

Título : Responsabilidade Civil - Profissionais Liberais

Descrição : I - A responsabilidade civil transformada na reparação do dano

Os vocábulos responsável e responsabilidade “exprimem a idéia de equivalência de contra prestação, de correspondência” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, Da Responsabilidade Civil, Forense, 9ª ed., vol. I, p. 2, nº 1), daí porque, durante largo tempo, no país e no exterior, só podiam ser tidos como responsáveis aqueles que fôssem imputáveis e capazes, ou, como ensina JOSÉ DE AGUIAR DIAS, a responsabilidade é uma “consequência da conjugação de dois elementos: imputabilidade mais capacidade” (ob. e vol. cits., pág. 12, nº 6).

Esse é, também, o motivo de haver-se cunhado a parêmia, de índole filosófica, que se tornou célebre, de que “não há responsabilidade sem culpa”, ou, como acentuou IHERING, “sem culpa, nenhuma reparação”.

Todavia, tanto se alargou o campo da responsabilidade civil neste fim de século que a preocupação não mais é apurar a existência do binômio imputabilidade mais capacidade, mas, sim, promover, por todos os modos e meios possíveis, a reparação do dano causado à vítima pelo rompimento de um contrato ou pela prática de um ato ilícito, o que levou ALVINO LIMA a reconhecer “que a idéia do ressarcimento (do dano) prima sobre a da responsabilidade” (civil) (Da culpa ao risco, Revista Forense, vol. 83, p. 385, citado por AGUIAR DIAS, ob. e vol. cits., p. 15, nº 8), passando-se da responsabilidade fundada exclusivamente na culpa para as presunções juris tantum até chegar à responsabilidade legal ou objetiva ou do risco ou sem culpa, o que faz prevalecer, atualmente, mais a idéia de reparação do dano do que a busca do seu responsável e traz à tona a advertência, de SAVATIER, a respeito da hipertrofia da responsabilidade civil (RENÉ SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, Paris, 1939, tomo I, p. 1, nº 2, citado por AGUIAR DIAS, ob. e vol. cits., p. 11, nota 26).

II - O risco como fundamento da obrigação de reparar o dano

Para os que sustentam que, para compelir-se a alguém a reparar dano causado a outrem, se faz mister a prova da culpa, porque esse ônus deve caber à vítima, se a esta nenhuma culpa se pode atribuir?

Debruçando-se sobre o tema, os germânicos, “embora mantendo a noção de culpa determinada pelo grau de diligência do bonus pater familias, não somente nas relações contratuais, mas também nos casos da chamada responsabilidade delitual ..., se viram obrigados a admitir a responsabilidade sem culpa” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, aula proferida na EMERJ no dia 23.06.93), procurando sistematizar a doutrina do risco através: “a) do princípio do interesse ativo baseado na máxima romana *cujus commodum ejus periculum*: quem desenvolve em seu interesse uma atividade, deve sofrer as consequências dela provenientes. É a idéia de Adolfo Merkel, Unger e Rodolfo Merkel; b) do princípio da prevenção, inspirado na dificuldade da prova e na insuficiência das regras processuais no sentido de favorecê-la. Consiste em submeter a exoneração da pessoa a quem se atribui a responsabilidade à satisfação da prova de que o fato danoso se deve a causa estranha à sua atividade e à impossibilidade de ser evitada. Concepção de Rumelin; c) do princípio de equidade ou interesse preponderante, recordando a definição que Celso dava ao direito. Marton procura aperfeiçoá-la, sugerindo o princípio do maior interesse social, que retira a exclusividade ao princípio da equidade; d) do princípio da repartição do dano, que propõe a reparação do dano a cargo do seguro ou do Estado; e) do princípio do caráter perigoso, considerado falso por Marton” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *idem*, p. 2).

Mas, em verdade, foram os franceses, sobretudo pelas obras de SALEILLES e JOSERAND, os precursores da teoria objetiva, sintetizada, de forma lapidar, por RAYMOND SALEILLES nesta brilhante passagem: “qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquele que obtêm proveito da iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a

fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco". (J. AGUIAR DIAS, *ibidem*, p. 3).

LOUIS JOSSERAND, a seu turno, aprimorando a doutrina, formulou a teoria do dano injusto ou anormal como criador da responsabilidade, acentuando que o "faiseur d'actes deve responder pelas consequências de suas iniciativas" (AGUIAR DIAS, *ibidem*, p. 4).

Dois outros renomados autores contribuíram para o desenvolvimento da doutrina objetiva, tendo EMMANUEL LEVY proposto o critério da confiança, segundo o qual "somos responsáveis para com os outros na medida em que eles têm necessidade de confiar em nós para agir" (AGUIAR DIAS, *ibidem*, p. 5) e PAUL TUNC, para quem "aquele que cria o risco deve responder pelas consequências de sua realização" (*ibidem*, p. 7).

III - O dever jurídico genérico de não causar dano a ninguém

Durante séculos, imperou soberana a doutrina da responsabilidade subjetiva, segundo a qual, relembre-se, não há responsabilidade sem culpa ou sem culpa nenhuma reparação, podendo-se conceituar culpa como "a violação do dever jurídico preexistente, por falta de cuidado, ensejando dano ou lesão a outrem" (SERGIO CAVALIERI, *Responsabilidade Civil*, aula na EMERJ no dia 18.06.93).

De acordo com renomados civilistas e penalistas, são quatro os elementos da culpa: (1º) uma ação ou omissão voluntária; (2º) um resultado involuntário; (3º) um resultado previsto ou previsível e (4º) a falta de cautela, de cuidado, de diligência, sobrelevando notar que a negligência, a imperícia e a imprudência não são espécies de culpa, mas "meras formas pelas quais a falta de cuidado se exterioriza" (SERGIO CAVALIERI, *idem*, p. 4): "a negligência na falta de cautela in omittendo", quando o agente deixa de adotar a conduta adequada, deixa de fazer aquilo que devia fazer e da forma como deveria ser feito, e, por isso, dá causa a um determinado resultado contrário. A imprudência é falta de cautela in procedendo, é ação comissiva. O agente adota uma conduta não adequada, não cautelosa, para aquilo que realmente pretendia fazer. E, finalmente, a imperícia é a mesma falta de cautela naqueles casos em que se exige uma especial habilidade técnica, no exercício de alguma atividade (*idem*, p. 4).

Se a culpa se funda no dever de cautela, de cuidado, de diligência, de onde emana esse dever? Em primeiro lugar, da lei, quando, expressamente, ela prevê determinada norma de conduta, que o agente tem o dever de observar escrupulosamente, sob pena de sujeitar-se às sanções também nelas enunciadas.

Em inúmeros casos, do contrato bilateral sinalagmático, quando as partes, de comum acordo, no exercício pleno de sua capacidade civil, dispõem a respeito de seus direitos e interesses.

Há, entretanto, situações em que o dever de cuidado, de cautela, de diligência não está previsto nem na lei, nem em contrato, mas emana da ordem jurídica ou, como dizem os irmãos MAZEAUD, "do princípio geral do direito que manda respeitar as pessoas e os bens" ou, ainda, como acentua SAVATIER, "do dever jurídico genérico de não causar dano a ninguém".

IV - O princípio da culpa como fundamento genérico da reparação do dano

Como doutrina AGUIAR DIAS, "o nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade" (*ob. e vol. cit.*, p. 123), embora com convessões à responsabilidade objetiva, distinguindo, ademais, a responsabilidade contratual da extracontratual ou aquiliana, cumprindo notar que a tendência das legislações modernas é prestigiar o princípio da unidade da culpa, tendo em conta o fundamento comum da falta de cuidado, de cautela, de diligência, que caracteriza, em última análise, a noção de culpa.

Embora dissintam os autores a propósito dos caracteres peculiar à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, podendo-se dizer, com ESMEIN, que ambas se fundam na culpa, entendida como "a violação de um dever jurídico preexistente" (SERGIO CAVALIERI, p. 10), expresso em um contrato bilateral ou estabelecido por norma legal cogente ou emanado de um princípio geral do direito.

Por isso, AGUIAR DIAS leciona: "partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral

de não prejudicar ou ainda, um dever contratual. As três espécies se agrupam no título “culpa extracontratual”, e embora, decerto, menos nítidas as linhas diferenciais entre elas, esses traços distintivos persistem” (ob. e vol. cits., p. 129).

V - As obrigações de meio e as obrigações de resultado

Como ensina ORLANDO GOMES, “enquanto os direitos reais têm como objeto uma coisa, os direitos obrigacionais visam à prática de determinada ação ou omissão do sujeito passivo.

A ação, ou omissão, do devedor chama-se prestação, que é, com efeito, o objeto da obrigação” (Obrigações, Forense, 7ª ed., p, 20, nº 12), cumprindo destacar que a prestação que in casu interessa é a que tenha caráter patrimonial.

Enquanto a prestação do devedor é de dar, fazer ou não fazer, o objeto imediato do direito do credor é obter do devedor determinado comportamento, que atenda e satisfaça os direitos e interesses do credor, sendo certo que “o direito do credor não pode ter conteúdo diverso da obrigação do devedor” (ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 21, nº 12), embora, “enquanto o comportamento do devedor se há de manifestar por uma omissão ou por uma omissão, a pretensão do credor dirige-se ao resultado dessa ação ou inação, que é, precisamente, o que lhe interessa. Para compreender a discrepância, impõe-se a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultados. Correspondem as primeiras a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumprí-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido” (loc. cit.).

Para CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “nas obrigações de resultado, a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; nas de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final” (Teoria Geral das obrigações, Forense, 1986, 8ª ed., vol. II, p. 36, nº 132).

VI - A responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual

Não obstante muitos critiquem a dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade aquiliana, sustentando que não há justificativa para discipliná-las separadamente, pois os seus pressupostos são os mesmos, já que, tanto numa como noutra, têm de estar presentes (a) a culpa do agente, (b) a relação de causalidade e (c) a existência de um dano, o Código Civil delas cuida em capítulos distintos, porquanto trata, no artigo 1056, da responsabilidade de reparar perdas e danos experimentados pelo co-contratante e, no artigo 159, cuida da responsabilidade pela reparação do dano causado pelo autor do ato ilícito, embora, por vezes, como acontece no caso da responsabilidade do médico, o Código Civil a regule no capítulo dos atos ilícitos, apesar de tratar-se, segundo doutrina pacífica, de responsabilidade contratual, como veremos oportunamente.

VII - As obrigações dos profissionais liberais são de meio e têm por fundamento um contrato

Como teremos oportunidade de constatar, as obrigações que se estabelecem entre os profissionais liberais e seus clientes são oriundas de uma relação de índole contratual e têm por escopo definir uma determinada atividade concreta do profissional, não merecendo acolhida, in casu, a advertência de SAVATIER, segundo a qual há necessidade de repensar-se a responsabilidade civil, partindo do fato de que “a tomada de consciência transforma a responsabilidade numa solidariedade, pois se atribui hoje à comunidade dos homens o encargo de atenuar o mal insuportável sofrido por aqueles dos seus, que suportam certos eventos da vida” (“Comment Repenser la Conception Française Actuelle de la Responsabilité Civile”, Extrait du “Recueil Dalloz Sirey”, pág. 5), num movimento universal de proteção à vítima, pois, a doutrina do risco ou sem culpa veio procurar proteger a vítima dos perigos da mecanização e da tecnologia, não podendo estender-se aos profissionais liberais, de quem apenas pode exigir-se uma diligência de bonus pater familiae.

A - A responsabilidade do arquiteto e do engenheiro

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, “a responsabilidade pela perfeição da obra é o primeiro dever legal do todo profissional, ou firma de engenharia, arquitetura ou agronomia, sendo de se presumir que qualquer contrato de construção, particular ou pública, mesmo que não conste

de nenhuma cláusula do ajuste. Isto porque a construção civil é, modernamente, mais que um empreendimento leigo, um processo técnico de alta especialização, que exige, além de peritia artis do prático do passado, a peritia technica do profissional da atualidade.

Dessa responsabilidade não se exime o profissional ou a firma construtora, ainda que tenha seguido instruções do proprietário ou da Administração, pois não pode aplicar material inadequado ou insuficiente, nem relegar a técnica apropriada para a obra contratada nem infringir a legislação pertinente.

Diante da norma civil (artigo 1.245) e das disposições reguladoras do exercício da engenharia e da arquitetura (Lei n. 5.194, de 1966), a responsabilidade por solidez e segurança da obra é extensiva a todo construtor, qualquer que seja a modalidade contratual de construção. Em princípio a responsabilidade pela perfeição da obra e pela solidez e segurança é integral e única do construtor.

Trata-se de responsabilidade legal e de ordem pública. É originariamente do construtor, mas pode estender-se ao autor do projeto, ao fiscal e consultor da obra e até ao proprietário, quando a lesão atingir vizinhos ou terceiros, vizinhos da insegurança da obra.

Os erros de concepção ou de cálculo do projeto tornam seus autores responsáveis pelos danos deles resultantes. A responsabilidade legal do construtor decorre de sua habilitação profissional. Não se concebe que o Direito reconheça uma profissão e tolere isenções de responsabilidade de seus profissionais". ('apud"RTJESP VOL. 107, PÁG. 41).

Embora se possa alegar que eventuais danos causados por prédio mal construído que veio a desabar provocando prejuízos a terceiros devem ser imputados ao proprietário do imóvel sinistrado, a pretexto de ele haver agido com culpa in elegendo ao escolher o engenheiro-construtor, em verdade a responsabilidade pelos danos que a queda de um imóvel causar a terceiros é do engenheiro-construtor, conforme, aliás, decidiu, sabiamente, a 6ª CCTJESP, na Ap. Cív. nº 77851.1, Rel. Des. ROQUE KOMATSU, publicado na RJTJESP, Ed. Lex, vol. 107, p. 38, tendo a ementa o seguinte teor:

"PRESCRIÇÃO - Construção - Responsabilidade do engenheiro-construtor - Prazo de garantia (artigo 1.245 do Código Civil) que não se confunde com o prazo prescricional (artigo 178, § 5º, inciso IV, do Código Civil) - Recurso não provido.

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Construção - Alienação após o recebimento - Irrelevância - Responsabilidade do engenheiro-construtor que decorre de sua habilitação profissional - Aplicação do artigo 1.245 do Código Civil - Recurso não provido", só se podendo impor ao proprietário a obrigação de indenizar na hipótese do artigo 1528 do Código Civil.

B - A responsabilidade do dentista

A responsabilidade do dentista exsurge cristalina do disposto no artigo 1545 do Código Civil, que dispõe:

"Art. 1545 - Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento".

A 6ª CCTJESP, ao examinar a Ap. Cív. nº 157.103-1-SP, Rel. Des. MELO JR., publicada na RJTJESP, Ed. lex, vol. 135, p. 152, decidiu:

"INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dentista - Tratamento dentário inadequado, que resultou na opção do autor pela extração de dente com outro profissional - Inocorrência de responsabilidade do réu pela perda da capacidade mastigatória do autor - Ressarcimento apenas das despesas por este enfrentadas - Recurso provido para esse fim." (Apelação Cível n. 157.103-1 - São Paulo - Apelante: Antônio Eduardo dos Santos - Apelada: Maristela Bombonato de Carvalho),

ressaltando o Relator que o "Apelante foi negligente ao fechar o canal" (p. 152), deixando, pois, claro que a responsabilidade do dentista também é contratual e se funda na culpa.

C - Responsabilidade dos auditores e contadores

As investigações, levadas a efeito pelo Ministério Público Federal e pelo Banco Central do Brasil, das debacles do Banco Econômico e do Banco Nacional indicam que contadores e auditores dessas instituições financeiras basearam-se, para realizar seus trabalhos, na obtusa teoria do balanço estático, desenvolvida por W. Le Couture, em 1925, em detrimento do balanço dinâmico, inspirada em Schmallubach, na Alemanha, cuja preocupação é medir a produtividade e eficiência da organização empresarial, o que, para muitos, permitiu que fossem encobertas práticas fraudulentas, como ausência de lastro das operações correntes e outras manipulações, como pagamentos de contas pessoais de diretores, evasão de divisas, empréstimos a pessoas ligadas aos administradores e controladores, etc.

A responsabilidade civil de auditores independentes e empresas de auditoria é disciplinada, no atual sistema normativo brasileiro, pela Lei 6.385/76, artigo. 26, parágrafos 2º e 3º, acrescentado pela Medida Provisória nº 1.334/96.

Em virtude dos recentes acontecimentos que abalaram o mercado financeiro, acrescentou a M.P. nº 1.334/96 a possibilidade do Banco Central determinar cautelarmente, através de processo administrativo, a substituição da empresa ou do auditor contábil que haja cometido, no entender da diretoria do BC, falta grave (art. 8º, IV), assim entendidas aquelas previstas no art. 32 da Instrução Normativa nº 216 da Comissão de Valores Mobiliários, de 29/06/94.

O citado art. 26 da Lei 9385, de 1976, em seu parágrafo 2º, estabelece a responsabilidade civil dos auditores pelos prejuízos causados a terceiros por dolo ou culpa no exercício de suas funções. O parágrafo 3º, acrescentado pela medida provisória já mencionada, dispôs sobre a possibilidade do Banco Central promover processo administrativo contra os auditores e empresas de auditoria em função de “atos ou omissões em que houverem incorrido no desempenho das atividades de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”.

Na prática, a responsabilidade civil poderia configurar-se nas hipóteses elencadas na I.N. nº 216 da CVM, que, em seu art. 31, prevê a aplicação de penalidades administrativas, “sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis, quando:

- a) atuarem em desacordo com as normas legais e regulamentares que disciplinam o mercado de valores mobiliários;
- b) realizarem auditoria inepta ou fraudulenta, falsearem dados ou números ou sonegarem informações que sejam de seu dever revelar;
- c) utilizarem, em benefício próprio ou de terceiros, informações a que tenham tido acesso em decorrência do exercício da atividade de auditoria”.

A função de um auditor independente é esquadriñar as contas das companhias abertas, seguradoras, bancos ou qualquer outro tipo de empresa e fornecer subsídios aos interessados (sócios, acionistas, credores, etc.) sobre a sua real situação financeira e contábil.

Entretanto, no Brasil, as auditorias externas acabam, quase sempre, existindo apenas para satisfazer a formalidade legal que exige balanços acompanhados de pareceres independentes. Ao contrário, em outros países, como Estados Unidos e Inglaterra, empresas de auditoria e auditores independentes têm seus pareceres considerados seriamente, o que os leva, inclusive, a celebrar milionários contratos de seguro para se prevenir de eventuais indenizações, cobradas judicialmente em virtude de falhas cometidas no curso da auditoria.

Casos há, em nosso país, em que são responsabilizados contadores, auditores ou empresas de contabilidade ou auditoria por erros profissionais que cometerem no exercício de suas atividades, mas somente quando estes causam prejuízos ao cliente.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “se se houve com culpa o escritório encarregado da escrita contábil da firma, é aquele obrigado a reembolsar a esta a importância por ela paga e correspondente ao imposto de consumo, cujo ônus poderia ser transferido ao consumidor, além da correção monetária, multa e juros”(RE nº 74.108-MG, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Galoti, RTJ 62/553).

Como bem afirma Ulderico Pires dos Santos, “a culpa, que no caso é contratual, os obriga a ressarcir as perdas e danos que causarem em função dos erros cometidos no exercício de suas

especialidades, quaisquer que sejam eles, e se dos mesmos decorreram prejuízos para os seus clientes”.

Todavia, só respondem os contadores e auditores na hipótese de ficarem comprovadas as falhas técnicas, como exemplifica a ementa do acórdão do TJMG, relator o eminente Desembargador e Professor Humberto Theodoro Júnior, na Ap. Cível nº 60.385/82:

“Ação de Indenização - Contador acusado de prejudicar a empresa por recolhimento indevido de imposto de renda.

Não provada a falha técnica no trabalho do contador, não pode ele ser responsabilizado civilmente por recolhimento a maior de Imposto de Renda”.

D - Responsabilidade dos advogados

No exame da responsabilidade do advogado, é mister ter em mente que a sua atividade está regida não apenas pelas normas que disciplinam o mandato (arts. 1300 do Código Civil e 87, inciso XVIII, do antigo Estatuto da OAB), como pela legislação estatutária (arts. 87, VIII, do antigo Estatuto da OAB e 32 do atual - Lei 8906/94), devendo o intérprete debruçar-se sobre as várias etapas que compuseram a prestação de serviços profissionais do advogado para aferir se ele deve ou não ser responsabilizado pelos danos causados a seu constituinte.

Não apenas doutrinadores, juízes de diferentes instâncias e tribunais são unânimes na afirmação de que a atividade do advogado é de meio e não de resultado, como, aliás, decidiu, à unanimidade, a 1ª CCTJERJ, na Ap. Cível nº 1901/95, Rel. Des. ELLIS FIGUEIRA, cuja ementa do acórdão tem o seguinte teor:

“O advogado não contrata vitória, mas como um técnico da ciência jurídica põe seu saber e diligência a serviço do interesse de seu cliente.”

Por igual, o acórdão da 8ª CCTJERJ, Rel. Des. JOSÉ DOMINGOS MOLEDO SARTORI, no julgamento da Ap. Cív. nº 4495/89, concluiu:

“... inadimpliu o advogado a obrigação de meio que é da natureza do seu ofício e, pois, sujeitou-se a condenação ...”

É pacífica, outrossim, a orientação da doutrina e da jurisprudência, que vêem na culpa o fundamento da responsabilidade do advogado, como se extrai dos seguintes acórdãos: (1) Ap. Cív. nº 4420/94, Rel. Des. PAULO FABIÃO, da 1ª CCTJERJ: “Civil. Responsabilidade Civil. É o advogado ou qualquer outro profissional, responsável pela reparação dos danos causados aos que se utilizam de seus serviços, uma vez comprovado o dano com base na culpa”, lendo-se no corpo do acórdão: “A falta de diligência do advogado, réu, ora apelante, acarreou ao apelado, inegavelmente, prejuízo, daí o dever que tem de indenizar o dano causado, em decorrência de sua negligência”; (2) Ap. Cível nº 26.281, Rel. Des. NELSON PECEGUEIRO DO AMARAL, da 2ª CCTJERJ: “PERDAS E DANOS. São devidas, por ter o advogado agido culposamente no exercício de sua profissão, deixando de cumprir acordo homologado nos autos, pela forma ajustada, acarretando, para a sua cliente, a perda de linha telefônica, sanção essa também constante do mesmo acordo, para o caso de seu descumprimento. Apelação desprovida.

A culpa, no caso de responsabilidade do advogado, configurar-se-á, especificamente, em algumas hipóteses de infrações disciplinares contidas no artigo 34 da Lei 8906/94, quais sejam a de prejuízo causado pelo advogado, por culpa grave, a interesse confiado a seu patrocínio (inciso IX), a de abandono de causa (inciso XI) ou mesmo em casos de incidência do advogado em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional (inciso XXIV). Verificando-se a ocorrência de uma destas infrações, haverá responsabilidade civil do advogado, além das sanções disciplinares no âmbito da OAB.

Ocorre, também, a culpa quando o profissional deixar de praticar determinado ato crucial para a defesa dos interesses de seu cliente, no prazo legal, como exemplificada o Acórdão da 4ª Câmara Cível do TJERJ, Relator o Des. Décio Xavier Gama, na Ap. Cível nº 544/93, cuja ementa é esclarecedora.

“Responsabilidade Civil. Atuação de Advogado que provoca prejuízo à cliente. Deixar de promover ação em tempo hábil contra a União Federal e provocar, com isto, a prescrição do direito do cliente, resulta em prejuízo potencial que pode ser avaliado em juízo ...”

E - A responsabilidade dos médicos

A natureza contratual da responsabilidade médica, outrora bastante questionada, não mais é objeto de dúvida. Embora esteja, no Código Civil, entre o rol das hipóteses de responsabilidade aquiliana (art. 1545), não há como negar a existência de um contrato entre o profissional e o cliente, em que, na verdade, não se obriga o médico, na maioria dos casos, ao resultado satisfatório de sua atuação e sim a realizar, diligentemente, todos os atos e utilizar todos os recursos disponíveis para alcançar o fim desejado, ou seja, a cura.

Portanto, o objeto do contrato médico é, em princípio, obrigação de meios e não de resultado, devendo a vítima, deste modo, provar não ter o profissional se conduzido de forma à evitar a ocorrência do dano, ficando configurada sua culpa in omittendo ou in procedendo, de acordo com a situação concreta.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS apóia-se, neste sentido, no ensinamento de SAVATIER, segundo o qual “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. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão” (ob. e vols. cit., pág. 254, nº 114).

Ilustrando, na prática, a inoccorrência de responsabilidade do profissional quando observados os procedimentos usuais da ciência médica, o Acórdão prolatado pela E. Quinta Câmara Cível do TJESP, rel. Des. Márcio Bonilha, na Ap. Cível nº 89250-1, cuja ementa é:

“Indenização - Responsabilidade Civil - Ato ilícito - Negligência médico-hospitalar - Inoccorrência - Profissional que se utiliza de todos os meios adequados - Responsabilidade subjetiva deste que depende de prova de culpa - Contrato de meio e não de resultado - Ação improcedente - Recurso não provido”.

Esclarecendo as razões da decisão unânime, o douto relator afirma:

“O contrato que se estabelece entre o médico e o doente, ou pessoa dele encarregada, é sui generis, de meio e não de resultado: não se obriga a restituir-lhe a saúde, mas a conduzir-se com todas a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo”.

Outra decisão, proferida pela Quarta Câmara Cível do TJESP na Ap. Cível nº 118.420-1, rel. Des. Ney Almada, ementada como a seguir :

“Indenização - Responsabilidade Civil - Erro médico - Ajuizamento contra Hospital, cirurgião e anestesista - Solidariedade reconhecida - Questionamento de pormenores técnico-científicos complexos - Desnecessidade - Suficiência, para o reconhecimento da culpa, do enfoque do comportamento dos Réus, sob a ótica jurídica - Ação procedente - Recursos não providos”, estabelece a desnecessária tentativa de se “questionar pormenores técnico-científicos os mais complexos, quando a tarefa, sob a ótica jurídica imposta pela análise dos autos, restringe-se exclusivamente a focar o comportamento dos atores da cirurgia, em ordem a verificar se nele se descortina a culpa ...”.

É conclusão demasiado evidente que não cabe aos magistrados ou advogados, por absoluta falta de conhecimentos acerca da matéria, discutir a técnica médica em seus detalhes, devendo se ater apenas ao enfoque jurídico da questão.

A jurisprudência paulista traz, ainda, um exemplo de como, no caso concreto, pode ficar configurada a responsabilidade do médico, na hipótese a seguir elencada:

“Indenização - Responsabilidade Civil - Erro médico - Realização de dois exames endoscópicos com diagnósticos totalmente diferentes - Desnecessidade de prova pericial a constatar o erro do médico - Equívoco evidente - Alegação de cerceamento da defesa afastada - Recurso não provido”.

Há, entretanto, atividade médica específica que, desde o seu surgimento, vem despertando grandes controvérsias na doutrina e na jurisprudência: a cirurgia estética. Com efeito, divergem os juristas quanto a natureza desta intervenção cirúrgica, se de obrigação de meios ou de resultado.

Inicialmente, via-se na cirurgia plástica, notadamente naquela de caráter meramente estético, uma atividade moralmente condenável, decidindo-se, em determinadas hipóteses, por considerá-la verdadeiro ato ilícito, com o conseqüente rigor na apuração da responsabilidade dela decorrente.

Outrossim, mesmo aqueles que não consideravam ilícita tal prática cirúrgica entendiam não poder o profissional realizá-la apenas por puro capricho de um paciente sadio e que, quando o fizesse, estaria assumindo verdadeira obrigação de resultado. Neste sentido, o acórdão prolatado pela 2ª Câmara Cível do TJESP, Rel. Des. Ary Belfort, nos Embargos Infringentes nº 43.808-1, cuja ementa é:

“INDENIZAÇÃO - Responsabilidade Civil - Dano resultante de cirurgia estética - hipótese em que não foi atingido o resultado previsto - Condenação do réu no custeio de outra cirurgia reparadora - Embargos rejeitados.”

Sustenta o ilustre Desembargador Relator que “seguramente não se restringe à culpa a aferição de questões desta natureza (responsabilidade decorrente de cirurgia meramente estética). Mas, também, e precipuamente, pela perspectiva contratual: obriga-se, o cirurgião, a determinado resultado estético” (grifo nosso).

Atualmente, com a busca freqüente e generalizada pela boa forma e aparência física atraente, tornando inclusive famosos e dando alto prestígio social aos cirurgiões, a cirurgia estética vem sendo objeto de tratamento menos rigoroso dos tribunais.

Sintetizando tal opinião, acórdão do Estado do Rio de Janeiro, proferido pela 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível, na Ap. Cível nº 51.578, em que o Relator Ruy Octávio Domingues afirma que “a cirurgia estética faz parte do moderno sacerdócio médico ...”.

“É preciso que a jurisprudência confirme, ..., a diretriz que limita a responsabilidade do médico (inclusive a categoria do cirurgião plástico) à utilização dos meios idôneos e à ausência de negligência, imperícia e imprudência.”

“Deve a jurisprudência tranquilizar os médicos, assim como todos os profissionais que contratam o emprego de meios idôneos para fins legítimos, sem aterrorizá-los com um critério baseado no resultado ...”

Na mesma linha, outro acórdão, Rel. Des. Carpena Amorim, na Ap. Cível 1329/90, julgada pela 8ª Câmara Cível do TJERJ, que equipara as cirurgias plásticas aos outros tipos de intervenções cirúrgicas:

“Não nos parece que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, ..., quando se trata de mexer com a figura humana, além da técnica empregada pelo médico, ..., há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível.”

“Então, ninguém pode se obrigar pela realização plena de uma tarefa que, em parte, ou até em grande parte, está fora dos seus limites de atuação e deliberação”, afirmando ainda o douto desembargador que “não há cirurgia sem risco.”

Obviamente, não se pode concordar com todos esses argumentos pois, entre outros motivos, “não é problema do risco ou a incapacidade do cirurgião em garantir o resultado que define a sua responsabilidade, mas sim o fato de prometer esse resultado e não alcançá-lo” (Rui Berford Dias, Informativo Semanal da COAD nº 25/95).

Como afirma categoricamente o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “a cirurgia estética gera obrigação de resultado e não de meios ... O profissional está empenhado em proporcionar (ao cliente) o resultado pretendido, e se não tem condições de conseguí-lo, não deve efetuar a intervenção. Em conseqüência recrudescer o “dever de informação” bem como a obrigação de vigilância ...” (in Responsabilidade Civil, 6ª edição, Ed. Forense, pág. 157).

Corroborando tais afirmações, o eminente Desembargador do TJESP YUSSEF SAID CAHALI, o qual doutrina que “... quando se tratar de cirurgia estética, a responsabilidade pelo dano por ela produzido deverá ser apreciada com muito mais rigor, que nas operações necessárias à saúde e à vida do doente, pois na operação plástica estritamente estética o médico está lidando com

uma pessoa em perfeito estado de saúde que apenas deseja melhorar a aparência e com isto se sentir psicologicamente melhor. Existe, neste caso, uma obrigação de resultado que, se não alcançada, vai dar lugar a uma presunção de culpa contra o médico, com a conseqüente reversão do ônus da prova” (Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência, Ed. Saraiva, pág. 320).

Para excluir sua responsabilidade, em hipóteses similares, deverá, portanto, o médico demonstrar que as seqüelas apresentadas pela paciente não guardam relação com a cirurgia e os tratamentos que recebeu, ou, como bem estabeleceu Rui Berford Dias em seu artigo, “a isenção de responsabilidade poderia ser concedida como conseqüência do simples fato da nenhuma contribuição do médico relativamente ao resultado negativo apurado, ... provando que não faltou ao seu dever; que não foi negligente; que não se poderia exigir, no caso concreto, maior grau de previsibilidade do que o por ele adotado ..”

Concluindo, deve-se procurar garantir ao cirurgião a tranqüilidade necessária ao bom exercício do seu ofício, reprimindo-se, porém, as promessas de resultado largamente difundidas por certos profissionais, visto que, neste caso, estariam assumindo indubitavelmente a obrigação de alcançar o resultado prometido.

Autor(es) : Jorge Lobo

Publicação : 31/03/1999