que a categoria permanece útil no direito contemporâneo, de modo a justificar a atrair uma disciplina jurídica autônoma mesmo em hipóteses de trabalho subordinado ou desprovido de plena autonomia. Com esse propósito, abordam-se os principais aspectos do regime de responsabilidade civil desses profissionais, formado por um emaranhado de diplomas legislativos (além da normatização prevista no Código de Defesa do Consumidor, os profissionais liberais submetem-se, normalmente, às regras de responsabilização profissional de seus conselhos de classe) que não de ser unificados à luz dos valores constitucionais. Nesta seara, verifica-se a importância das normas deontológicas, que ocupam lugar de destaque na teoria das fontes.

PALAVRAS-CHAVE: Profissional liberal; Conselhos de classe; Responsabilidade civil; Código de Defesa do Consumidor; Culpa; Obrigações de meios e de resultado

SUMÁRIO: 1. A evolução do conceito de profissional liberal; 2. Profissional liberal: um *status* ainda válido? 3. O regime de responsabilidade civil dos profissionais liberais; 4. A incidência do Código de Defesa do Consumidor; 5. A dicotomia das obrigações de meios e de resultado; 6. Conclusão.

ENGLISH TITLE: *Notes on the civil liability of liberal professionals*

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the historical evolution of the concept of liberal profession in order to demonstrate that such a category remains useful in contemporary law, so as to attract a specific*

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália. Consultora e parecerista.

** Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutora em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

legal discipline, even for some cases of subordinate or not fully autonomous labor. For that purpose, the essay addresses the main aspects of the civil liability framework applied to these professionals, embodied by an array of statutory regulation (in addition to the Consumer Defense Code, liberal professions are typically subject to the rules of professional responsibility established by the pertinent class councils) that must be reunited under the values of the Federal Constitution. In this area, deontology rules are quite relevant as well, occupying a prominent place in the theory of sources of law.

KEYWORDS: *Liberal professional; Class Councils; Civil Liability; Consumer Defense Code; Culpability; Obligation of means and of result.*

SUMMARY: *1. The evolution of the concept of liberal professional; 2. Liberal professional: a still valid status?; 3. The legal discipline of liberal professionals' civil liability; 4. The incidence of the Consumer Defence Code; 5. The dichotomy between obligations of means and of result; 6. Conclusion.*

1. A evolução do conceito de profissional liberal

Já se disse que os conceitos jurídicos não têm essência e sim história e função: eles se concretizam ao longo do tempo e amoldam-se às necessidades da sociedade em que incidem. Também foi assim com a noção de “profissional liberal”,¹ que tem sua origem no direito romano, quando os serviços eram considerados “liberais” se não constituíssem objeto de contrato de trabalho remunerado (*locatio conductio operarum*).

Com efeito, a *locatio operarum* tinha por objeto os serviços de trabalhadores livres, do tipo que não exigia aptidão ou competência especial e demandava o pagamento de recompensa. Já as *operae liberales*, assim considerados os serviços provenientes, entre outros, de médicos, advogados, arquitetos e agrimensores não eram objeto de contrato (*locatio*), mas de *mandatum*,² então necessariamente gratuito. Tais profissionais percebiam pela prestação de seus serviços especializados (*munus*), não uma *merces*, mas donativos, comumente chamados de *honoraria* ou *munera*.³

¹ Segundo José Cretella Júnior, “[o] nome [profissional liberal] vem do direito romano. Em latim, o adjetivo *liberalis* dizia respeito à pessoa de condição livre, que não era escrava” (Profissão Liberal. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, n.º 62, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 38).

² Reinhard Zimmermann. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 413, com base nas *Institutas*, III, 26, 13.

³ Ebert Chamoun. *Instituições de direito romano*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 364-365; Délio Maranhão, reportando lição de Bonfante. (In: A. Süsskind, D. Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira (Coords.). *Instituições de direito do trabalho*, v. 1. 20. ed. São Paulo: Ltr, 2002, p. 314).

A expressão “profissional liberal” só foi efetivamente empregada, a ponto de tornar-se comum, no período de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna. Nessa época, destinava-se a indicar aquelas pessoas que se libertavam das corporações e passavam a exercer ditas profissões livres.⁴ A liberdade era, portanto, adquirida pelos aprendizes quando se desvinculavam de suas corporações de ofício, deixando, assim, de se subordinar ao comando de seus mestres. Esta autonomia foi a pedra angular para o desenvolvimento do conceito de profissional liberal, o elemento distintivo entre um profissional dito liberal e um “não liberal”.

Esse panorama em que a autonomia atuava como marco divisor de águas entre ambos os conceitos sofreu, paulatinamente, significativa transformação. Atualmente, a tendência é, cada vez mais, que os profissionais liberais se vinculem às sociedades prestadoras de serviços, em estado concreto de subordinação, nos moldes da legislação trabalhista ou em modelos muito próximos. Há quem diga, por isso mesmo, que a nossa sociedade vem passando pelo fenômeno de “proletarização”⁵ ou “assalariamento”⁶ do profissional liberal. Nessas situações, em que o profissional liberal não se encontra mais solitário na confecção de seu serviço, mas, sim, agrupado em torno de sociedades prestadoras de serviços, surge o conflito entre autonomia e subordinação.

Ao longo da História, o profissional liberal sempre se destacara pela autonomia que tinha para tomar suas próprias decisões, com base em sua competência. Ocorre que, na prática, esta autonomia tem sido cada vez mais limitada: o que a experiência revela, na maioria dos casos, é que se o profissional liberal resolve não adotar determinada posição, ou decide adotá-la de forma distinta daquela fortemente “recomendada”, corre o risco de vir a ser demitido por seu superior hierárquico. Não há, portanto, que se falar em uma autonomia plena diante dessa nítida relação de subordinação a que se sujeita, atualmente, a maioria dos profissionais liberais.

Diante desse cenário, doutrina e jurisprudência, cientes das vicissitudes ocorridas no bojo das relações laborais, vêm flexibilizando o próprio significado de autonomia.⁷ Em

⁴ Paulo Lobo. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: RT, abr.-jun./1998, p. 160.

⁵ Délio Maranhão. In: Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira (coords.). *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, cit., p. 314, invocando agora os ensinamentos de Mario De la Cueva.

⁶ Lejeune Mato Grosso Xavier de Carvalho e Carlos Alberto Schmitt de Azevedo. Breve história das profissões liberais no Brasil. Disponível em http://www.fenaci.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=79:profissionais-liberais&catid=35:diversos&Itemid=70, acesso em 07.07.2015.

⁷ Armindo Beux. Conceituação de profissional liberal. *Revista da Ajuris*, v. 16. Porto Alegre: Ajuris, jul./1979, p. 28-29; Mirella D'Angelo Caldeira. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o

consequência, nessa discussão conceitual, as demais características que distinguem um profissional liberal de um “não liberal” passam para primeiro plano. Para qualificação de um profissional como liberal, costuma-se invocar o conhecimento técnico sobre certa atividade, o diploma conferido por escola capacitada, a existência de órgão regulamentador e representativo da atividade e a relação *intuitu personae* que liga o profissional ao seu cliente. Torna-se importante definir, então, qual (ou quais) desses elementos é (ou são), por assim dizer, determinante(s) para a qualificação de profissional liberal.

O conhecimento exigido é entendido como aquela cognição especializada que exige a profissão para que seja o serviço – de natureza predominantemente intelectual – realizado sempre com independência técnico-científica. Salvo melhor juízo, é este o elemento que efetivamente distingue o profissional liberal, e é também, ao mesmo tempo, o que afasta desse conceito outros profissionais que igualmente têm liberdade para tomar decisões, como o sapateiro, o carpinteiro e a costureira, por exemplo. Para alguns estudiosos, tal conhecimento deverá ser comprovado mediante diploma expedido por instituição habilitada,⁸ enquanto, para outros, isto se trata de mera formalidade.⁹

Implicação prática de envolver o diploma no rol das exigências para configuração de profissional liberal é o afastamento de certas profissões relevantes, como a dos corretores – se se estiver a pensar em diploma de graduação em instituição de ensino

advento do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/497/495>, acesso em 02.07.2015, p. 312-315; De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.108. Em sentido contrário, entendendo que somente há de se falar em profissional liberal quando inexistir relação de subordinação: Humberto Piragibe Magalhães e Christovão Piragibe Tostes Malta. *Dicionário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2003, p.726; Rizzato Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230-231; José Náufel. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 619.

⁸ Mirella D'Angelo Caldeira. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 312-315. Confira-se, ainda, no mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 702; Oscar Ivan Prux. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 19. São Paulo: RT, jul.-set./1996, p. 206; Viviane Coêlho de Séllos. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de proteção e defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 10. São Paulo: RT, abr.-jun/1994, p.148-149.

⁹ Na doutrina: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 564; Paulo de Tarso Sanseverino. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197; Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 507; Joel Dias Figueira Jr. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1. 2.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 421; Antonio Carlos Marcato. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 824; IOB. Autônomos e profissionais liberais – considerações. *Boletim IOB – Legislação Trabalhista e Previdenciária*, n.º 6. São Paulo: Thomson-IOB, fev./2005, p. 7. Na jurisprudência, vale conferir: STJ, 4ª T., REsp 251.676/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 03.08.2000, v.u., DJ 11.09.2000; TJRS, Câmaras Cíveis Reunidas, Conflito de Competência n.º 37246, Rel. Des. Gervásio Barcellos, j. em 13.11.1981.

superior –,¹⁰ e ainda, com base no atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal,¹¹ a dos jornalistas.

No caso do corretor de imóveis, embora este profissional realmente prescindia de diploma universitário para exercer o seu ofício, é obrigado por lei a ser “possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias”.¹² Trata-se, a bem dizer, de diploma expedido por instituto habilitado – leia-se: curso técnico habilitado –, e não por faculdade, como os demais profissionais liberais que compõem esta obra, mas não deixa de ser um diploma, a confirmar uma habilidade técnica para aquele ofício específico.¹³

Já em relação ao jornalista, até bem pouco tempo o exercício de sua profissão demandava diploma de curso superior. Em 2009, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, reunido em Plenário no julgamento do Recurso Extraordinário 511.961, decidiu pela inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e de registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalista. Apesar da referida decisão, o jornalista é exemplo típico de profissional que se enquadra perfeitamente no conceito de profissional liberal e, a nosso ver, não deixará de sê-lo apenas em razão da posição adotada pelo Supremo. O jornalista tornou-se, na realidade, a exceção que confirma a regra, isto é, a indicação de que o diploma universitário é, sim, um dos elementos distintivos que servem à caracterização dos profissionais liberais.

Não se trata de mera formalidade. A importância do diploma desponta do fato de o profissional liberal ser, justamente, aquele profissional que é reconhecido por ter conhecimento técnico especializado para o exercício daquela atividade, o que normalmente se adquire em curso de formação superior. Este conhecimento há de ser comprovado, porque, do contrário, o consumidor ficaria refém de um sem número de profissionais que se julgam qualificados para exercer aquele ofício, sem, entretanto, o

¹⁰ Entendimento sustentado por Oscar Saraiva. O contrato de trabalho e os profissionais liberais. *Direito*, v. 7. Rio de Janeiro – São Paulo, jan.-fev./1941, p. 7 e p. 61.

¹¹ STF, Pleno, RE 511.961, j. em 17.09.2009.

¹² Nos termos da Lei n.º 6.530, de 12 de maio de 1978, que dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências, “o exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias”, conforme dispõe o seu art. 2º.

¹³ O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de qualificar o corretor de imóveis como profissional liberal: v. STJ, 4ª T., REsp 251.676, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 03.08.2000, v.u., DJ 11.09.2000.

sê-lo. É uma exigência que, no tocante à grande maioria dos profissionais liberais, decorre da própria lei que regulamenta a profissão.¹⁴

A formação superior aponta também para outra característica dos profissionais liberais que não goza de total unanimidade na doutrina: a necessidade de a profissão ser regulamentada por lei ou decreto, assim como possuir um órgão que regule a atividade. Para os adeptos dessa orientação,¹⁵ o quadro das profissões liberais utilizado para fins de averiguar contribuição sindical serviria como norte.¹⁶ Enquanto para outros, a se adotar o referido quadro, o rol das profissões liberais acaba por se dilatar largamente, o que pode gerar confusão com atividades típicas dos profissionais autônomos, que, como será analisado adiante, é modalidade diversa da liberal.¹⁷ Há, parece, certo exagero aí, pois o quadro inclui até escritores e autores teatrais, que, definitivamente, não são profissionais liberais.

A necessidade de a profissão ser regulamentada, seja por lei ou mesmo por qualquer outro ato normativo, parece decorrência natural de se exigir diploma expedido por órgão habilitado. É, de fato, lógico que as profissões para cujo exercício se exija diploma universitário ou expedido por curso técnico especializado estejam regulamentadas – normalmente, a própria lei que exige o diploma regulamenta a profissão –, como também parece coerente que tais profissões possuam um órgão que represente toda aquela classe de profissionais. Apesar de coerente, a existência de um órgão representativo não deve ser considerada elemento qualificador obrigatório. Muitos profissionais liberais não têm um conselho próprio, embora preencham perfeitamente todos os demais atributos. É o caso, por exemplo, do corretor que atua na Bolsa de Valores e do jornalista.

¹⁴ Esta foi, aliás, a orientação seguida pelo Projeto de Código Comercial, em trâmite, cujo art. 3º dispõe que “não se considera empresa a atividade de prestação de serviços própria de profissão liberal, assim entendida a regulamentada por lei para cujo exercício é exigida formação superior”.

¹⁵ Nesse sentido, Mirella D’Angelo Caldeira. A responsabilidade civil dos profissionais liberais, cit., p. 322. Cf. também: TJSP, 18ª CDPriv., AC 0006754-5.2008.8.26.0597, Rel. Osvaldo Capraro, j. 25.08.2011, v.u.

¹⁶ Para fins de contribuição sindical, os profissionais são divididos nos seguintes grupos: 1º Advogados – 2º Médicos – 3º Odontologistas – 4º Médicos Veterinários – 5º Farmacêuticos – 6º Engenheiros (civis, de minas, mecânicos, eletricitas, industriais, agrônomos) – 7º Químicos (industriais, industriais agrícolas e engenheiros químicos) – 8º Parteiros – 9º Economistas – 10º Atuários – 11º Contabilistas – 12º Professores (privados) – 13º Escritores – 14º Autores teatrais – 15º Compositores – 16º Assistentes Sociais – 17º Jornalistas – 18º Protéticos dentários – 19º Bibliotecários – 20º Estatísticos – 21º Enfermeiros – 22º Administradores – 23º Arquitetos – 24º Nutricionistas – 25º Psicólogos – 26º Geólogos – 27º Fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, auxiliares de fisioterapia e auxiliares de terapia ocupacional – 28º Zootecnistas – 29º Profissionais Liberais de Relações Públicas – 30º Fonoaudiólogos – 31º Sociólogos – 32º Biomédicos – 33º Corretores de imóveis – 34º Técnicos industriais de nível médio- 2º grau – 35º Técnicos agrícolas de nível médio - 2º grau – 36º Tradutores – 37º Técnicos em Biblioteconomia.

¹⁷ Nesse sentido: Rizzato Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

Por fim, a relação *intuitu personae* – vínculo de confiança entre o profissional e o cliente –, igualmente é citada como um dos elementos da profissão liberal. O contrato estabelecido entre o profissional e o cliente deve, portanto, ter como base a confiança e a credibilidade na técnica desenvolvida pelo primeiro. Para alguns doutrinadores o elemento confiança é, por si só, suficiente para caracterizar o profissional liberal.¹⁸

Embora a confiança seja muito importante e possa até mesmo ser presumida na relação profissional liberal-cliente, não é, entretanto, suficiente para a configuração do conceito. Quando um cliente procura um profissional liberal é porque confia naquele prestador de serviços, quer porque já conhece o seu trabalho, quer porque recebeu uma boa indicação a seu respeito ou mesmo porque o próprio mercado o colocou em destaque. No entanto, não é isso que o distingue de outros profissionais que exercem as suas atividades com igual autonomia. A noiva, por exemplo, que contrata uma costureira para confeccionar o seu vestido, confia inteiramente que aquela costureira vai lhe atender a gosto, mas isso, por si só, não faz da costureira uma profissional liberal. A costureira até tem autonomia. Falta-lhe, porém, o conhecimento técnico traduzido na cognição especializada a que antes se aludiu, comprovada por diploma. Além disso, sua profissão tampouco se encontra regulamentada. Ela não deixa, porém, de ser uma profissional autônoma, embora não se possa qualificá-la como uma profissional liberal.

Torna-se, então, importante diferenciar o profissional liberal daquele dito autônomo. O Código de Defesa do Consumidor alude, em seu art. 14, § 4º, ao profissional liberal,¹⁹ e não ao autônomo. São conceitos próximos, embora distintos. O primeiro constitui espécie do qual o último é gênero. A definição de autônomo envolve todo e qualquer tipo de atividade/profissão que seja exercida, no mais das vezes, com poder de direção e com base no risco, enquanto o profissional liberal, como já foi demonstrado, exige demais condições, como o conhecimento técnico – atestado, conforme doutrina majoritária, mediante diploma –, regulamentação da profissão e relação *intuitu personae*.

Enfim, a nosso ver, comprometidos com uma definição contemporânea de profissional liberal, o mais acertado parece defini-lo da seguinte forma: *é o profissional que exerce*

¹⁸ Nelson Nery Junior. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*, n.º 3. São Paulo: RT, set.-dez./1992, p. 60; Zelmo Denari. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 160.

¹⁹ CDC, art. 14, § 4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

atividade regulamentada, com conhecimento técnico-científico comprovado por diploma universitário, cujo exercício pode até ser realizado mediante subordinação, desde que esta não comprometa sua independência técnica e a relação de confiança que o vincula ao destinatário do serviço. Definido o conceito de profissional liberal, resta saber se este *status* permanece útil.

2. Profissional liberal: um status ainda válido?

Além de destacar a sua característica mais marcante, que é o conhecimento técnico-científico especializado, o conceito contemporâneo de profissional liberal não pode deixar de retratar as limitações que este profissional tem sofrido ao longo da história em sua autonomia. Optou-se, assim, por defini-lo como aquele profissional que exerce atividade regulamentada, com conhecimento técnico-científico comprovado por diploma universitário, cujo exercício pode até ser realizado mediante subordinação, desde que esta não comprometa sua independência técnica e a relação de confiança que o vincula ao destinatário do serviço.

Com este conceito em mente, procurou-se, então, diferenciar o profissional liberal daquele dito autônomo. O Código de Defesa do Consumidor alude, em seu art. 14, § 4º, apenas ao profissional liberal, e não ao autônomo, para o qual continua valendo a responsabilidade objetiva, como regra geral do Código de Defesa do Consumidor. São, como se disse, conceitos próximos, mas que não podem ser confundidos.

O profissional liberal constitui espécie do qual o autônomo é gênero. A exceção prevista no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor aplica-se tão somente ao primeiro, o que se justifica em razão da sua atividade mais especializada, a demandar uma aferição a respeito da culpa. Justifica-se também como forma de tornar viável a atividade dos profissionais liberais. Do contrário, a prática levaria à formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado ao consumidor, e praticamente insustentável para o exercício das profissões ditas liberais.²⁰ Por tudo isso, pode-se dizer que, apesar do conceito multifacetado de profissional liberal, estes profissionais se submetem a um regime próprio de responsabilidade civil.

²⁰ Paulo de Tarso Sanseverino. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, cit., p. 196-197.

Esse regime é formado por um emaranhado de diplomas legislativos, ligados entre si pela Constituição Federal. Trata-se, a bem da verdade, de um sistema ainda em construção, porque a própria definição – antes enrijecida – de profissional liberal foi sendo remodelada ao longo da história. Este sistema tem diversas fontes que precisam ser harmonizadas. Diante de um caso concreto, o intérprete deve, em primeiro lugar, se perguntar se o agente causador do dano é, de fato, um profissional liberal no sentido técnico do termo. Em caso positivo, deve, em segundo lugar, identificar de qual profissional, afinal, se trata. Diante da resposta à pergunta anterior, o terceiro passo será determinar quais diplomas legislativos se aplicam.

Em face da heterogeneidade de fontes, torna-se importante definir aquelas que realmente serão aplicáveis ao caso concreto e, uma vez definidas, interpretá-las sistematicamente, evitando lacunas, inconsistências e contradições. Nessa análise, é importante verificar, desde logo, se na relação incidirá ou não o Código de Defesa do Consumidor. Se o Código de Defesa do Consumidor for aplicável, a responsabilidade civil ainda assim será subjetiva, por força do art. 14, §4º, mas a vítima poderá valer-se de todas as regras e princípios que compõem o Código consumerista.

Como o Código de Defesa do Consumidor não tem um conceito próprio de culpa, o intérprete deverá buscar no sistema o conceito de culpa e, para tanto, terá de recorrer necessariamente ao Código Civil. O conceito normativo de culpa, adotado atualmente, torna a tarefa da vítima um pouco mais fácil, bastando demonstrar que o profissional liberal se desviou das normas técnicas fixadas para o exercício de sua especialidade. A comparação da conduta do profissional, no caso concreto, com o *standard* de conduta exigido para aquele tipo de situação deve ser tanto mais rígida quanto mais especializado for o profissional. Quanto maior for a qualificação (e a especialização) do profissional liberal, tanto mais elevado será o padrão de conduta exigido e mais rigorosa também será a comparação.

O emprego da culpa na responsabilização do profissional não interfere na natureza da sua obrigação, se de meios ou de resultado. Esta classificação ainda é útil, mas para delimitar a prestação da obrigação e, assim, a própria definição de inadimplemento. Deve-se invocá-la toda vez em que se mostrar necessário averiguar, no caso concreto, a responsabilidade contratual do profissional liberal ou para determinar, nos contratos sinalagmáticos, se ele faz jus à contraprestação ajustada. Ao delimitar o alcance das prestações ajustadas, a dicotomia reforça as fronteiras, por vezes nebulosas, que

separam o cumprimento da obrigação do seu inadimplemento ou cumprimento defeituoso.

Embora o conceito jurídico já não seja o mesmo, o *status* de profissional liberal continua sendo útil, já que individualiza aqueles profissionais que, por exercerem uma atividade técnica-científica mais especializada, podem valer-se de um regime de responsabilidade civil sempre fundado na culpa, mesmo nas hipóteses de incidência do Código de Defesa do Consumidor. É um benefício que se justifica: afinal, a formação mais especializada, em tese, confere àquele profissional uma habilidade especial para exercer a sua atividade. E se é assim, para responsabilizá-lo, parece acertado exigir-se a comprovação de que a sua conduta fugiu dos *standards* normalmente adotados por aqueles profissionais em situações análogas. Daí a importância de o julgador se valer da deontologia que, nesse campo, como destacou Perlingieri, ocupa lugar de destaque na teoria das fontes.²¹

Sendo tal *status* útil, cumpre investigar como funciona o seu regime de responsabilidade civil, isto é, como os diversos diplomas legislativos aplicáveis se comunicam na prática, regidos que são pela Constituição Federal.

3. O regime de responsabilidade civil dos profissionais liberais

O regime de responsabilidade civil dos profissionais liberais não consta de um único diploma legislativo; ao contrário, forma-se a partir de um emaranhado de atos normativos que se relacionam entre si. De fato, o ordenamento é sistema único, complexo e, ao mesmo tempo, dinâmico e, como tal, as normas que o compõem devem guardar coerência entre si.²²

Diante de um caso concreto, em que se precisa aferir a responsabilidade de determinado profissional liberal, não basta consultar o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor. Há que se considerar, ainda, a legislação especial, muitas vezes restrita a determinada classe de profissionais liberais, como a regulamentação expedida pelo Conselho Federal de Medicina, no caso dos médicos, e pelo Conselho Federal de Engenharia, no caso dos engenheiros. Apesar das especificidades de cada profissão liberal, esses diversos diplomas legislativos relacionam-se como partes de um sistema de princípios e regras que regulam a responsabilidade dos profissionais liberais.

²¹ Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 315, nota 28.

²² Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de M. C. Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 71-74.

Nesse cenário de diversificação crescente das fontes normativas, é preciso atentar para uma interpretação que garanta a unidade desse sistema, de modo que cada lei especial, cada resolução emanada por um conselho de classe seja interpretada e aplicada em conformidade não com sua lógica própria, mas, sim, com a lógica do sistema, formado a partir dos princípios emanados da Constituição Federal.²³ Afinal, o nosso ordenamento jurídico não se constitui por centros de gravidade autônomos.²⁴ Sua dinâmica pressupõe a harmonização de suas diversas fontes e, se assim é, assim também o será com os profissionais liberais que, embora sujeitos às regras que regulamentam sua profissão, não estão isentos de observar outras normas mais gerais do sistema.

Partindo desse pressuposto, e diante da heterogeneidade de fontes, cumpre, de um lado, definir aquelas que serão aplicáveis ao caso concreto e, uma vez definidas, interpretá-las sistematicamente, evitando lacunas, inconsistências e contradições. De fato, nem sempre é o CDC que vai regular a relação com profissionais liberais. Há situações em que a prestação de serviços por certo profissional liberal sequer estará submetida às suas regras, pois a relação estabelecida entre as partes – prestador e cliente – não configurará uma relação de consumo típica.

É o caso dos serviços prestados por profissionais liberais no âmbito da Administração Pública, a exemplo dos médicos da rede pública. Não haverá aí relação de consumo, mas não em razão da qualidade dos serviços prestados – serviços médicos –, e, sim, pelo âmbito da prestação de serviços – a rede pública de saúde. A responsabilidade civil do profissional liberal, então, submeter-se-á ao Código Civil e, de maneira complementar, à regulamentação do Conselho Federal de Medicina, como o Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 1931/2009), que, em seu terceiro capítulo, dedicado à responsabilidade profissional, além de estabelecer uma série de práticas vedadas aos profissionais da área, prevê que a sua responsabilidade será sempre subjetiva e não

²³ Para Pietro Perlingieri, “qualquer instituto, matéria, etc., é sempre e somente o resultado hermenêutico de todo o direito positivo. A interpretação ou é sistemática (...) ou não é interpretação. Os chamados sistemas parciais são, no mais das vezes, o resultado de uma primeira, provisória, abordagem, diante da qual o intérprete não pode se ater, especialmente, na presença de valores fundamentais destinados a funcionalizar cada ‘instituto’ e à luz dos quais é mister exprimir valorações de validade e de legitimidade” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210-211).

²⁴ Como adverte Gustavo Tepedino: “(...) não é dado confundir a pluralidade de fontes normativas com os denominados microssistemas. Como se sabe, a doutrina que defende a existência de microssistemas acredita que o ordenamento se constitui de centros de gravidade autônomos, fragmentados, cada qual com sua lógica e principiologia própria. Tal concepção, contudo, não se mostra suficiente para explicar a dinâmica do ordenamento, porque a pluralidade de fontes normativas deve conviver com uma unidade axiológica, conferida pelas normas constitucionais” (*O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais*. *Temas de direito civil*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28-30).

presumida (e, em seu décimo quarto capítulo, prevê a apuração das responsabilidades mediante procedimento administrativo). Além disso, aplicar-se-á também a Lei n.º 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público), que dispõe, a partir de seu art. 121, acerca da responsabilidade civil, penal e administrativa dos servidores públicos, e do procedimento disciplinar para a verificação de irregularidades.²⁵

Na maioria das vezes, porém, a responsabilização desses profissionais será regida pelos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, ao lado da regulamentação especial. Integram esta categoria os profissionais liberais que prestam serviços em seus escritórios/consultórios, de forma autônoma ou subordinada. Neste caso, a relação estabelecida entre profissional liberal e cliente é considerada uma relação de consumo.²⁶ Enquanto a responsabilidade pessoal do profissional liberal, por força do próprio CDC, será apurada mediante a verificação de culpa, sendo, portanto, subjetiva, o estabelecimento dentro do qual ele presta seus serviços – o hospital ou o escritório de engenharia, por exemplo – responderá objetivamente perante os consumidores pelos danos eventualmente ocasionados.

Além da normatização prevista no Código de Defesa do Consumidor, os profissionais liberais submetem-se, normalmente, às regras de responsabilização profissional de seus conselhos de classe. Basta lembrar o exemplo dos médicos, antes referido, ou do exemplo dos advogados, que se submetem aos Tribunais de Ética e Disciplina da OAB, competentes para julgar os procedimentos administrativos disciplinares relativos à violação das normas do Estatuto da OAB e do Código de Ética e Disciplina.

A noção abstrata de culpa não fornece nenhuma diretriz objetiva de imputação de responsabilidade. Os parâmetros de identificação da culpa do advogado devem ser aferidos a partir da Lei n.º 8.906/94 (“Estatuto da OAB”), que estabelece as condutas que configuram infração disciplinar,²⁷ e do Código de Ética e Disciplina,²⁸ editado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê um extenso rol de deveres.

²⁵ A responsabilidade civil prevista no Estatuto do Servidor Público, nos termos do art. 122, é subjetiva, na medida em que decorre “de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”.

²⁶ Não obstante, no caso específico dos advogados, parte da doutrina e jurisprudência entende que a relação jurídica estabelecida entre eles e seus clientes não é tipicamente de consumo. Tratar-se-ia, na visão desta corrente, de espécie de prestação de serviços regida por legislação especial (o Estatuto da OAB). No âmbito do Superior Tribunal de Justiça essa linha de raciocínio já foi exarada em diversos precedentes: STJ, 4ª T., REsp. 532.377, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 21.08.2003, v.u., DJ 13.10.2003; STJ, 3ª T., REsp. 633.174, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 02.12.2004, v.u., DJ 21.03.2005; STJ, 3ª T., REsp. 757.867, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 21.09.2006, v.u., DJ 09.10.2006.

²⁷ “Art. 34. Constitui infração disciplinar: I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos; II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei; III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber; IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção

Assim, como é fácil notar, no campo da regulamentação da atividade profissional, os Códigos de autodisciplina e de deontologia assumem enorme importância.²⁹

São regras, portanto, decisivas na determinação dos deveres profissionais e na regulamentação da responsabilidade no exercício da profissão, quer na ausência de normativa heterônoma expressa (lei em sentido formal), quer em presença desta, quando exercerão papel integrador da normativa estatal, de modo a oferecer ao julgador um *standard*³⁰ de conduta profissional³¹ que sirva como parâmetro para dar solução ao caso concreto.

de terceiros; V - assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado; VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional; VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário; IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio; X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione; XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia; XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública; XIII - fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes; XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa; XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime; XVI - deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou de autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado; XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la; XVIII - solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta; XIX - receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte; XX - locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa; XXI - recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele; XXII - reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança; XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo; XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional; XXV - manter conduta incompatível com a advocacia; XXVI - fazer falsa prova de qualquer dos requisitos para inscrição na OAB; XXVII - tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia; XXVIII - praticar crime infamante; XXIX - praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação. Parágrafo único. Inclui-se na conduta incompatível: a) prática reiterada de jogo de azar, não autorizado por lei; b) incontinência pública e escandalosa; c) embriaguez ou toxicomania habituais”.

²⁸ “Art. 2º. Parágrafo único. São deveres do advogado: I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III – velar por sua reputação pessoal e profissional; IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; VIII – abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste. IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade”.

²⁹ Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 315, nota 28, segundo o qual: “A autodisciplina se torna, na teoria de fontes, não mais um aspecto simplesmente acessório, mas ontológico. Assim, as normas de deontologia profissional não são normas às quais se faz referência de maneira residual, mas passam a ser ponto de referência de um magistrado, de um juiz, estatal ou não, para dar resposta a um problema”.

³⁰ O termo “*standard*”, de uso recente na linguagem jurídica, vem sendo usado como “noção de conteúdo jurídico indeterminado ou variável” e está vinculado à necessidade de se isolar uma certa categoria de expressões normativas, caracterizadas pela ausência de qualquer predeterminação, e à impossibilidade de

4. A incidência do Código de Defesa do Consumidor

Quando a responsabilização dos profissionais liberais é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, aplica-se o seu artigo 14. No *caput*, a regra estabelece que a responsabilidade dos fornecedores de serviços é objetiva, mas, em seu parágrafo 4º, especifica que “[a] responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Trata-se, assim, de importante exceção à regra geral da responsabilização objetiva nas relações de consumo.³²

Segundo afirma arguta doutrina, uma das razões para excepcionar a regra geral da responsabilidade objetiva foi a preocupação com a inviabilização da atividade dos profissionais liberais, 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”.³³ Significa dizer, por outras palavras, que, enquanto o estabelecimento dentro do qual o profissional liberal presta serviços, com vínculo de subordinação, responde independentemente de culpa perante os consumidores (com responsabilidade objetiva, portanto), o profissional liberal, pessoalmente, somente será responsabilizado caso reste comprovada sua atuação dolosa ou culposa,³⁴ seja perante o consumidor, seja perante a instituição para a qual presta serviços, em ação regressiva.³⁵

aplicá-las sem proceder previamente a uma apreciação ou avaliação, isto é, colocando-se o fato ao qual elas se referem em uma escala de valores (padronização)” Assim, Paul Orianne, verbete *standard* (modelo, padrão, norma) jurídico. In: André-Jean Arnaud *et al.*, *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 770.

³¹ Segundo Orianne, ob. loc. cit., o *standard* se distingue das demais noções de conteúdo variável pela *instrução expressa* que comporta para proceder à avaliação caso a caso. “A noção vaga pode ser, com o passar do tempo, matéria clarificada através de definição; o *standard* permanece aberto à obra do intérprete. Ele constitui assim o local privilegiado do encontro da regra de direito com outras (regras técnicas, morais ou sociais) às quais se deve recorrer para verificar a ausência ou presença da qualidade exigida pela regra (internormatividade)”.

³² Para Nagib Slaibi Filho, “(...) ainda que inexistisse a disposição legal antes referida [o autor refere-se ao art. 14, § 4º do CDC], mostra-se inviável a responsabilização objetiva do profissional liberal pelo caráter científico de suas atividades” (A obrigação de diligência e a responsabilidade civil do profissional liberal. In: *Revista Jurídica*, v. 348. São Paulo: Fontes do Direito, out./2006, p. 13). A respeito do tema, cf. tb. Viviane Coêlho de Séllos. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato de serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10. São Paulo: RT, abr.-jun./1994, p. 144-161.

³³ Paulo de Tarso Sanseverino. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 196-197.

³⁴ Nesse sentido: “Como será a responsabilidade quando o serviço é prestado por profissional liberal que trabalhe como empregado ou preste serviço como autônomo para prestadora de serviço que tenha aquelas características apontadas? Poderá ela, então, pessoa jurídica, absorver para si benefícios advindos da condição de ser profissional liberal? Ou, usando um exemplo, pode um hospital cujo paciente tenha sofrido dano beneficiar-se da prerrogativa da apuração da responsabilidade por verificação da culpa, alegando que o problema foi causado por médico, que, como profissional liberal, recebe os benefícios do § 4º do art. 14 do CDC? A resposta, em nossa opinião, é não. Se um hospital explora tipicamente o mercado, oferecendo serviços de massa, servindo-se de saúde como mercadoria e explorando sua atividade dentro das

O que não quer dizer, por outro lado, que a responsabilização deste profissional liberal, sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, será idêntica à de um profissional liberal não submetido à legislação consumerista. É que o CDC contém diversas regras, de direito material e procedimental, atinentes à responsabilidade civil dos fornecedores de produtos ou serviços, favoráveis aos consumidores, presumidamente considerados a parte vulnerável na relação de consumo. Dessa forma, apesar de a responsabilidade do profissional liberal sujeito ao Código de Defesa do Consumidor ser subjetiva, valerão perante ele, por exemplo, a regra de inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do seu artigo 6º.³⁶

O Código de Defesa do Consumidor não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor de serviços. Ao profissional liberal “(...) se aplicam todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado sem ficar caracterizada sua culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviço”. Em outras palavras, “o afastamento de tal atividade do âmbito de abrangência da responsabilidade objetiva não implica a não incidência do CDC”.³⁷

Como a responsabilidade civil do profissional liberal sujeito às disposições do Código de Defesa do Consumidor é subjetiva, isto é, depende de culpa, é preciso analisar o conceito de culpa, que não encontra amparo na legislação consumerista. O intérprete deve, então, buscar dentro do sistema o conceito de culpa e, para tanto, terá de recorrer ao Código Civil, mesmo naqueles casos em que restar configurada a relação de consumo.

características típicas de risco/custo/benefício, ele é responsável objetivamente pelos danos causados por seus serviços, independentemente de quem os executa. (...) Não vemos como poderia o hospital beneficiar-se das prerrogativas pessoais do médico. Este é mero instrumento de serviço do hospital, que é típico de consumo. Para o serviço fornecido pelo hospital e que tenha causado dano ao consumidor pouco importa que o defeito tenha sido provocado por médico, enfermeira, pelo faxineiro que não esterilizou o local ou pelo aparelho injetor de oxigênio que falhou. A responsabilidade do hospital sempre permanece a mesma” (Rizzato Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229-230). No mesmo sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “(...) A regra geral do art. 14, *caput*, do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção” (STJ, 3ª T., REsp 986.648/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 10.05.2011, DJe 02.03.2012).

³⁵ “[O] direito eventual de regresso do hospital contra o médico será avaliado pelo regime da culpa” (Rizzato Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 229-230).

³⁶ CDC, art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

³⁷ Thaita Campos Trevisan. A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional. Dissertação de mestrado. UERJ, 2011, p. 55-56.

O problema é que conceituar “culpa” definitivamente não é uma tarefa fácil. Daí dizer-se, diante de verdadeira “floresta de definições” que existe em torno deste elemento da responsabilidade civil,³⁸ que não há “(...) um conceito que seja válido para todos os quadrantes e tempos”.³⁹

A doutrina divide-se, grosso modo, em duas grandes correntes: i) aqueles que afirmam representar a culpa a violação de um dever pré-existente, legal ou contratual, e ii) os que enxergam na culpa uma espécie de desvio de conduta, sendo necessário, então, estabelecer o padrão de conduta que deve ser seguido, para que não haja violação. O mérito da primeira corrente reside na formulação de um conceito unitário de culpa, a incidir tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, mas a sua falha está em não precisar o dever violado. Já a segunda corrente, ao definir a culpa como desvio de conduta, prescinde da demonstração do dever jurídico violado, mas, em compensação, tem como desafio estabelecer o padrão de conduta – o *standard* – a ser observado pelo agente.

O padrão de conduta, por sua vez, pode ser analisado em abstrato ou em concreto. No primeiro caso, prescinde-se da análise da diligência do agente ao praticar o ato, considerando-se o padrão abstrato e objetivo do conhecido *bonus pater familias*. No segundo, consideram-se elementos subjetivos, a exemplo da conduta do agente em negócios anteriores, e mesmo elementos internos, isto é, a intenção do agente ao praticar o dano, em se tratando de responsabilidade extracontratual. O que se vê, na atualidade, é a aproximação dessas duas vertentes, porque até mesmo os defensores da concepção em abstrato – que representa a maior parte da doutrina⁴⁰ – passaram a admitir considerações de elementos concretos, “(...) de certa forma *subjetivando* o padrão objetivo representado pela referência genérica ao bom pai de família”.⁴¹

Afirma-se ainda que a culpa civil, na atualidade, pode ser definida como “(...) erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido

³⁸ Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 69.

³⁹ Marcelo Junqueira Calixto. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

⁴⁰ A prevalecer o conceito abstrato de culpa, pensada como um desvio de conduta ou como conduta reprovável, divergem os autores ainda quanto aos requisitos da culpa. De modo geral, a doutrina aponta como requisitos: i) a antijuridicidade da conduta, expressa no artigo 186 do Código Civil, isto é, a violação objetiva a uma norma pré-estabelecida, e (ii) a imputabilidade, isto é, o discernimento do agente na prática da conduta culposa. Na lição de Francisco Amaral, são pressupostos da culpa “um dever violado (elemento objetivo) e a culpabilidade ou imputabilidade do agente (elemento subjetivo). Esta, por sua vez, desdobra-se em dois elementos: a) possibilidade para o agente, de conhecer o dever (discernimento); b) possibilidade de observá-lo (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito)” (*Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 551-553).

⁴¹ Marcelo Junqueira Calixto. *A culpa na responsabilidade civil*, cit., p. 16.

adotado pelo ser humano prudente e avisado nas circunstâncias do caso concreto”.⁴² Poderá consistir em conduta comissiva ou omissiva, imputável ao agente, que acarreta a violação de um dever de cuidado determinado socialmente, em determinada época e lugar, não sendo possível, assim, definir previamente e de forma absoluta o padrão de conduta como aquela esperada de um “bom pai de família”. Trata-se da chamada *concepção normativa* da culpa – prescinde-se da análise dos aspectos estritamente subjetivos do agente para avaliar o desvio de certo padrão de conduta, fixado pela referência ao ser humano prudente, mas sempre diante das circunstâncias do caso concreto.

Os limites do dolo e da culpa civis (em conjunto, culpa *lato sensu*), isto é, da imputabilidade civil, estão presentes no artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Enquanto a expressão “ação ou omissão voluntária” está atrelada ao dolo civil, a “negligência ou imprudência” refere-se à culpa *stricto sensu*.

Ambas são aptas a gerar o ilícito civil, previsto na parte final do dispositivo – ou, para usar uma expressão mais moderna, ambas são aptas a configurar o chamado “dano injusto”. Salvo exceções (*v.g.*, artigo 944, parágrafo único, do Código Civil), a intensidade da atuação culposa ou dolosa, para efeitos civis, não é relevante, já que, como prevê o *caput* do artigo 944, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Para além da atuação culposa (culpa *lato sensu*), casos há em que se admite a culpa presumida (hipótese de responsabilidade civil subjetiva, embora passe a caber ao demandado em juízo o ônus de provar sua ausência de culpa) e, mesmo, a responsabilidade sem culpa, objetiva.

Como, no caso dos profissionais liberais, a princípio sua responsabilidade pessoal será subjetiva, independentemente de a relação estabelecida com o cliente ser ou não de consumo, as atenções estarão voltadas para esta espécie de responsabilidade civil. Assim, definido o conceito de culpa, a responsabilização dos profissionais liberais dependerá, além da comprovação da conduta culposa (ou da presunção de culpa, em certos casos), da presença de um dano indenizável, atrelado à conduta por uma relação de causalidade. É o que se pode depreender do artigo 927, *caput*, do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁴² Idem, ob. cit., p. 31.

Com o conceito *normativo* de culpa, torna-se mais fácil para a vítima demonstrar que o profissional liberal se desviou das normas técnicas fixadas para o exercício de sua especialidade. Quanto maior for a qualificação (e a especialização) do profissional liberal, tanto mais elevado será o padrão de conduta exigido e mais rigorosa também será a comparação. A aproximação entre as concepções subjetiva (apreciação em concreto) e objetiva (apreciação em abstrato) mostra que, independentemente da corrente que se adote, o julgador sempre deverá tomar por base as circunstâncias do caso concreto para, assim, avaliar em que medida a conduta do profissional liberal se distanciou do *standard* de conduta fixado para aquela situação específica.

A noção de culpa no regime de responsabilidade civil dos profissionais liberais é, como se vê, de extrema importância, mas isto não significa que a natureza da sua obrigação seja sempre de meios, como será demonstrado a seguir. Ao contrário do que sustentam alguns autores, como se verá em seguida, a classificação que divide as obrigações em obrigações de meios e de resultado não interfere na natureza da responsabilidade, nem rompe com a teoria da culpa.

5. A dicotomia das obrigações de meios e de resultado

Já foi dito que a dicotomia das obrigações em “meios-resultado” não passaria de uma *diabolica divisio*,⁴³ mas, a despeito de todas as críticas que sofreu – intensificadas nas últimas décadas⁴⁴ –, a classificação mostra-se útil, especialmente nesta área da responsabilidade civil. Embora não interfira na natureza de sua responsabilidade – se subjetiva ou objetiva –, a dicotomia ajuda na delimitação da prestação devida pelo profissional liberal e, assim, na própria definição de inadimplemento.⁴⁵

De origem francesa, e normalmente atribuída a Demogue, a classificação é relativamente simples e, de certa forma, até intuitiva:⁴⁶ indica que, em certas relações obrigacionais, o devedor obriga-se tão somente a envidar seus melhores esforços na direção de um objetivo, enquanto em outras, ao revés, o credor tem o direito de exigir a

⁴³ Philippe Le Tourneau *et al.* *Droit de la responsabilité et des contrats*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 738.

⁴⁴ A classificação recebeu duras críticas também no Brasil, onde parte da doutrina chegou a defender o seu “abandono puro e simples” (cf. Miguel Kfourri Neto. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002, p. 226).

⁴⁵ Segundo Jorge Mosset Iturraspe, na Argentina a distinção está sendo utilizada “(...) para amparar a los prestadores de servicios, atenuando el rigor de sus obligaciones” (*La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. AJURIS, v. 1. Porto Alegre, mar./1988, p. 250).

⁴⁶ Pablo Rentería. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. Coleção Prof. Rubens Limongi França, v. 9. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 1.

produção de um determinado resultado, sem o qual não se considera adimplida a obrigação. No primeiro grupo, estão as chamadas “obrigações de meios”; no segundo, as ditas “obrigações de resultado”.⁴⁷ Assim proposta, a classificação obteve logo de início grande êxito na doutrina francesa, sendo consagrada em 1936 pela Corte de Cassação, em célebre julgado relacionado à prestação de serviços médicos.⁴⁸

O exemplo mais comum de “obrigação de meios”, aventado pela doutrina, é justamente o do contrato de prestação de serviços profissionais celebrado por médicos e por advogados. É claro que o paciente que procura um médico deseja restabelecer sua saúde, assim como o litigante quer que seu advogado ganhe a causa. Tais resultados, entretanto, não são – ou pelo menos não deveriam ser – parte do pactuado. O que o paciente deve exigir é que o médico lhe dispense um tratamento adequado, diligente e conforme a ciência médica; não pode, porém, exigir que o médico proporcione a cura. Da mesma forma, o cliente não pode cobrar do advogado uma sentença que lhe seja favorável⁴⁹. Quer isto dizer, por outras palavras, que o conteúdo da obrigação não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, “os meios tendentes a produzir o resultado almejado”.⁵⁰

Na outra ponta, estão entre os exemplos de “obrigações de resultado”, via de regra, os contratos de transporte e de empreitada. No contrato de transporte de pessoas, por exemplo, se a pessoa transportada não chega incólume ao destino previsto, fica configurado o inadimplemento por parte do transportador.⁵¹ A importância da cláusula de incolumidade é tão grande, que esta obrigação é considerada inerente ao próprio contrato.⁵² Do mesmo modo, descumprido o contrato de empreitada o construtor que não produz o edifício com a segurança e as especificidades previstas no contrato. A lógica é

⁴⁷ A terminologia sofre variações de autor para autor. “Obrigações de meios” e “obrigações de resultado” foram as expressões empregadas inicialmente por Demogue. Já André Tunc preferiu as expressões “obrigações determinadas ou de resultado” e “obrigações gerais de prudência e diligência” (cf. André Tunc. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. *Revista dos Tribunais*, v. 778. São Paulo: RT, ago./2000, p. 755) e Emilio Betti adotou a terminologia “obrigações de conduta (*contegno*) e obrigações de escopo (*scopo*)” (Cf. E. Betti. *Teoria generale delle obbligazioni*. t. I, Milano, 1953, p. 65).

⁴⁸ Acórdão de 20 de maio de 1936, *Rec. Dalloz*, 1936, I, p. 88, cujo relator foi Louis Josserand.

⁴⁹ A obrigação do advogado é considerada de meio também pela jurisprudência: TR/JEC, 2ª TRC, RC 71000588673, Rel. Des. Luiz Antônio Alves Capra, j. em 03.11.2004; TJRS, 5ª CC, AC 70007974660, Rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. em 05.08.2004; TJRS, 9ª CC, AC 70008064180, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 30.06.2004; TR/JEC, 3ª TRC, RC 71000513929, Rel. Des. Maria José Schmitt Santanna, j. em 08.06.2004; TR/JEC, 3ª TRC, RC 71000508325, Rel. Des. Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, j. em 20.04.2004; TJRS, 15ª CC, Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. em 17.03.2004.

⁵⁰ Fábio Konder Comparato. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, v. 386. São Paulo: RT, ano 56, dez./1967, p. 29.

⁵¹ STJ, 3ª T, REsp 151401/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 17.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 188; STJ, 4ª T, REsp 302397/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 20.03.2001, DJ 03.09.2001, p. 228.

⁵² A matéria foi, há muito, sumulada pelo STF: “Súmula 161 - Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

a mesma: tanto o transportador quanto o construtor tinham, perante o outro contratante, um débito específico, que consistia em alcançar o fim predeterminado. “Esse fim confundia-se com a prestação devida, motivo pelo qual se dá o inadimplemento contratual, quando tal meta não é atingida”.⁵³

Contra a dicotomia, objetou-se que toda prestação comporta, de certa forma, um resultado mais ou menos determinado e que a chamada obrigação de meios pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, dependendo da previsão contratual que a estipule.⁵⁴ Um marceneiro, por exemplo, pode obrigar-se a consertar a mobília da melhor maneira possível, como pode obrigar-se a fazer o conserto com o emprego de certos materiais indicados pelo proprietário. A objeção, ao ver de ilustre doutrina, até poderia ser considerada procedente, caso se pudesse afirmar que certos contratos só comportam obrigações de meios e outros só de resultado, mas a experiência demonstra que essa rigidez sistemática, na prática, está fora de cogitação.⁵⁵ Neste último exemplo, parece evidente que os materiais empregados pelo marceneiro e exigidos pelo proprietário dos móveis que o contratou são bens tangíveis, incorporados ao resultado objetivo estipulado no contrato. A obrigação, neste caso, torna-se de resultado.

Outros exemplos também demonstram a falta de sistematicidade. Quando o médico, por exemplo, se obriga a fazer uma operação determinada, ainda não está aí prometendo um resultado, razão pela qual não há que se falar, ao menos a princípio, em obrigação de resultado, tampouco em responsabilidade objetiva do cirurgião pelo eventual desfecho desfavorável de sua intervenção. No caso da cirurgia plástica estética,

⁵³ Humberto Theodoro Júnior. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista Forense*, v. 349. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar./2000, p. 70. Também costuma ser considerada pela doutrina obrigação de resultado a do cirurgião dentista e a dos farmacêuticos (Rui Stoco. A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: RT, abr.-jun./1998, p. 205-206). Na jurisprudência, contudo, a obrigação do ortodontista é controversa. Há decisões que a consideram obrigação de resultado (TJRS, 6ª CC, AC 70008254799, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro De Oliveira, j. em 22.09.2004), mas há as que afirmam ser esta obrigação de meios (TJ-JEC, 2ª TRC, RC 71000572339, Rel. Des. Maria José Schmitt Santanna, j. em 20.10.2004). A obrigação do corretor é considerada obrigação de resultado: STJ, 4ª T, REsp 208508/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 25.06.2002, DJ 11.11.2002, p. 220; STJ, 4ª T, EDREsp 126587/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08.05.2001, DJ 10.09.2001, p. 392; STJ, 3ª T, REsp 278028/PE, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 19.12.2000, DJ 19.02.2001, p. 167.

⁵⁴ A crítica é acolhida por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, como se vê: “A distinção entre prestações de meios e prestações de resultado veio, porém, a ser objecto de crítica na doutrina. Entre nós, Gomes da Silva demonstrou o fracasso da distinção, com o argumento de que mesmo nas obrigações de meios existe a vinculação a um fim, que corresponde ao interesse do credor, e que se o fim não é obtido presume-se sempre a culpa do devedor. Efectivamente, a crítica parece proceder já que em ambos os casos aquilo a que o devedor se obriga é sempre uma conduta (a prestação), e o credor visa sempre um resultado, que corresponde ao seu interesse (art. 398.º, n.º 2). Por outro lado, ao devedor cabe sempre o ônus da prova de que realizou a prestação (art. 342.º, n.º 2) ou de que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (art. 799.º), sem o que será sujeito a responsabilidade. Não parece haver assim base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado” (*Direito das obrigações*, v. 1. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 140-141).

⁵⁵ Fábio Konder Comparato. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia*, cit., p. 26.

porém, a maioria da doutrina entende que o médico tem uma obrigação de resultado, porque se compromete a efetivamente melhorar a aparência do paciente.⁵⁶

Há, contudo, uma corrente minoritária que vem ganhando força, sustentando ser de meio a obrigação do médico também neste caso, sob o argumento de que a álea está presente em qualquer espécie de intervenção cirúrgica, pois as reações do corpo humano são, a bem da verdade, imprevisíveis sempre:

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. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco.⁵⁷

⁵⁶ Na cirurgia plástica estética, a maioria da doutrina considera a obrigação do médico uma obrigação de resultado: Sérgio Cavalieri Filho. A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor. *Revista Forense*, v. 346. Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun./1999, p. 140; Rui Stoco. A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 203; Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 70; Silvio Rodrigues. *Direito civil: responsabilidade civil*, v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252; Humberto Theodoro Júnior. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista Forense*, v. 349. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar./2000, p. 71; Alexandre Gir Gomes. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. *Revista de Direito Privado*, n.º 12. São Paulo: RT, out.-dez./2002, p. 85; Gerson Luiz Carlos Branco. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. *Revista dos Tribunais*, v. 733. São Paulo: RT, nov./1996, p. 56; Hélio Apoliano Cardoso. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: ME, 2004, p. 136; Fabrício Zamproga Matielo. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 56; Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil: responsabilidade civil*, v. 4. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90; Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 366, Rachel Sztajn. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 108. São Paulo: Malheiros, out.-dez./1997, p. 11; Ênio Santarelli Zuliani. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. *Revista dos Tribunais*, v. 811. São Paulo: RT, maio/2003, p. 49; Reynaldo Andrade da Silveira. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, v. 674. São Paulo: RT, dez./ 1991, p. 61; Carlos Ferreira de Almeida. Os contratos de prestação de serviço médico no direito civil português. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 16. São Paulo: RT, out.-dez./1995, p. 18; Dimas Borelli Thomaz Júnior. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, v. 741. São Paulo: RT, jul./1997, p. 91; Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto e Marco Antônio Gonçalves Torres. Responsabilidade civil – Parecer de auditores – Obrigações de meio e de resultado – Dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, v. 716. São Paulo: RT, jun./1995, p. 144; Renato de Lemos Manuschy. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Líber Juris Ltda, 1984, p. 17. No mesmo sentido: STJ, 3ª T, REsp 1180815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19.08.2010, DJe 26.08.2010, RT, v. 903, p. 196; STJ, 4ª T, REsp 236708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. em 10.02.2009, DJe 18.05.2009, RMP, v. 35, p. 259; STJ, 4ª T, REsp 196306/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 03.08.2004, DJ 16.08.2004, p. 261; STJ, 3ª T, REsp 81101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 13.04.1999, DJ 31.05.1999, p. 290; STJ, 3ª T, REsp 10536/RJ, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 21.06.1991, DJ 19.08.1991, p. 10993; TJRS, 10ª CC, AC 70007178304, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. em 18.03.2004; TJRS, 5ª CC, AC 70006501472, Rel. Des. Leo Lima, j. em 25.09.2003; TJRS, 5ª CC, AC 70004180808, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. em 11.09.2003; TJRS, 5ª CC, AC 70000159616, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. em 15.06.2000.

⁵⁷ Ruy Rosado de Aguiar Jr. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, v. 718. São Paulo: RT, ago./1995, p. 40. No mesmo sentido: Luís O. Adorno. La responsabilidad civil médica. *AJURIS*, v. 59.

Argumenta-se, contra essa corrente, que “(...) o surgimento de fatores corporais imprevisíveis e inesperados, a prejudicar o cumprimento do resultado estético prometido, tal como o queiloide (cicatriz aparente), não desnatura a obrigação de resultado”,⁵⁸ embora se admita que pode constituir excludente da responsabilidade do médico, quando restar configurado o rompimento donexo causal. Conforme sustenta atenta doutrina: “(...) a eventual intercorrência de fatores e reações estranhos à cirurgia não infirma a tese da obrigação de resultado do médico, eis que se postam como causas eficientes autônomas e se configuram como excludentes por romperem o nexoe tiológico”.⁵⁹

Seja como for, a regra geral é a de que a obrigação do médico é de meios, mas nada impede que, a depender do caso, venha a se tornar de resultado.⁶⁰ O mesmo ocorre em relação ao contrato de prestação de serviços advocatícios. O advogado não pode obrigar-se a ganhar o litígio para o seu cliente, porque este resultado sequer depende exclusivamente de sua competência. Tanto é que, independentemente do que for proferido na sentença, o advogado fará jus aos seus honorários, que representam a contraprestação pelos serviços prestados, e não o preço de um resultado. Sua obrigação resume-se a defender seu cliente, dando-lhe os conselhos profissionais pertinentes: “Se atuou corretamente, sem vícios, falhas ou omissões graves, ainda que tenha perdido a causa, nenhuma responsabilidade se lhe pode imputar”.⁶¹

Neste particular, surge certa dificuldade quando se estipulam honorários em função do êxito da demanda. Em realidade, se bem se atentar, o condicionamento da prestação de honorários advocatícios à vitória judicial não tem o condão de sujeitar o profissional a uma obrigação de resultado. Do contrário, a não obtenção do resultado corresponderia ao inadimplemento contratual, com a sujeição do profissional à composição das perdas

Porto Alegre, p. 224-235; Nestor José Forster. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?. *Revista dos Tribunais*, v. 738. São Paulo: RT, abr./1997, p. 88; Rosana Jane Magrini. Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista Jurídica*, n.º 280. Porto Alegre: Síntese, fev./2001, p. 80; Hildegard Taggesel Giostri. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar./2001, p. 107; José Marcelo Martins Proença e Rafael Dutra Barreiros. Cirurgia plástica estética: obrigação de meio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n.º 8. São Paulo: RT, jul.-dez./2001, p. 55. Para Sylvio Capanema, a cirurgia plástica é, em princípio, obrigação de meio, e só deve ser considerada de resultado quando há prova inequívoca de que o resultado prometido foi assegurado pelo médico, como condição da contratação (*Direito das obrigações*. Coletânea de textos CEPAD. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003, p. 46-47).

⁵⁸ Alexandre Gir Gomes. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas, cit., p. 86.

⁵⁹ Rui Stoco. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 298.

⁶⁰ Na seara médica, a doutrina ainda aponta, como obrigação de resultado, as operações de vasectomia, os exames laboratoriais, raios X, etc. (Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*, cit., p. 70).

⁶¹ Rui Stoco. A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 202.

e danos. O resultado pretendido pelo cliente não faz parte do conteúdo da obrigação, mas é, sim, condição para o pagamento dos honorários. Significa dizer, por outras palavras, que o direito aos honorários, nesta hipótese, fica submetido à superveniência de um evento futuro e incerto, sendo inteiramente independente da vontade do devedor. “O objeto da obrigação do advogado continua sendo a sua atividade diligente e perita, de forma que ele só responderá se esta não se verificar, cabendo a prova, como de regra nas obrigações de meio, ao credor”.⁶²

Aqui, entretanto, se está a pensar no mais comum dos casos, no advogado de contencioso. Em tese, é bem possível que um advogado contrate uma obrigação de resultado. Tome-se como exemplo o advogado que é contratado para auxiliar o seu cliente estrangeiro na obtenção de dupla nacionalidade. Já presente todos os requisitos legais, as partes convencionam que o conteúdo da sua obrigação é a obtenção do próprio resultado, de modo que o advogado só a terá cumprido, fazendo jus aos honorários, se tiver êxito na tarefa.

É evidente que toda obrigação comporta um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor. No entanto, nem sempre este resultado é compreendido no vínculo como elemento da prestação; às vezes, deixa de exercer a função de conteúdo da obrigação para ser, tão somente, “sua causa no sentido teleológico”.⁶³

Em realidade, toda obrigação compreende, de certa forma, dois elementos: i) um elemento objetivo correspondente ao bem ou ao resultado a ser produzido a benefício do credor, o qual não precisa ser material; e ii) um elemento subjetivo, consistente no comportamento do devedor em direção ao resultado. Em alguns casos, porém, esse resultado final não pode entrar no vínculo, porque depende de fatores estranhos à vontade do devedor, segundo o critério do que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*). Nestas hipóteses, a prestação compreende apenas um comportamento diligente e correto do devedor com vistas à obtenção do resultado. Na opinião de Fabio Comparato, é, portanto, no critério da aleatoriedade do resultado esperado que se situa o fundamento da classificação.⁶⁴

Na França, inicialmente, sustentou-se que “(...) o critério de classificação era a vontade expressa ou provável das partes, mas essa metodologia demasiadamente voluntarista

⁶² Fábio Konder Comparato. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, cit., p. 31.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ Idem, p. 33.

logo se mostrou insuficiente”.⁶⁵ A partir daí, parte da doutrina passou a acrescentar, como critério de distinção, o caráter aleatório ou, ao contrário, o caráter ‘mais ou menos’ certo do resultado desejado pelo credor. A obrigação tem por objeto este resultado quando for possível presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; se não for este o caso, o objeto da obrigação será a própria diligência do devedor que nunca terá seu sucesso assegurado. Casos há – afirmava a doutrina – em que a álea é tão relevante que não pode ficar a cargo apenas de uma simples presunção, sendo necessário considerar no objeto da obrigação a diligência do devedor, e não um determinado resultado.⁶⁶

Com o tempo, porém, também o caráter aleatório mostrou-se “insatisfatório, na medida em que a obrigação pode ser de resultado, a despeito de a realização do resultado prometido se sujeitar a fatores externos incontroláveis pelo devedor”.⁶⁷ Nessa ordem de ideias, deve-se admitir que uma relação jurídica tenha por finalidade, justamente, assegurar a uma das partes a realização de um resultado aleatório, criando, desse modo, a legítima expectativa de que a outra parte se comprometera a concretizá-lo, e não apenas a tentar realizá-lo. Por isso mesmo, faz-se imprescindível atentar para as circunstâncias do caso concreto, para as finalidades contratuais, bem como para as expectativas que despontam daquela relação contratual.

Ainda na França, sustentou-se que “a diferença entre as duas categorias de obrigações resulta das circunstâncias e não, em princípio, de uma diferença de grau ou de intensidade da obrigação”.⁶⁸ Essa diferença de circunstâncias gera efeitos práticos porque conduz “(...) a uma inversão do ônus da prova, justificada para as obrigações de resultado pela presunção de que a diligência do devedor obterá o resultado desejado”.⁶⁹ Este passou a ser considerado “o verdadeiro interesse da distinção”.⁷⁰

⁶⁵ Pablo Rentería. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 132.

⁶⁶ Nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT/1994, foi acolhida, no art. 5.4, a distinção entre obrigação de meios (*duty of best efforts*) e de resultado (*duty to achieve a specific result*). No art. 5.5, foram estabelecidos os critérios para a determinação da natureza da obrigação envolvida, se de meio ou de resultado, a saber: i) natureza da obrigação expressa no contrato; (ii) o preço ou outras condições do contrato; (iii) a álea de risco contratual; e (iv) o grau de influência do credor na execução da prestação (cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães. A obrigação de melhores esforços (*best efforts*). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 134. São Paulo: Malheiros, abr.-jun./2004, p. 10-11).

⁶⁷ Pablo Rentería. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 132.

⁶⁸ André Tunc. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. *Revista dos Tribunais*, v. 778. São Paulo: RT, ago./2000, p. 757.

⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁰ São palavras de Philippe Le Tourneau. *La responsabilité civile*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1982, p. 411. Nessa linha de raciocínio, manifestam-se alguns autores nacionais. Cf. Rui Stoco. A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 203-204, segundo o qual: “No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção é quantum satis para

O problema todo, como explica atualizada doutrina, é que o percurso histórico da classificação se confunde, em grande medida, com a própria evolução da responsabilidade civil no ordenamento francês.⁷¹ Tanto é que “(...) a pesquisa sobre a referida classificação coincide com o estudo de temas controvertidos que agitaram a doutrina e os tribunais franceses, como a superação da rígida dicotomia entre responsabilidade contratual e aquiliana, a afirmação da responsabilidade objetiva e a triunfante expansão da tutela civil dos direitos da personalidade”.⁷²

A utilidade da classificação, tal como formulada por Demogue, não consistia em justificar a diversa distribuição do ônus da prova da *culpa*, como alguns autores sustentam. Na opinião de Demogue, a natureza contratual ou extracontratual e o caráter positivo ou negativo da obrigação descumprida não interferem sobre o sistema de repartição do ônus da prova, que é o mesmo em qualquer ação de responsabilidade civil. A prova do descumprimento é que pode variar, conforme o conteúdo da obrigação: a simples prova da não realização do resultado prometido, nas obrigações de resultado, ou a difícil prova da conduta desidiosa do réu, nas obrigações de meios. Em suas palavras: “(...) o sistema da prova é o mesmo nas obrigações contratuais ou extracontratuais. Se a prova a ser produzida não é a mesma em todos os casos, isto se deve ao diverso conteúdo da obrigação”.⁷³

Note-se que toda a construção doutrinária da teoria da responsabilidade em razão do exercício de uma atividade de meio ou de resultado é inerente à responsabilidade contratual⁷⁴ e, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, essa classificação não rompe com a teoria da culpa.⁷⁵ Nem sempre o devedor responde objetivamente nas obrigações de resultado. Por vezes, porém, o que deveria “*ser un debate sobre la ‘materialidad del incumplimiento’ se convierte en un ‘debate sobre la culpa’*”; no se

empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor”. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico, cit., p. 70, para quem “o fato de ser o contrato enquadrável numa das duas referidas espécies influi sobre a definição do objeto do negócio jurídico, isto é, a configuração da prestação devida e, conseqüentemente, sobre a conceituação do inadimplemento”.

⁷¹ Pablo Rentería. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 15 e seguintes.

⁷² Idem, ob. cit., p. 10.

⁷³ René Demogue. *Traité des obligations en general*. T. 5. Paris: Librairie A. Rousseau, 1925, p. 543 e seguintes.

⁷⁴ Há vozes em sentido contrário. Para Joseph Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*. Paris: LGDJ, 1965, p. 35-38, a teoria das obrigações de meio e de resultado também tem aplicação na esfera extracontratual.

⁷⁵ Diversamente, dentre outros, Sylvio Capanema, o qual entende que “na obrigação de meio a responsabilidade se afere pela teoria subjetiva: o credor terá de provar que o devedor foi culpado, mas na obrigação de resultado, a responsabilidade civil do devedor é objetiva, daí ser a culpa presumida, e ele terá de fazer prova contrária” (*Direito das obrigações*, cit., p. 46).

*trata de demostrar imprudencias, negligencias o impericias; se trata, sí, de probar la realización – o la falta – de actividad diligente debida”.*⁷⁶

Indaga-se, em sede doutrinária, como se justifica a obrigação de resultado, atribuída ao cirurgião plástico estético, em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais. Esta questão, entretanto, só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva, o que parece tratar-se de um equívoco. O Código de Defesa do Consumidor, conforme esclarece Sérgio Cavalieri, “(...) não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa”.⁷⁷

A classificação tampouco tem relevância no que diz respeito à distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade movidas pelos credores em face dos devedores responsáveis pelo descumprimento ou execução contratual defeituosa. A rigor, a distinção entre obrigação de meios e de resultado somente interfere no conteúdo da obrigação, dificultando ou facilitando a prova do inadimplemento – e não da culpa –, conforme o caso, mas sem a inverter. Nas obrigações de meios, cabe ao credor, vítima do dano, a prova do inadimplemento, ao passo que, nas obrigações de resultado, o “credor encontra-se em posição mais cômoda, pois, uma vez provado o descumprimento, cabe ao devedor demonstrar que fatos a si não imputáveis impossibilitaram o cumprimento do avençado”.⁷⁸

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que admite expressamente a inversão do ônus probatório em favor do consumidor (art. 6º, VIII), restou superado o entendimento segundo o qual, nas obrigações de meios, o ônus da prova do inadimplemento caberia sempre ao credor. Assim, tomado o cirurgião plástico novamente como exemplo, pode-se dizer que, na ausência do resultado objetivamente esperado, o inadimplemento fica demonstrado, mas sua responsabilidade será subjetiva, ainda que sua obrigação seja considerada de resultado. Isto significa que a não obtenção do resultado já será prova suficiente do inadimplemento, o que pode ser afastado pelo médico, invocando, por exemplo, um caso fortuito ou de força maior, que rompe o nexo de causalidade e afasta a culpa de sua conduta. Assim, aplicando-se o

⁷⁶ Jorge Mosset Iturraspe. *La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios*, cit., p. 251.

⁷⁷ Sérgio Cavalieri Filho. *A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor*, cit., p. 141.

⁷⁸ Pablo Rentería. *Obrigações de meios e de resultado*, cit., p. 133.

CDC, e independentemente de se tratar de obrigação de meios ou de resultado, caberá ao médico fazer a prova em contrário para demonstrar que a obrigação foi cumprida – para o que será fundamental saber se a obrigação é de meios ou de resultado – ou que o inadimplemento não pode ser-lhe atribuído.⁷⁹

Seja como for, a tendência atual do direito das obrigações é a de atenuar a distinção entre obrigação de meios e de resultado. A par de outras funções, o princípio da boa-fé objetiva impõe às partes da relação contratual não só o dever de cumprir, mas também o de facilitar o cumprimento das obrigações. Daí ter se afirmado que “(...) ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor”.⁸⁰

A distinção, entretanto, permanece útil para delimitar a prestação da obrigação e, assim, a própria definição de inadimplemento, que ocupa posição central no direito contratual. Deve-se invocá-la toda vez em que se mostrar necessário averiguar, no caso concreto, a responsabilidade contratual do devedor ou para determinar, nos contratos sinalagmáticos, se o devedor tem direito à contraprestação ajustada. Para os profissionais liberais, revela-se importante para demarcar, precisamente, o alcance das prestações que, em muitos casos, são ajustadas apenas verbalmente.

6. Conclusão

O conceito jurídico de profissional liberal, como aliás ocorre com os conceitos jurídicos em geral, adaptou-se ao longo do tempo para se amoldar às necessidades sociais. Apesar disso, o *status* de profissional liberal – cuja importância, na atualidade, é

⁷⁹ Em relação aos prestadores de serviços em geral, com exceção evidentemente dos profissionais liberais, a distinção entre obrigação de meios e de resultado mostra-se menos relevante, uma vez que o CDC, além de inverter o ônus probatório a favor do consumidor, lhes impôs também a responsabilidade objetiva. Dessa forma, embora essa classificação não interfira na natureza da responsabilidade – se objetiva ou subjetiva –, quer na obrigação de meios, quer na obrigação de resultado, responderá o prestador de serviço pelo dano causado, independentemente da verificação de culpa e, muitas vezes, da própria comprovação do inadimplemento, o que leva Rui Stoco a afirmar que “(...) o Código de Defesa do Consumidor rompeu, em parte, com a teoria do resultado, no que pertine aos prestadores de serviços, exceto, porém, com relação aos profissionais liberais e aos hospitais, em que a teoria mantém eficácia plena, harmonizando-se com a disposição contida no seu art. 14, § 4º” (A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 204).

⁸⁰ Gustavo Tepedino. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: A. Alvim, J. P. de Cerqueira César e R. Rosas (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 294.

destacada pelo Código de Defesa do Consumidor – continua sendo útil, quer para diferenciá-lo dos chamados profissionais autônomos, quer para individualizá-lo por exercer uma atividade técnico-científica especializada.

Neste trabalho, definiu-se o profissional liberal como *o profissional que exerce atividade regulamentada, com conhecimento técnico-científico comprovado por diploma universitário, cujo exercício pode até ser realizado mediante subordinação, desde que esta não comprometa sua independência técnica e a relação de confiança que o vincula ao destinatário do serviço.*

O seu regime de responsabilidade civil é fundado na culpa, mesmo nas hipóteses de incidência do Código de Defesa do Consumidor e independentemente de a sua obrigação ser considerada de resultado, o que na prática bem se justifica: afinal, a formação especializada confere àquele profissional uma habilidade especial para exercer sua atividade. Para responsabilizá-lo, então, parece adequado exigir-se a comprovação de que a sua conduta fugiu dos *standards* normalmente adotados por aqueles profissionais em hipóteses similares.

A classificação que difere as obrigações de meios das de resultado demarca, para os profissionais liberais, o alcance das suas prestações (e, assim, a própria noção de inadimplemento), quase sempre ajustadas apenas verbalmente, mas não interfere na natureza da sua responsabilidade.

civilistica.com

Recebido em: 20.09.2015
Publicado a convite.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/anotacoes-sobre-a-responsabilidade-civil-do-profissional-liberal/>>. Data de acesso.