

# INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

PERÍODO (trimestre 1998-2000)

Presidente: Claudia Lima Marques  
Vice-presidente: João Batista de Almeida  
Presidente: Rosana Grinberg  
Coordenador: Adalberto de Souza Pasqualotto  
Assessoria: Maria Ines Fornazaro  
Diretor: Silmara Juny de Abreu Chinelatto e Alneida  
Diretor: Rosana Vieira de Melo, Antonio Joaquim Fernandes Neto  
Diretor: Ronaldo Porto Macedo Junior  
Diretor: Nancy Andrighi, Antonio Ezequiel de Araújo Neto  
Diretor: Pesquisas e Projetos: Alberto do Amaral Junior,  
Reinaldo de Lima Lopes



Diretores de Apoio à Magistratura: Eládio Luiz da Silva Lecey, Luiz Felipe Salomão  
Diretores de Apoio ao Ministério Público: Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Marco Antonio Zanellato  
Diretores de Apoio à Advocacia Pública: Mariângela Sarubbo, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer  
Diretores de Apoio às Associações de Defesa do Consumidor:  
Dulce Soares Ponte Lima, Andrea Lazzarini  
Diretor de Assuntos Internacionais: Antonio Herman V. Benjamin  
Diretora de Apoio à Advocacia dos Consumidores: Evelena Boenning  
Diretora de Apoio aos Procons: Maria Teresa Mormillo  
Diretores da Comissão Permanente de Responsabilidade Civil do Fornecedor: Gustavo José Mendes  
Tepeдино, Silvio Luis Ferreira da Rocha  
Diretores da Comissão Permanente de Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas: Paulo Luiz Netto  
Lobo, Fides Angelica Ommati  
Diretores da Comissão Permanente de Acesso à Justiça: Rodolfo de Camargo Mancuso,  
Voltaire de Lima Moraes  
Diretores da Comissão Permanente Meio Ambiente e Consumidores:  
Ivete Senise Ferreira, Roberto Senise Lisboa  
Diretores da Comissão Permanente de Controle de Marketing: Antonio Janry  
Dall'Agno, Maria Elisabete Vilaça Lopes  
Diretor da Comissão Permanente de Concorrência: João Bosco Leopoldino da Fonseca  
Diretora da Comissão das Câmaras Técnicas: Maria Lúcia Zulske  
Diretores da Região Sul: Marcos Galiano Daros, Sandra Berenice Ferrari Turra, Márcio Campos  
Diretores da Região Sudeste: Lineu Bonora Beinado, Geraldo de Faria Martins da Costa  
Diretores da Região Nordeste: Virgílio Fernandes Macedo Junior, Raimundo Gomes de Barros  
Diretores da Região Norte: Liana Mendonça de Souza  
Diretores Regional Centro-Oeste: Orlando Perri

## CONSELHO FISCAL

Wilson C. Rodycz, Francisco José Moesch, Nildo Nery dos Santos, Carlos Alberto Salles,  
Lea Barbosa Vianna Freire, Ricardo Arnaldo Malheiros Fritza

## CONSELHO CONSULTIVO

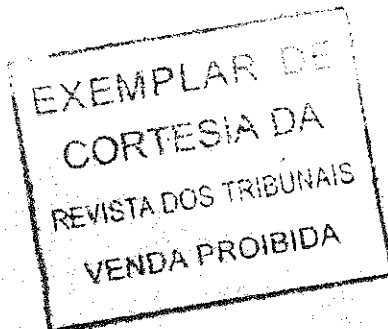
Eduardo Arruda Alvim, Marijela Lazzarini, Paulo Salvador Frontini, Thereza Celina Arruda Alvim Wambier,  
Lucia Pacifico, Sidnei Agostinho Benetti, Teresa Ancona Lopes, Antonio Carlos Marcato,  
Sima Mendes Berti, Adriano Perácio de Paula, James Marins, Deise Gogliano,  
Onélia Setúbal Queiroga, Antonio Elias Queiroga, Josué Rios, Gilberto Martins,  
Antonio Guilherme Tanger Jardim, Luciano D'Ávila, Kazuo Watanabe

ISSN 1415-7705

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

26

ABRIL/JUNHO - 1998



GLOBALIZAÇÃO, MERCADOS COMUNS E O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS. OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA E A QUESTÃO DA DEFESA DOS CONSUMIDORES

NEWTON DE LUCCA

Diretor do Brasilcon

Desde o advento do Tratado de Assunção, em março de 1991, embora convencido de que o Mercosul se apresentava como realidade irreversível no sentido de promover-se a integração econômica da América Latina frente ao fenômeno mundial da formação dos grandes blocos econômicos, em moldes até então não concebidos,<sup>1</sup> viemos

manifestando a nossa sincera e fundada preocupação de que essa tendência integracionista viesse a representar, para o consumidor brasileiro, eventual retrocesso em seus direitos e garantias conquistados.

A primeira dessas manifestações ocorreu em Buenos Aires, no dia 28.05.1993, por ocasião do IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, cujo conteúdo inevitavelmente crítico terminou por despertar até algumas reações adversas. Com efeito, naquela oportunidade, informado com pouca ou mesmo nenhuma atenção que nossas autoridades estavam emprestando à proteção aos consumidores no âmbito do Mercosul, apresentamos subsunção no sentido de que aquele IV Congresso propugnasse perante os órgãos competentes a criação de um novo Subgrupo de Trabalho do Grupo do Mercado Comum.

Esse tom áspero de nossa crítica tinha a sua razão de ser e não era isolado na doutrina. Não obstante, como era nosso dever, reduzimo-lo toda vez que as autoridades encarregadas das negociações relativas ao Mercosul, vol-

*pasado. Pero si hay diferencias fundamentales, tanto conceptuales como metodológicas, con las etapas anteriores.*

(1) Os esforços anteriores no sentido de uma integração foram claramente importantes, mas nenhum deles tanto como o Mercosul. Ao contrário do que aconteceu com outros projetos de integração latino-americanos passados, o Mercosul apresenta características muito evidentes de tornar-se um mercado realmente promissor. Tivemos a ocasião de sustentar, em outra oportunidade, que as condições existentes, na hora atual, são inteiramente diversas daquelas que, no passado, iriam determinar o sucesso dos projetos mais antigos. Como já foi assinalado, com propriedade, por Félix Peña (*El Mercosul y sus Perspectivas: Una opción por la inscripción competitiva en la economía mundial*, trabalho apresentado no Seminário sobre *Las Perspectivas de los Procesos de Integración Subregional en América Latina y América del Sur*, organizado pelo Instituto de Relaciones Europeo Latinoamericanas (IRELA), Bruxelas, dias 04 e 05.11.1991): *El Mercosul presenta, a la vez, elementos de continuidad y de innovación. Es un proceso de integración que no se inicia solo en 1991. Es la continuación de un proceso iniciado en el*

tavam suas atenções — malgrado o objetivo básico de promover-se a livre circulação de mercadorias no âmbito do Tratado de Assunção e Protocolos subsequentes — para a imprescindível defesa do consumidor, fosse pela circunstância de que houvesse, no segundo dos *considerandos* do Tratado, alusão expressa à *preservação do meio ambiente*, e igualmente, no preâmbulo, referência à melhoria das *condições de vida de seus habitantes*, fosse pela constatação inarredável de que, por mais *produtivista* que possa ser a visão integracionista do livre mercado, a proteção ao consumidor desponha necessariamente, a médio e longo prazos, como condição mesma do desenvolvimento pretendido desse mercado.

Assim, tivemos a ocasião de destacar, em várias oportunidades<sup>2</sup> — e sempre o fizemos com notória satisfação — os avanços que se operavam a respeito da matéria, tanto na disciplina jurídica do Mercosul, em termos gerais,

(2) A primeira oportunidade ocorreu aos 28.05.1993, em Buenos Aires, durante o IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, quando afirmamos: *Conquanto importantes, é claro, ditas referências corrobora o sério risco de se aterem aos limites da retórica oficial*. Voltamos ao tema, com vigor ainda maior, tanto no dia 25.05.1995, durante o V Congresso Internacional de Direito do Consumidor, em Toronto, no Canadá, como no I *Encuentro de Graduados de derecho del Mercosul*, no dia 14 de setembro do mesmo ano, em Santa Fé, na Argentina. No Brasil, igualmente, foram várias as oportunidades nas quais chamamos insistentemente a atenção para o problema, como, exemplificativamente, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo, em 18.04.1996, no Seminário Internacional “Mercosul e o Direito”, promovido por aquela entidade e no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 19 de março, no Painel “Mercosul — Uniformização da Proteção do Consumidor”.

quanto relativamente à proteção ao consumidor, em particular, principalmente após o Protocolo de Ouro Preto, muito mais um novo Tratado do que propriamente um Protocolo, como já foi oportunamente assinalado.<sup>3</sup>

Em todas essas passagens, porém, enquanto registrássemos o nosso sincero aplauso, manifestávamos igualmente a preocupação de que as intenções então reveladas no sentido da defesa do consumidor fossem transformadas, efetivamente, em medidas de caráter concreto.

Tanto assim que, numa dessas ocasiões, deixamos expressa essa nossa advertência:

*Todos nós sabemos que essas referências, conquanto importantes, poderão morrer irremediavelmente no cemitério sombrio da retórica oficial.*

O recente Projeto de Protocolo de Defesa del Consumidor del Mercosul, já aprovado pelo Ministério da Justiça no dia 29 de novembro do ano passado — e, felizmente, não assinado no dia 09 de dezembro — confirma, mais uma vez, que o nosso receio íntimo com o problema longe estava de ser infundado...

Seja-nos permitido reproduzir, a propósito, pequeno trecho de alentado trabalho de autoria da Profa. Cláudia Lima Marques,<sup>4</sup> que bem sintetiza o risco de termos o nosso país marchar contrariamente aos direitos e garantias fundamentais já constitucionalmente assegurados ao povo brasileiro pela sua Carta Magna:

*Este perigo de retrocesso, de destruição de garantias legais já conquistadas*

(3) Cf., a propósito, o excelente estudo do Prof. Vicente Marotta Rangel, intitulado *Soluções de Controvérsias após Ouro Preto, in Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, LTR, São Paulo, 1996, p. 693/694.

(4) Encaminhado ao Ministério da Justiça em novembro de 1997.

é o que pode estar, lamentavelmente, acontecendo no Mercosul no momento. Sob a desculpa de 'harmonizar' as legislações nacionais, está o Comitê Técnico n. 7 da Comissão de Comércio do Mercosul e o Grupo Mercado Comum editando um novo corpo completo de leis unificadas e uniformes para os quatro países, denominado de Protocolo de Defesa do Consumidor. Tal Protocolo planejado inicialmente e aprovado parcialmente como corpo de 'pautas básicas' ou mínimas para a 'proteção do consumidor' nos quatro mercados, parece hoje, tendo em vista os textos já aprovados, pretender ser um verdadeiro novo Código de Defesa do Consumidor, com normas unificadas e imperativas, que passarão a vigorar nos quatro países do Mercosul, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, para todos os fornecedores e consumidores.

Diante de tudo o que se pode ler no texto desse Projeto de Protocolo, não há como deixar de concordar irretiradamente com as conclusões a que chegou a retro referida professora. O retrocesso aludido é evidente. Direitos e garantias absolutamente consagrados em benefício do consumidor brasileiro - pacífico e jurisprudencial e mesmo já absorvidos pelo empresário nacional na qualidade dos produtos e serviços que oferece para o mercado - tornar-se-ão seriamente ameaçados pelas disposições desse Protocolo que, a pretexto de harmonizar as legislações dos países signatários, promove - ou, pelo menos, tenta promover - verdadeira e real unificação de normas, com novas definições de conceitos jurídicos básicos no âmbito da ordenação interna de cada país.

O método, já de si equivocado,<sup>5</sup> poderia ser inócuo se, na uniformização

<sup>5</sup> No texto do Tratado, com efeito, houve o reconhecimento expresso, constante do art.

promovida, não houvesse a revogação de direitos já adquiridos pelo consumidor brasileiro. Sucede, porém - como já foi demonstrado à exaustão no trabalho retro aludido da Profa. Cláudia Lima Marques - que o Protocolo não simplesmente harmoniza (conforme, aliás, previsto no Tratado) mas sim unifica...

Mais preocupante, no entanto, é que, nos direitos estabelecidos em favor do consumidor, essa verdadeira unificação que se está a promover encontra-se muito aquém, em termos de proteção ao consumidor, daquela que já foi alcançada pelo legislador brasileiro.

Trocando em miúdos, significa dizer, na prática, que o Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul, se aprovado, poderia representar autêntica revogação de numerosas normas do Código de Defesa do Consumidor nacional.

A utilização de *poderia* (verbo no tempo futuro do pretérito) está fundada na consideração de que a proteção do consumidor, no Brasil, não está baseada apenas na existência de um Código de Defesa do Consumidor mas antes - e principalmente - em preceitos de natureza constitucional.

Não se trata, aliás - conforme se vê corriqueiramente proclamado - de ser a proteção ao consumidor apenas um princípio da ordem econômica, segundo a disposição constante do inc. V do art. 170 de nossa CF.

Muito mais do que isso, na verdade, é que o inc. XXVII do art. 5.º, encartado entre os direitos e garantias constitucio-

1.º, no sentido de que o mercado comum implicará no compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. Harmonizar não significa, porém, unificar. Basta consultar-se o léxico. Despicienda, a nosso ver, a transcrição dos respectivos verbetes...

nais, representa uma autêntica política pública a ser obrigatoriamente perseguida pelo Poder Público de todos os níveis e em todas as suas modalidades. Como já foi agudamente acentuado pelo Prof. Fábio Konder Comparato:<sup>6</sup>

"Por outro lado, a defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (public policy). A expressão designa um programa de ação de interesse público. Como todo programa de ação, a política pública desenvolve uma atividade, i. e., uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade, imposta na lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas "normas-objetivo", cujo conteúdo, como já se disse, é um Zweckprogramm ou Finalprogramm (Cf. Koch-Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Munique, 1982, p. 85 e ss.). Quer isto dizer que os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório. É claro que a implementação desses meios exige a edição de normas - tanto leis, quanto regulamentos de Administração Pública; mas essa atividade normativa não exaure, em absoluto, o conteúdo da *policy*, ou programa de ação pública. É preciso não esquecer que esta só se realiza mediante a organização de recursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no orçamento-programa."

Nossa opinião, por diversas vezes já manifestada na mesma linha do retro mencionado professor,<sup>7</sup> sempre foi no

<sup>6</sup> Revista de Direito Mercantil n. 80, p. 66 a 75, *A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988*.

<sup>7</sup> Cf., exemplificativamente, artigo publicado do na RDM n. 85, p. 81; Revista do

sentido de que nem mesmo a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, isoladamente considerado, representaria o integral cumprimento do dispositivo constitucional em comento, pois que uma política pública não se cumpre apenas com a edição de um texto de lei e sim com uma série de ações coordenadas entre si, compreendendo a destinação de recursos materiais e humanos, conforme devidamente assinalado.

Assim, tendo em conta esses aspectos - apenas sumariamente expostos de conformidade com as Regras para a Apresentação das Teses, adremente fixadas pelo Brasilcon - permitimo-nos passar às conclusões do presente *paper*, de molde a permitir a sua votação no plenário do Congresso:

1) O Protocolo de Defesa del Mercosur, tal como se acha redigido, não deveria ser assinado pelas autoridades brasileiras, sob pena de grave risco para a proteção do consumidor no País, constitucionalmente assegurada;

2) Se o Brasil, malgrado a circunstância assinalada na proposição anterior, vier a assinar o referido Protocolo, deveria fazê-lo mediante a utilização de uma reserva segundo a qual, com relação às relações de consumo envolvendo consumidores brasileiros, não poderá haver aplicação de norma alguma desse mesmo Protocolo que contenha proteção ao consumidor mais branda do que a já garantida pelo seu Código de Defesa do Consumidor, vigente internamente em seu território;

3) Se ambas as proposições anteriores não lograrem prosperar no sentido da preservação dos direitos do consumidor - e tendo em conta que a vigência

Consumidor n. 6, p. 61 e nosso "Direito do Consumidor", Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

de tal Protocolo, no Brasil, contrariaria uma política pública constitucionalmente consagrada, conforme salientado ao longo do presente *paper* - propõe-se, finalmente, que o Brasilcon diligencie, junto a um dos legitimados pelo art. 103

da CR, para que seja proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, a pertinente ação direta de inconstitucionalidade do texto legal que vier a introduzir no ordenamento jurídico interno as disposições do retro referido Protocolo.

## 2. TESES E TRABALHOS

### RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS E O ÔNUS DA PROVA

PAULO LUIZ NETTO LÔBO

Advogado, Doutor em Direito (USP),  
Professor na UFAL e na Pós-Graduação da UFPE.

**SUMÁRIO:** 1. Âmbito da responsabilidade civil dos profissionais liberais - 2. Significação de profissional liberal - 3. O profissional liberal como fornecedor de serviços - 4. Responsabilidade do profissional por fato ou vício do serviço - 5. Culpa dos profissionais liberais - 6. Culpa presumida - 7. Inversão do ônus da prova e as hipóteses de exclusão da culpa do profissional - 8. Significado de verificação de culpa do profissional liberal - 9. Conclusões.

#### 1. Âmbito da responsabilidade civil dos profissionais liberais

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, no direito comum das obrigações, é negocial ou extranegocial. É negocial, quando a prestação do serviço tiver origem em negócio jurídico unilateral (por exemplo, prestarei o serviço x a quem realizar o fato y) ou em negócio jurídico bilateral, principalmente contrato. É extranegocial quando o serviço for prestado sem vínculo negocial direto entre o profissional liberal e o tomador dos serviços. Em ambas, a imputação ao profissional depende da existência de culpa.

É importante sublinhar essa dupla dimensão da responsabilidade dos profissionais liberais, porque a doutrina costuma localizá-la exclusivamente no contrato, no ato ilícito relativo. Todavia, a responsabilidade por ato ou omissão desses profissionais pode emergir de situações onde não há relação contratual, melhor qualificando-se como ato ilícito absoluto, ou de infração ao dever de todos de abstenção de lesar a pessoa

ou o patrimônio de outrem. É o caso do profissional liberal, empregado de alguma empresa, que, nessa condição, danifica a pessoa (v.g.: o médico) ou seu patrimônio (v.g.: o engenheiro), enquanto prestava o serviço; é, também, o caso de omissão de socorro do profissional da saúde, cujo dever de solidariedade social é imposto pelo direito.

No que respeita à responsabilidade negocial, a doutrina nem sempre aceitou a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado, para apuração da culpa e consequente imputabilidade do profissional. Em regra geral, o profissional liberal assume obrigação de meio, sendo excepcionais as obrigações de resultado. Na obrigação de meio, a contrariedade a direito reside na falta de diligência que se impõe ao profissional, considerado o estado da arte da técnica e da ciência, no momento da prestação do serviço (v.g.: o advogado que comete inépcia profissional, causando prejuízo a seu cliente; o cirurgião que deixa o corpo do paciente elemento estranho). O profissional não promete resultado, mas a utilização, com a máxima diligência

possível, dos meios técnicos e científicos que são esperados de sua qualificação. Porém, nem sempre são os meios que interessam ao tomador do serviço, porque o resultado pode ser estabelecido em lei ou no negócio jurídico.

## 2. Significação de profissional liberal

Entende-se por profissional liberal todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho. Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar. Na hipótese c) apenas estão incluídos os tipos sociais reconhecíveis. As profissões liberais são melhor identificadas quando regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado (ou fiscalizadas por entidades, com delegação estatal específica). A Constituição brasileira (art. 5.º, XIII) prevê que é livre o exercício de qualquer profissão, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Essa regra é da liberdade de profissão, sendo a regulamentação excepcional, nos casos de profissões já consolidadas e tradicionais, no interesse maior da coletividade. As mudanças econômicas e tecnológicas levam ao surgimento de novas profissões e ao fenecimento ou extinção de outras.

A expressão liberal surgiu para identificar a profissão livre, que se libertou das corporações de ofícios, no trânsito do Medievo para o Estado Moderno.

Na atualidade, o trabalho autônomo não é pressuposto da profissão liberal; o que a identifica é a independência técnica, mesmo quando o trabalho é

assalariado. No caso do advogado, a lei brasileira (art. 18 da Lei 8.906/94) assim dispõe: A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Sobre a matéria, em obra específica, escrevemos: "Entende-se por isenção técnica do advogado empregado a total autonomia quanto à correta aplicação dos atos, meios e prazos processuais, sem interferência do empregador. O advogado empregado não pode prosseguir orientação tecnicamente incorreta, mesmo quando ditada pelo empregador. Em suma, na atuação técnica o advogado deve seguir apenas sua consciência profissional e ética. Nesta área estritamente profissional, a relação de emprego não o alcança".

## 3. O profissional liberal como fornecedor de serviços

Nas relações de consumo, o profissional liberal autônomo, quando exerce sua profissão, é um fornecedor de serviços, sujeito à legislação de tutela do consumidor. É fornecedor porque exerce atividade jurídica, entendida como um complexo de atos teleologicamente orientados, tendo continuidade e duração dirigidas a um fim de produção ou circulação de produtos ou serviços. Quando exerce a profissão, em relação de emprego, não é fornecedor e não está sujeito imediatamente ao direito do consumidor, porque a atividade é exercida por seu empregador.

Ainda que o profissional liberal seja ontologicamente fornecedor, a legislação pode excluir sua atividade do regime legal de proteção do consumidor. Não é assim no direito brasileiro, cujo Código do Consumidor faz referência expressa, no art. 3.º, a "pessoa física" que "desenvolve[m] atividade" de "prestações de serviços", e no art. 14, § 4.º,

expõe a regra que tem causado perplexidade e merecerá nossa análise doravante:

"§ 4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

## 4. Responsabilidade do profissional por fato ou vício do serviço

A responsabilidade pessoal, referida no preceito citado, é relacionada ao fato do serviço, ou seja, quando o serviço causar dano à pessoa ou ao patrimônio do consumidor. A responsabilidade por vício do serviço (feito de inadequação oculto ou aparente) do profissional liberal é idêntica à dos demais fornecedores de serviços, sem qualquer restrição. E não é apenas por sua localização, no texto da lei. Regra de exceção não pode ser interpretada extensivamente, e *a fortiori*, em prejuízo do consumidor. Compreende-se que em se tratando de dano, impõe-se a verificação da culpa. Em casos tais, o dano é consequência da má execução ou da inexecução culposa do serviço devido. Contudo, o vício (salvo quando também provocar dano) não é consequência mas característica da própria execução defeituosa. A responsabilidade por vício não envolve indenização por dano nem verificação de culpa.

O princípio de defesa do consumidor estaria seriamente comprometido se, para exercer as alternativas em caso de vício do serviço (reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço), dependesse de verificação de culpa do profissional.

## 5. Culpa dos profissionais liberais

A tendência mundial da legislação de proteção do consumidor é da responsabilidade extraneogocial do fornecedor,

fazendo-se abstração do negócio jurídico que está subjacente a qualquer relação de consumo. A mudança de rumo é aguda, com relação ao direito comum das obrigações, pois neste seria enquadrada na responsabilidade negocial, orientando-se a indenização por perdas e danos do inadimplemento culposo ou do inadimplemento incompleto ou defeituoso. O direito do consumidor rompe o princípio da relatividade subjetiva das obrigações negociais, projetando uma transiência que alcança terceiros atingidos pelo dano provocado pelo produto ou serviço, não figurantes do negócio jurídico.

Outra tendência do direito do consumidor, nessa área, é a franca adoção da responsabilidade (extraneogocial) não culposa. A culpa esteve sempre no centro da construção doutrinária liberal da responsabilidade civil, como projeção do princípio da autonomia da pessoa. Hoje, com a ideologia do neoliberalismo, a culpa retoma sua força persuasiva como instrumento poderoso dos interesses empresariais de facilitação ao lucro, ainda que ao preço da transferência dos riscos para a sociedade. O argumento falacioso, tantas vezes manejado no passado, de que a irresponsabilidade do fornecedor pelos produtos que produzia ou distribuía era necessária para redução dos preços ao consumidor, e para não imibir o desenvolvimento tecnológico, não mais convence como a experiência demonstrou: os produtos mais seguros, com mais qualidade e avanço tecnológico, ao lado da legislação de proteção do consumidor, estão ficando cada vez mais baratos. Assim, surpreende que o Código do Consumidor brasileiro tenha excepcionado os profissionais liberais dessa linha de tendência, ao exigir a verificação da culpa.

Todavia, a interpretação da regra legal deve ser feita de modo a dar

cumprimento ao princípio constitucional de proteção ao consumidor (art. 170, V, da CF), ou seja, no sentido mais favorável ao consumidor, particularmente nos seguintes pontos: a) natureza da culpa; b) ônus da prova da culpa.

Ressalte-se que o Código do Consumidor não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, no art. 3.º. Também não o remeteu à responsabilidade negocial do direito comum das obrigações; sua responsabilidade é extranegocial, nas relações de consumo. Não impôs ao consumidor o ônus de provar a alegação do dano pelo fato do serviço do profissional liberal. Em suma, a ele aplicam-se 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 transubjetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviços.

No estágio atual do direito, a culpa na responsabilidade civil pode sofrer as seguintes gradações (forte, fraca e existente):

a) é requisito, sem a qual não há ilícito nem se poderá imputar responsabilidade a alguém pelo dano: responsabilidade culposa;

b) é requisito, mas presume-se existente, em determinadas situações: culpa presumida;

c) não é requisito, sendo dispensável a verificação de sua existência, bastando o dano para imputação da responsabilidade: responsabilidade não culposa.

A responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código, o que, como já acima demonstramos, não ocorreu. Também não seria hipótese de

responsabilidade não culposa, porque a lei impõe a "verificação da culpa".

## 6. Culpa presumida

A culpa presumida constitui um avanço na tendência evolutiva que aponta para a necessidade de não se deixar o dano sem reparação, interessando menos a culpa de quem o causou e mais a imputar a alguém a responsabilidade pela indenização. Situa-se a meio caminho entre a responsabilidade culposa e a responsabilidade não culposa, com esta tendo mais afinidade. Por isso, cresceram as hipóteses em que a lei, ou a jurisprudência, consideram que a culpa é presumida, cabendo ao imputável contraditá-la. O Código Civil, com toda sua carga subjetivista e de hegemonia da culpa, prevê a presunção de culpa, por exemplo, nos casos de pais, pelos filhos menores, de tutores e curadores, por seus pupilos e curatelados, e de patrão, amo e comitente, pelos subordinados e prepostos (art. 1.521, I, II e III). Pontes de Miranda ressalta a conexão entre culpa presumida e inversão do ônus da prova, ao comentar o inc. III: "Os que são apontados como devedores de reparação, no art. 1.521, III, têm o ônus da prova de não-culpa; os que o apontaram têm de dar prova de que havia o vínculo contratual entre o agente e o responsável e o dano derivasse de ato previsto no art. 1.251, III".

Com a redução do papel da culpa, a responsabilidade civil passou a assentar-se em dois requisitos fundamentais, de caráter objetivo, comuns às três espécies: a contrariedade a direito e a imputabilidade. Na responsabilidade culposa, busca-se identificar o culpado e o imputável (que nem sempre é culpado, como no caso do pai em relação ao dano cometido pelo filho menor); na responsabilidade por culpa presumida, busca-se principalmente o imputável, já

que o direito indicou o presumível culpado; na responsabilidade objetiva, busca-se exclusivamente o imputável.

Para o Código do Consumidor, havendo dano em virtude do fato do serviço, imputável (responsável) é o fornecedor, sem consideração à culpa. Sendo profissional liberal, é o responsável presumido.

Não discrepa desse entendimento, decisão do Superior Tribunal de Justiça, em interessante caso envolvendo responsabilidade de chefe de equipe médica por dano a paciente, atribuído ao anestesista que atuou na cirurgia. Diz o Acórdão que "O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção". Note-se que ficou comprovado que o serviço do anestesista não foi contratado diretamente nem pelo hospital nem pelo paciente. Teria sido hipótese de culpa presumida *in eligendo* e de responsabilidade solidária. Ficou provado que o cirurgião não teve culpa pessoal pelo dano, realizando a cirurgia com todos os procedimentos técnicos e diligência.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça demonstra a tendência em se relativizar a culpa, na responsabilidade do profissional, valendo-se do meio técnico de sua presunção. Em casos tais, a responsabilidade solidária encontra fundamentação legal expressa no Código do Consumidor (art. 7.º, parágrafo único), como bem salientou, em tese, Tereza Ancona Lopez.

## 7. Inversão do ônus da prova e as hipóteses de exclusão da culpa do profissional

O princípio da inversão do ônus da prova é um dos esteiros do sistema

jurídico de proteção do consumidor. Sem ele, a efetividade dos sistema fica comprometida. Não foi por acaso que se transformou em um dos principais alvos dos adversários do Código do Consumidor, quando o projeto de lei tramitava no Congresso Nacional.

O princípio transfere ao responsável pelo dano o ônus de provar que não foi culpado pelo dano, ou que não houve dano, ou que o culpado foi exclusivamente a vítima, ou que houve fato que pré-excluiu a contrariedade a direito. Não é novidade no direito brasileiro, como já se demonstrou à outrance, tendo o próprio Código Civil, ao início deste século, rendido-se a sua evidência, em determinadas situações de responsabilidade civil.

O Código do Consumidor, no art. 6.º, VIII, elevou a inversão do ônus da prova a direito básico do consumidor, positivando o princípio em regra geral e estruturante, a que se subordina qualquer operação hermenêutica. De um modo geral, o juiz poderá determiná-lo, mesmo quando não seja exigível, sempre que se convencer da verossimilhança das alegações do consumidor. Porém, deixa de depender do convencimento do juiz, tornando-se obrigatório, quando resultar de responsabilidade por culpa presumida ou de responsabilidade objetiva.

No caso do fornecedor de serviços, em geral, cabe-lhe o ônus da contraprova, em hipóteses que a lei delimita em *numerus clausus*:

a) não houve defeito no serviço, e, portanto, dano ao consumidor;

b) a culpa pelo defeito foi exclusivamente do consumidor;

c) o dano foi pré-excluído, uma vez que o suposto defeito decorreu da adoção de novas técnicas.

Além delas, devemos cogitar de outras hipóteses de pré-exclusão de contrariedade a direito, previstas no direito

obrigacional comum, também aplicáveis ao fornecedor de serviços, supletivamente, como o caso fortuito e a força maior, a legítima defesa e o estado de necessidade.

As hipóteses a) e c) são de natureza objetiva, não envolvendo culpa em sentido estrito. Poderiam ser enquadradas no âmbito da responsabilidade sem culpa. Na hipótese a), cuida-se de comprovar a inexistência do defeito alegado pelo consumidor; não se questiona se houve culpa ou não do fornecedor pelo possível defeito ou evento danoso. Na hipótese c), o defeito é desconsiderado (pré-excluído pela lei) porque se comprova que corresponde, em exata dimensão, à utilização de novas técnicas, segundo o estágio dos avanços tecnológicos na área específica de serviços, que não podem ser obstados por argumentos desse jaez; a culpa não desempenha qualquer papel.

A culpa aparece apenas na hipótese b), mas não em relação ao fornecedor. O defeito e o dano existem, não são objeto de controversia, mas o fornecedor inverte a imputação ao consumidor, comprovando que foi ele que os provocou, ou terceiro, por negligência, imprudência ou imperícia. A culpa exclusiva do consumidor, no caso dos serviços, é sempre mais difícil que no caso de produtos. Se, por exemplo, o serviço prestado diz respeito a segurança armada, a imprudência do consumidor de não identificar-se pode ter causado o dano.

Essas regras de inversão do ônus da prova e das hipóteses de exclusão de responsabilidade são também aplicáveis ao profissional liberal, quando figura como fornecedor de serviços.

#### 8. Significado de verificação de culpa do profissional liberal

A correta inteligência do § 4.º do art. 14 do Código do Consumidor, como

parte de todo um regime legal e jurídico específico, não pode conduzir a outro resultado, porque senão teria dito que o profissional liberal dele estaria inteiramente excluído, permanecendo sob a égide do regime comum do Código Civil, e da responsabilidade subjetiva ou culposa.

Diz o § 4.º que o profissional liberal sujeita-se ao regime do Código do Consumidor e ao princípio constitucional de proteção, mas que sua responsabilidade pessoal será apurada mediante verificação de culpa. Em outras palavras, acrescenta-se, para ele, mais uma hipótese de exclusão de responsabilidade:

d) não lhe cabe culpa pelo defeito ou dano, na prestação do serviço.

Nessa hipótese, o dano irressarcido significa exceção ao princípio da reparação integral ou de reposição da vítima à situação anterior. Não está abrangida pela hipótese b), porque nesta o fornecedor não procura liberar-se de culpa, mas sim imputá-la ao consumidor ou a terceiro.

Demonstramos acima que a situação específica do profissional liberal correspondia à responsabilidade por culpa presumida. A culpa presumida tem por efeito prático justamente a inversão do ônus da prova. É assim em todas as hipóteses consagradas no direito comum, desde quando a legislação brasileira passou a presumir a culpa do transportador. Presume-se que o profissional liberal é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *juris tantum*. Não se pode cogitar, em culpa presumida, de se atribuir o ônus da prova ao consumidor, porque tornaria ineficaz a presunção.

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

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

Não somente por essas razões do regime jurídico, mas de inteligência dos termos empregados pelo § 4.º, chega-se a essa conclusão. Quando se diz "verificação de culpa" não se diz que deve ser provada por quem alega o defeito do serviço. Diz-se que não poderá ser responsabilizado se a culpa não for "verificada" em juízo, porque o profissional conseguiu contraporá-la. Reputa-se: é inquestionável a compatibilidade desse preceito com o art. 6.º, VIII, que impõe o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova.

Não contemplaria o mandamento legal de "facilitação da defesa de seus direitos", se ao consumidor se impusesse o ônus de provar a culpa do profissional pelo defeito do serviço, que existe e não objeto de discussão, máxime em questões de elevada especialização e complexidade técnica, em desprezo ao princípio da presunção de culpa. O Superior Tribunal de Justiça já firmou jurisprudência, no mesmo sentido de facilitação da defesa, que a ação de responsabilidade por dano decorrente da prestação de serviços médicos pode ser proposta no foro do domicílio do autor, apesar dos termos do art. 14, § 4.º, do Código do Consumidor.

Cabe ao consumidor de serviço, do profissional liberal, provar a existência do serviço, ou seja, a relação de consumo entre ambos, e a existência do defeito de execução, que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao profissional liberal provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade dos demais fornecedores de serviços, que não agiu com culpa.

#### 9. Conclusões

1. A responsabilidade do profissional liberal, por fato do serviço diretamente prestado ao consumidor, depende de verificação de sua culpa presumida, sem prejuízo da inversão do ônus da prova.

2. A verificação da culpa do profissional liberal não significa ônus de prova para o consumidor, o que inviabilizaria a tutela legal. A regra do art. 4.º do art. 14 é compatível com o direito básico disposto no art. 6.º, VIII, ambos do Código do Consumidor, no sentido de assegurar ao profissional o direito de provar que não teve culpa pelo defeito e danos alegados, configurando única inteligência possível com o princípio constitucional de proteção (art. 170, VI, da Constituição brasileira).

3. A responsabilidade do profissional liberal por vício do serviço independe de verificação de sua culpa.