

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Privado

Renata Eulálio Alves

**Responsabilidade médica: reflexões à luz do
§ 4º do artigo 14 do Código de Defesa do
Consumidor, do parágrafo único do artigo 927
e do artigo 951, ambos do Código Civil**

Brasília – DF

2007

Renata Eulálio Alves

**Responsabilidade médica: reflexões à luz do
§ 4º do artigo 14 do Código de Defesa do
Consumidor, do parágrafo único do artigo 927
e do artigo 951, ambos do Código Civil**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de
Especialista em Direito Privado, no Curso
de Pós-Graduação Lato Sensu do
Instituto Brasiliense de Direito Público –
IDP.**

Orientador: Prof. Ricardo Morishita Wada

Brasília-DF

2007

Renata Eulálio Alves

**Responsabilidade médica: reflexões à luz do
§ 4º do artigo 14 do Código de Defesa do
Consumidor, do parágrafo único do artigo 927
e do artigo 951, ambos do Código Civil**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de
Especialista em Direito Privado, no Curso
de Pós-Graduação Lato Sensu do
Instituto Brasiliense de Direito Público –
IDP.**

Orientador: Prof. Ricardo Morishita Wada

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

A Deus e à minha família, especialmente, aos meus pais e irmãs.

AGRADECIMENTOS

Ninguém faz nada sozinho. Como lembrou Maximiliano, heróis não fundam nações, são meros expoentes da bravura coletiva. Da mesma forma, o presente trabalho não é resultado apenas do empenho da autora, é um somatório de esforços, que não se pode nem se deve deixar de realçá-los.

Aproveita-se, portanto, o momento para cumprir a obrigação, que como bem falou o escritor norte-americano Ambrose Gwinett Bierce, é a mais urgente de todas: a de retornar agradecimentos. Fica desde já a gratidão a todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a concretização deste trabalho: “às pessoas dos bastidores”, que ajudaram a construir a presente monografia, meu sincero Muito Obrigada!

Apesar de se correr o risco de esquecer de mencionar alguém, não por ter sido menos importante, mas porque a memória não é muito potente para lembrar de todos ao mesmo tempo, passa-se não só a listar os nomes, mas a mencionar a contribuição, pois citar nomes sem cantar-lhe os louros é insuficiente para mostrar que sem a ajuda deles o presente trabalho não teria nem mesmo sido iniciado... Se muito seria um habitante do mundo da imaginação.

A Deus, Pai Todo Poderoso, pela força ao longo do percurso: desenrolando meu pensamento quando a mente confundia tudo; estimulando quando o desânimo tentava fazer morada em mim; trazendo a Brasília, mamãe, Nilinha e Brunna, e com isso minorando a saudade que estava tamanha, a ponto de impossibilitar qualquer concentração.

Aos meus pais, por sempre incentivarem no meu crescimento e aprendizado, inclusive financiando a especialização e ajudando na feitura da monografia: papai tirando algumas dúvidas e mamãe ajudando na busca por artigos, e procurado, por diversas vezes, na bagunça das minhas coisas em Teresina, cadernos e livros que lá estavam, e que eram necessários.

Ao orientador Prof. Ricardo Wada pela atenção dispensada e pelas valiosas observações feitas.

À tia Rosinha, por ter me recebido de braço abertos em sua casa; pelas vezes que me levou para as aulas de especialização; por ter permitido que eu

fizesse do seu quarto, o meu canto de estudo, quando a “pensão” estava muito movimentada; e por ter atendido aos constantes pedidos de empréstimos de livros.

Às Bibliotecas da UNB, do STF, da UFPI e do IDP, pois sem o acervo bibliográfico das mesmas o trabalho não teria se desenvolvido. Fica aqui o agradecimento especial aos funcionários: Zé Ribamar (UFPI), Rosina (UNB) e Vanessa (IDP).

Às minhas irmãs Brunna e Vanêssa, a primeira por ter me emprestado seu notebook, e a segunda pelas dicas ao longo da monografia, bem como por ter ajudado a resolver os imprevistos que surgiram na fase final do trabalho.

À Prof. Dora Ribeiro, do Curso Gilberto Campelo Method, por ter feito o resumo em inglês, e ao Prof. Gilberto Campelo, por ter intermediado o nosso contato com a referida professora.

À tia Cacá e ao tio Ismar por terem feito o transporte Teresina-Brasília de meus livros.

À minha prima Jupira, por ter assumido a cozinha, lavando as louças nos finais de semana em que o “posto” era meu, mas a monografia não deixava.

Aos colegas da especialização Fábio, Cremilda e Luciana pelas constantes caronas ao longo do curso.

RESUMO

Com a entrada em vigor do novo Código Civil surgiram reflexões de autorizada doutrina sobre a possibilidade do parágrafo único do seu artigo 927 ser aplicado à responsabilidade médica, afastando o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, e tornando objetiva dita responsabilidade. Mas não passaram de suposições, pois o próprio Estatuto civil estabeleceu, no seu artigo 951, que ela será subjetiva. Estando, portanto, o artigo 951 do Código Civil em perfeita harmonia com o parágrafo 4º do artigo 14 da Lei consumerista. Por conseguinte, a responsabilidade médica por fato do serviço é fundada na culpa. Segundo a posição dominante na doutrina, no caso de obrigação médica de meios, a vítima, ao propor ação de indenização contra o facultativo, além de demonstrar o dano e o nexa causal entre a lesão e a conduta profissional, terá que provar o dolo, a imprudência, a negligência ou a imperícia médica, pois a culpa não se presume; desincumbindo-se de referido ônus apenas se o juiz aplicar o inciso VIII do artigo 6º da Lei consumerista, ou se a obrigação médica for de resultado. Porém, esta visão majoritária não deve prevalecer, pois a leitura mais consentânea com o espírito do Código do Consumidor é no sentido de que o parágrafo 4º do seu artigo 14 consagra sempre o caso de culpa presumida, seja a obrigação de resultado ou de meio. Presunção esta que independe do inciso VIII do artigo 6º do diploma consumerista.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Responsabilidade Médica. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Subjetiva. Responsabilidade pelo Fato do Serviço Médico. Presunção de Culpa. Inversão do Ônus da Prova.

ABSTRACT

As the New Civil Code takes effect, reflections of authorized doctrine arised about the possibility of paragraph unique of its article 927 to be applied to medical responsibility, rejecting the incise 4° of the article 14 of Consumer Defense Code, and becoming it sentence responsibility. But it was only supposition, because the civil Statute established, in its article 951, that it will be subjective. So, the article 951 of Civil Code is according to the incise 4° of the article 14 of consumer Law. Therefore, the medical responsibility by service fact is founded in blame. According to the dominant position in the doctrine, if the victim proposes indemnity action against the facultative, he is demonstrating both damage and casual nexus between the lesion and the professional conduct, so he will have to prove the deceit, the imprudence, the negligence or the medical inadequacy, because the blame doesn't presume. Accomplishing the reported onus only if the judge puts in practice the incise VIII of the article 6° of consumer Law, or if the medical duty is of result. However, this majoritary vision must not dominate because the most consentaneous reading with the Consumer Code is according to the incise 4° of its article 14 which consecrate presumed blame case no matter if the duty is of result or intermediate. This presumption doesn't depend on the incise VIII of the article 6° of consumer degree.

Key words: Civil Responsibility. Medical Responsibility. Objective Responsibility. Subjective Responsibility. Medical Service Responsibility. Presumption of Blame. Invertion of the Onus Prove.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Conceito	13
1.2 Função	14
1.3 Evolução histórica	15
1.4 Responsabilidade civil no direito pátrio	22
1.5 Espécies de responsabilidade	28
1.5.1 Responsabilidade subjetiva	28
1.5.2 Responsabilidade objetiva	29
1.6 Pressupostos da responsabilidade civil	31
1.6.1 Ato ou fato	32
1.6.2 Culpa	33
1.6.2.1 Dolo	33
1.6.2.2 Culpa <i>stricto sensu</i>	35
1.6.3 Dano	36
1.6.4 Nexo de causalidade	38
1.6.4.1 Teoria da equivalência das condições	39
1.6.4.2 Teoria da causalidade adequada	39
1.6.4.3 Teoria do dano direto e imediato	40
1.6.4.4 Teoria acolhida pelo sistema jurídico brasileiro	42
1.6.4.5 Excludentes do nexo causal	43
1.6.4.5.1 Caso fortuito ou força maior	44
1.6.4.5.2 Fato da vítima	48
1.6.4.5.3 Fato de terceiro	49
1.6.4.5.4 Cláusula de não indenização	51
2 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL E A RESPONSABILIDADE MÉDICA	53
2.1 Diálogo das fontes	54
2.2 Interpretação das normas jurídicas	64
2.2.1 Métodos de interpretação	67

2.2.1.1 Método gramatical	69
2.2.1.2 Método lógico propriamente dito	79
2.2.1.3 Método sistemático	87
2.2.1.4 Método histórico	93
2.2.1.5 Método sociológico	99
2.2.1.6 Método teleológico	103
2.2.1.7 Resultado do estudo dos processos	110
2.3 Interpretando o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil	112
2.3.1 Independentemente de culpa	113
2.3.2 Nos casos especificados em lei	116
2.3.3 Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco ao direito de outrem	117
2.4 A resposta a indagação inicial	123
3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	128
3.1 Histórico da responsabilidade médica	128
3.1.1 Nos primórdios da humanidade	129
3.1.2 Nos tempos do médico de família	132
3.1.3 A era da relação impessoal	133
3.1.4 A responsabilidade subjetiva	134
3.2 Natureza da responsabilidade médica	137
3.2.1 Responsabilidade médica contratual	140
3.3 Natureza da obrigação médica	141
3.3.1 O parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e a presunção de culpa	147
3.4 Pressupostos da responsabilidade médica	159
3.4.1 Excludentes da responsabilidade	166
3.4.2 Prova dos pressupostos	168
3.4.2.1 Inversão do ônus da prova	170
CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179
APÊNDICE	192

INTRODUÇÃO

A preocupação com a responsabilidade médica vem dos primórdios da Medicina, concretizando-se, por exemplo, em escritos históricos como o Código de Hamurabi, a Lei de Talião, a Medicina Arcaica, a Medicina Grega, etc.

Ocorre que apesar disto prevalecia o princípio de que contra o médico não se poderia argüir qualquer forma de responsabilidade culposa.

Com o passar dos anos, os imperativos de ordem pública foram se impondo e o princípio da responsabilidade profissional do médico passou a ser aceito deste que presentes os seguintes requisitos: agente legalmente habilitado para exercer a Medicina; ato lícito; culpa; dano real, efetivo e concreto; nexos causal entre ato e dano.

No Brasil, a responsabilidade civil médica era tratada pelo artigo 1545 do Código Civil de 1916. Posteriormente veio a ser estabelecida também pelo artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Ambos os dispositivos voltados para a responsabilidade subjetiva do médico, o que significa dizer que o paciente/ofendido para ver o dano reparado terá que demonstrar a culpa do médico. Prova esta que não é fácil, visto que os obstáculos são muitos: o paciente, via de regra, é um leigo em relação à ciência médica; há dificuldades em obter os prontuários médicos; existe o chamado espírito de corpo; etc. Por conta disso o que se constata, é que muitas ações não logram êxito.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 – CC/02, precisamente do parágrafo único do seu artigo 927, passou a haver no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, segundo a qual “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Diante de um dispositivo tão aberto, visualizou-se nele uma possibilidade de submeter a responsabilidade médica a tal regime, o que facilitará em muito, se real, a vida do consumidor/paciente.

O próprio Aguiar Júnior (2007) ao comentar o parágrafo único do artigo 926 do Projeto do Código Civil, que corresponde ao parágrafo único do artigo 927 do

Código Civil de 2002, já vislumbrava a probabilidade daquele dispositivo atingir os profissionais liberais.

Logo, nada mais conveniente do que examinar se aquela possibilidade é passível de concretização, ou se ela só existe no mundo das suposições.

O que se fará ao longo do presente trabalho é basicamente isto. Buscar-se-á analisar se o dispositivo em questão do novo Estatuto Civil abarca a atividade médica, passando a responsabilidade civil do médico a ser objetiva, ou não.

Para uma melhor investigação da existência de dita possibilidade, achou-se por bem dividir o trabalho em três capítulos. No Capítulo I, será feita uma análise geral da responsabilidade civil: conceito, funções, fundamentos e pressupostos. E como para entender o que se passa hoje e prever o que se passará amanhã é preciso não esquecer o passado, pois “o presente e o futuro são construídos sobre os alicerces resultantes dos fatos sociológicos que a História propicia” (GIOSTRI, 1999, p. 25), não se deixará de fazer uma abordagem da evolução do instituto da responsabilidade civil.

No Capítulo II, será examinado, antes de tudo, se norma do Código Civil pode afastar a aplicação de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. Depois será feita uma rápida abordagem sobre os métodos de interpretação, para só, então, ter início a análise do sentido e alcance do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Por fim, considerar-se-á o problema da responsabilidade civil médica (Capítulo III). Primeiramente será realizado um breve histórico, para que tenha conhecimento, ao menos superficialmente, das modificações sofridas ao longo dos séculos pela responsabilidade médica. Posteriormente, entrar-se-á em contato com a natureza da responsabilidade e da obrigação médica, bem como com os pressupostos de tal responsabilidade e sua prova.

Resta dizer que o presente trabalho não só não tem a pretensão de exaurir a matéria, como não a esgotará, e não poderia ser diferente, pois, como bem disse Lispector (2007), um tapete é feito de tantos fios que não se pode resignar a seguir um só; uma história é feita de muitas histórias e nem todas podem ser contadas. O tema, certamente, comportaria ainda extenso estudo. Muitos dos assuntos, aqui tratados de forma bem geral, como por exemplo, a questão da inversão do ônus da prova, poderiam ser objeto de monografia específica.

Porém, findo o trabalho, espera-se, ao menos, que o leitor tenha condições de diferenciar responsabilidade subjetiva da responsabilidade objetiva; responder se norma da Lei consumerista pode ter sua aplicabilidade afastada por dispositivo do Código Civil; dizer se o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 abarca os casos de responsabilidade médica; situar os limites da responsabilidade civil médica; analisar a questão da prova.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

O termo responsabilidade é oriundo do verbo latino *respondere*, que significa ter alguém se constituído garantidor de algo, devendo, pois, restituir, recompor, refazer ou ressarcir o bem sacrificado, ou seja, responder por algo.

Logo, a palavra responsabilidade tem suas raízes na *spondeo*, uma das fórmulas da *stipulatio* romana, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta: *Dare mihi spondes? Spondeo*¹.

Em se tratando do conceito de responsabilidade civil do ponto de vista jurídico, observa-se que sua redação é tarefa deveras complicada, em face da riqueza e extensão dos elementos que a compõe.

Em virtude dessa dificuldade e, principalmente, da sabedoria do velho brocardo que diz ser perigosa toda definição em direito civil, há quem preferira não conceituar.

Entre os que se aventuram em conceituar, constata-se que existe um desencontro de opiniões. Ao definir a responsabilidade civil há autores que incidem no defeito condenado pela lógica, de definir usando o mesmo vocábulo a ser definido, e falam que a responsabilidade consiste em responder. Outros ligam a noção de responsabilidade à idéia de culpa. Já outros preferem sintetizar o conceito através de uma configuração acerca do responsável. Há, ainda, os que optam por enveredar por outros rumos, centrando o conceito na importância do instituto; etc. Não chegando os autores a um acordo.

No entanto, pode-se dizer que responsabilidade civil é o dever de reparar os danos causados.

¹ Tradução: "Promete me dar? Prometo".

1.2 Função

O contato do homem com os seus semelhantes deveria ser harmonioso, livre de qualquer choque de interesses. No entanto, o conflito faz parte do organismo social. Ele está presente em todos os domínios da vida social, rompendo com a harmonia e o equilíbrio, justamente porque mesmo vivendo em sociedade, o homem pode agir de acordo com os seus interesses, e isto, não raro, acarreta choques. Conseqüentemente, danos ocorrem, questões tais como quem ressarcirá o dano e como deverá ser recomposto o *statu quo ante*, dentre outras, agitam-se, e o instituto da responsabilidade civil vem à tona para silenciar tais indagações.

A responsabilidade civil destina-se, portanto, a compensar as perdas sofridas pela vítima, ou seja, a reconstruir, na medida do possível, a situação que havia antes do fato danoso e, por conseguinte, a restaurar o equilíbrio social, a justiça.

Apesar desta ser a função mais óbvia, o escopo da responsabilidade civil não se restringe a tal finalidade, destaca-se também a função repressiva, que tem como característica ser sancionadora, punitiva. Não tem outro objetivo senão retribuir o mal causado; castigar.

Outra função é a preventiva². Teoricamente o causador do dano, uma vez responsabilizado civilmente, e os demais membros de uma sociedade uma vez observando que as pessoas são responsabilizadas pelos seus atos, estarão mais suscetíveis ao cumprimento das normas legais. Logo, por meio da responsabilidade civil busca-se desestimular a prática de violações a direitos, seja por parte do agente causador do dano, seja pelos demais integrantes de uma sociedade. Objetiva-se não só a prevenção individual, como também a geral. Daí o motivo pelo qual Lopes (1992, p. 17) afirma que a responsabilidade civil “tem um caráter que se pode dizer promocional: não deseja punir simplesmente, mas promover formas determinadas de comportamento”.

Essas funções, ao longo da história, alteram-se em predominância. Nos primórdios da responsabilidade civil, predominava a função repressiva. Hoje em dia,

² A prevenção de danos está entre os direitos básicos do consumidor consagrados no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

prevalece a função reparadora, mas vem sendo amadurecido e valorizado o aspecto preventivo.

Portanto, a responsabilidade civil constitui um instrumento de compensação, repressão e prevenção. Deste modo, não é exagero considerar a responsabilidade civil como um instituto de suma importância para a sociedade.

Importância esta que fica mais visível quando se toma consciência que a responsabilidade civil vincula-se a todos os domínios da vida social, chegando ao ponto de Dias (1997, p. 1) salientar que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”. Ademais, ela se liga a todos os ramos do direito; “todo o direito assenta na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada” (NOGUEIRA apud DINIZ, 2006, p. 5).

1.3 Evolução histórica

A velha e divulgada crença de que a teoria obrigacional e contratual representa uma ilha intocável pela evolução, tendente à perenidade, à uniformidade e à universalidade é facilmente derrubada quando se voltam os olhos para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil.

A preocupação com a responsabilidade data dos primórdios da história, de tal forma que nos mais antigos monumentos legislativos vestígios há de que o tema fora objeto de cogitação.

O Código de Hammurabi (2005), por exemplo, estabeleceu várias disposições reparatórias do dano ou prejuízo causado pelo agente do fato.

8. Se alguém roubar gado ou ovelhas, ou uma cabra, ou asno, ou porco, se este animal pertencer a um deus ou à corte, o ladrão deverá pagar trinta vezes o valor do furto; se tais bens pertencerem a um homem libertado que serve ao rei, este alguém deverá pagar 10 vezes o valor do furto, e se o ladrão não tiver com o que pagar seu furto, então ele deverá ser condenado à morte.

.....
203. Se um homem que nasceu livre bater no corpo de outro homem seu igual, ele deverá pagar uma mina em ouro.

204. Se um homem livre bater no corpo de outro homem livre, ele deverá pagar 10 shekels em dinheiro.

.....
209. Se um homem bater numa mulher livre e ela perder o filho que estiver esperando, ele deverá pagar 10 shekels pela perda dela.

Ocorre que, como bem diz o ilustre Pereira (1998b, p. 2):

O estudo da responsabilidade civil não se detém nestes sistemas, porque, se historicamente todas as noções se entrecruzam, é o Direito romano que oferece subsídios a qualquer elaboração jurídica, porque, de um modo ou de outro, foi a sabedoria romana que permitiu a criação do substracto essencial da formação dos sistemas que, nestes dois mil anos de civilização cristã, vicejam no que se denomina civilização jurídica ocidental, que eu sempre a qualifiquei de romano-cristã.

A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, a vingança pura e simples, a “justiça” feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão. Quem lesava contava com a reação imediata, automática, instintiva, desordenada e animalésca, de forma desmedida, sem levar em consideração as proporções do dano.

Essa reação, porém, observa Lima (1999), apesar de primitiva, era humana e comum a todos os povos em suas origens.

E quando, por qualquer motivo, a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita mediata. Vindita esta que, regulamentada, resultou na Lei de Talião, sintetizada nas expressões “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”.

Nesta época, a responsabilidade era objetiva, não dependia de culpa.

Com o tempo, “adquirindo novos hábitos, novas noções de comportamento, o homem se tornou muito mais sensível às seduções da riqueza e percebeu que lhe era bem mais útil, cômodo e proveitoso, e razoavelmente mais fácil do que se satisfazer com a imposição de castigos físicos ao ofensor, tirar-lhe bens materiais em pagamento da ofensa recebida” (LYRA, 1979, p. 34).

Em virtude disso, surge o sistema de composições ou compensações. Inicialmente, a composição era voluntária. A vítima ao invés de impor igual sofrimento ao agente, poderia optar por receber um resgate (*poena*), isto é, uma importância em dinheiro ou outros bens.

Apesar da possibilidade da compensação, a vingança ainda subsistia como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido (LIMA, 1999). Como ainda é a fase da vingança, não se cogitava ainda em culpa, ou não-culpa, por parte do autor do dano.

Em um estágio mais avançado de desenvolvimento, quando já existia uma soberana autoridade, a composição econômica voluntária é substituída pela

composição obrigatória e tarifada, obrigando a vítima a renunciar à vingança privada e aceitar a indenização fixada pelo Estado.

Nesta época surgem as mais esdrúxulas tarifações, tais como as previstas no Código de Manu³ e na Lei das XII Tábuas⁴.

Nesses primeiros tempos, não havia um sistema geral sobre a matéria e nem se diferenciava pena de reparação, nem responsabilidade penal de responsabilidade civil.

O estágio seguinte surge com a Lei Aquília, que abriu novos horizontes à responsabilidade civil. A referida lei estava dividida em três capítulos: o primeiro tratava da morte dos escravos e dos quadrúpedes; o segundo, da quitação por parte do credor acessório em prejuízo do credor principal; o terceiro, do *damnum injuria dataum* (dano produzido pela injúria), compreendendo as lesões causadas aos escravos ou animais e a destruição ou deterioração das coisas corpóreas. Sendo, pois, o último capítulo o mais importante, visto que é nele que se funda a origem da responsabilidade extracontratual, também denominada responsabilidade aquiliana.

Lembra Lima (1999) que a injúria a que se refere a Lei Aquília é apontada por alguns expositores da matéria, tais como Contardo Ferrini, E. Cuq, Gaston May, Girard e Ihering, como sendo o elemento caracterizador da culpa.

Outros, porém, diz Lima (1999), como Emilio Betti, Mario Conzi, Leon e Henri Mazeaud e Frederico Pezella, sustentam opinião oposta, declarando que a injúria não tinha tal alcance, e que a introdução da culpa no direito romano resultou muito mais do direito pretoriano e da jurisprudência, que da *Lex Aquilia*.

Pouco a pouco, à vista das necessidades sociais, a referida lei experimentou transformações substanciais. Suas disposições, de início, restritas apenas aos danos inferidos *corpore corpori*, e aplicável tão somente *in factum*, teve seu âmbito de atuação ampliado, passando a alcançar toda e qualquer espécie de dano extracontratual e mesmo *non corpori*. Ademais, deixaram de estar limitadas aos cidadãos romanos e passaram a alcançar até mesmo os peregrinos.

³ Art. 281^o, Livro Oitavo. Se um homem arranha a pele de uma pessoa da mesma classe que ele e faça correr sangue, deve ser condenado a cem panas de multa; por um ferimento que penetrou a carne, a seis *mikkas*; pela fratura de um osso, ao banimento.

⁴ Tábua sétima – Dos delitos – 12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo.

Assim, foi que a noção de culpa foi introduzida contra o objetivismo do direito primitivo, deixando raízes na própria Lei Aquília.

Apesar da introdução da culpa, hipóteses continuaram a existir de responsabilidade objetiva.

A idéia de culpa, plantada no direito romano, inseriu-se no conceito de responsabilidade civil por toda a Idade Média, vindo, posteriormente, a ingressar no direito moderno pelas mãos de dois dos maiores juristas franceses de todos os tempos, Domat e Pothier, que estabeleceram o princípio geral da responsabilidade civil que veio a ser expresso no Código de Napoleão⁵, modelo e inspiração de todo o direito moderno sobre o assunto⁶ (DIAS, 1997; LIMA, 1999).

Na fase contemporânea, o progresso, o desenvolvimento industrial e tecnológico, levaram ao surgimento de automóveis, aviões, energia elétrica, artefatos nucleares, aparelhos eletrônico, etc, que passaram a fazer parte da vida das pessoas, multiplicando as possibilidades de dano, dando à vida um caráter cada vez mais perigoso.

Além do mais, nesta época, a consciência jurídica inclinava-se a proteger o desenvolvimento industrial e limitava as hipóteses de reparação de danos, pois acreditavam que os eventuais danos causados pelas máquinas ou pelas indústrias constituíam um acidente inevitável, mas justificáveis em virtude dos avanços trazidos pela ciência e pela técnica (LOPES, 1992).

Transcreve-se o pronunciamento feito, em 1873, por uma Corte de Justiça do Estado de Nova Iorque:

Precisamos ter fábricas, máquinas, represas, canais e ferrovias. São exigidos pelas diversas demandas da humanidade e constituem a base de nossa civilização. Se eu tiver qualquer destas coisas em minhas terras, e não forem um distúrbio e não forem usadas de modo a se tornarem tal, não sou responsável por qualquer dano que acidental ou inevitavelmente causem ao meu vizinho.

Ele recebe sua compensação por um tal dano pelo bem geral, de que participa, e pelo direito que tem de fazer as mesmas coisas nas suas terras. (apud LOPES, 1992, p. 20).

Para completar, a teoria clássica da responsabilidade civil, fundada na idéia da culpa e o ônus probatório cabendo à vítima – geralmente pessoas

⁵ Art. 1382, Código Civil francês. Qualquer fato humano que cause a outrem um dano obriga o culpado a repará-lo.

⁶ Depois de assentar a regra do artigo supra, o Código Civil francês enumera nos arts. 1.384 e 1.386 caso de responsabilidade civil fora do princípio subjetivo da culpa.

economicamente mais fracas –, mostrava-se insuficiente para cobrir todos os prejuízos ocasionados por essas novas condições, acabando por desamparar as vítimas.

Impressionados com estas situações de flagrante injustiça, objetivando remediá-las e, por conseguinte, realizar a justiça – garantir os direitos das vítimas –, juristas de renome esboçaram e desenvolveram a responsabilidade sem culpa, também denominada responsabilidade objetiva.

Como adverte Pereira (1998b), a penetração e a aceitação da doutrina objetiva não ocorreram em um só momento e de uma só maneira, como se fosse nova Minerva que já nasceu armada da cabeça de Júpiter; nem seguiu rota uniforme ou gradativa até atingir o estado atual. Obedeceu à linha evolutiva dos acontecimentos.

Vários foram os processos técnicos que abriram os caminhos para a implementação da teoria objetiva. Processos esses que, segundo Silva (1974, p. 84), representaram artifícios usados para não se “dar a César o que é de César”.

Um dos mais importante foi o alargamento da própria noção de culpa. O velho adágio *In lege Aquilia et levissima culpa venit* passou a ser aplicado com maior rigor, e com isso a menor culpa passou a ser suficiente para justificar a responsabilidade.

O alargamento do conceito de culpa ocorreu também com a aplicação da teoria do abuso do direito, em que a culpa resulta do exercício abusivo do direito. A culpa antes fruto apenas do desrespeito dos limites objetivos da lei, passou a ser gerada também pela desobediência à destinação econômica ou social do direito. Assim, uma pessoa procedendo no exercício de seu próprio direito passou a poder ser responsabilizada pelo mal que eventualmente viesse a causar a outrem (ex: uso da propriedade em prejuízo do vizinho).

Outro passo rumo à doutrina objetiva foi dado com o reconhecimento de presunções de culpa – *juris tantum* e *juris et de jure*. Apesar de subsistir o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil, houve um distanciamento da teoria clássica da culpa, no que se refere ao ônus da prova. Havendo presunção de culpa *juris tantum*, ficava a vítima isenta de prová-la em juízo, cabendo ao agente causador do dano demonstrar a ausência de culpa para se

eximir do dever de indenizar. Sendo a presunção *juris et de jure*, ela seria irrefragável, impossibilitando o agente do ato danoso de produzir qualquer prova⁷.

Tais meios técnicos, bem como outros, foram determinantes para que a responsabilidade civil marchasse rumo a teoria objetiva. Concluindo Silva (1974) que eles serviram de ponte passadiça levando da culpa ao risco.

Convém ressaltar que as transformações na esfera jurídica, notadamente no setor da responsabilidade civil, não se devem apenas a multiplicação de novos riscos e novos danos. Causas outras de natureza filosófica e política contribuíram também para as mudanças: sucessão da corrente individualista pela doutrina socialista do direito.

A corrente individualista não considerava o homem tal qual de fato é: ser social por excelência, destinado a viver em sociedade. Ao contrário, partindo da idéia de que todos os indivíduos nasceram absolutamente livres e iguais em direitos, via o homem como ser isolado, perfeito, auto-suficiente, sem natural predisposição para a vida em sociedade, capaz de viver longe de todos. Em suma, endeusava-o, considerava-o abstrata e isoladamente.

Em torno dessas idéias, especialmente a de liberdade (vontade livre do homem livre), giravam normas de proteção jurídica, que consideravam o ato do homem em relação apenas ao seu sentir subjetivo, de forma que só os atos voluntários e conscientes faziam brotar a responsabilidade. Os atos involuntários, embora pudessem também acarretar prejuízos, equiparavam-se aos fatos do acaso, desobrigando as pessoas que tinham sido a causa, e abandonando a vítima à sua própria sorte.

Nos primeiros contatos com a nova realidade resultante da era mecanizada (marcha da máquina), a teoria individualista, foi se mostrando enfraquecida. Ocorreu

⁷ Em virtude disto, há quem advogue a tese de que a presunção *juris et de jure* nada mais é do que uma forma camuflada da responsabilidade objetiva. A esse respeito se pronunciou, com base em vários defensores da teoria do risco, Lima (1999, p. 75-76):

“Na verdade, porém, as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer o contrário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente.

E para comprová-lo basta indagar quais são os efeitos jurídicos de uma responsabilidade sem culpa e de uma responsabilidade fundada na presunção *juris et de jure*? Ambas levam o agente do fato danoso à reparação, sem a prova da causa do evento, sem a discussão possível sobre a ausência de culpa, que poderá até não existir, ou poderá mesmo se achar provado não existir, sem que daí resulte benefício ao autor do ato danoso. A culpa presumida, sem permitir a prova em contrário, é, sem dúvida alguma, uma simples ficção de culpa [...]”.

a ascensão da corrente do direito social, vindo, conseqüentemente, a corrente individualista a entrar em declínio.

Com a corrente socialista, o homem passou a ser focado concretamente, como ser social por natureza, e dentro do seu habitat natural, ou seja, a sociedade.

No campo do direito, no exame do ato do homem, além do sentir subjetivo da pessoa, os interesses sociais passaram a ser levado em consideração, pois o homem, como membro da sociedade, devia sempre agir de maneira harmônica e de acordo com os objetivos dela, isto é, de forma a garantir a manutenção da ordem e da paz social.

Nos últimos tempos, o homem, ao constatar que para conseguir a indenização integral e completa da vítima, o causador do dano poderia arruinar-se, tornando-se uma outra vítima, resolveu socializar a responsabilidade, e para tanto criou a figura do seguro obrigatório, que transfere o encargo de reparar o dano à comunidade (ex: seguro obrigatório para cobertura de danos pessoais em acidentes de veículos).

Mais recentemente, como bem lembra Amaral (2000), surgiu a constituição de um novo método jurídico, a análise econômica do direito, segundo a qual a responsabilidade civil teria a função não apenas de restabelecer a situação patrimonial pré-existente a lesão, como também de induzir os agentes a considerarem os danos que seus atos, ou suas omissões, podem causar a outros, e com isso, desestimular a prática de atos que produzem danos.

A idéia de desestimulação do ilícito ganha corpo no plano da determinação do valor da indenização, por meio da fixação de quantia considerável, que pese sobre o patrimônio do lesante, desencorajando-o de novas investidas no mesmo sentido.

Em virtude de certos excessos na estipulação do valor da indenização, responsável até mesmo pela quebra de empresas, formou-se reação em sentido oposto. Reação essa que levou ao entendimento de que no momento da estipulação da condenação, o julgador, além de ter em mente que o valor tem que compensar o ofendido e sancionar o lesante, deve considerar também as condições econômicas e financeiras do lesante, para que assim não sejam determinados valores incompatíveis com o desenvolvimento normal da empresa.

A teoria da responsabilidade civil, visando sempre a concreta efetivação da reação da ordem jurídica contra o lesante, não pára, está em constante construção.

1.4 Responsabilidade civil no direito pátrio

Segundo Pereira (1998b), nosso Direito pré-codificado apresenta, no que se refere à matéria da responsabilidade civil, três fases distintas.

Na primeira fase, as Ordenações do Reino mandavam aplicar o direito romano subsidiariamente ao direito pátrio, por força do art. 2º da Lei da Boa Razão de 1769.

A segunda fase, iniciada com o Código Criminal de 1830, cujo Capítulo V, intitulado “Da Satisfação” (arts. 21 a 32), estabelecia regras que, segundo Dias (1997, p. 22), ofereciam aos tribunais brasileiros “orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil”.

Assim dispunha o art. 21 do mencionado Código: “O delinqüente satisfará o dano que causar com o delito”.

Por sua vez, determinava o art. 22: “A satisfação será sempre a mais completa possível e, no caso de dúvida, a favor do ofendido. Para esse fim, o mal que resulta à pessoa do ofendido será avaliado em todas as suas partes e conseqüências”.

A tradição do Código Criminal de 1830 foi mantida pelo Código Penal de 1890 (arts. 31, 69 e 70)⁸ e pelo Código Penal de 1940 (art. 74, I, de acordo com a primitiva redação da Parte Geral, e art. 91, I, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84)⁹.

A terceira fase inaugurou-se com os trabalhos de Teixeira de Freitas. Em sua *Consolidação das Leis Civis*, ele se opõe à idéia de uma responsabilidade civil germinada com a criminal, e desenvolve o instituto da responsabilidade civil,

⁸ Art. 31. A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil.

Art. 69. A condenação do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes efeitos:

a) perda, em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o ofendido não tiver direito á restituição;

b) a obrigação de indenizar o damno;

c) a obrigação de satisfazer as despesas judiciais.

Paragrapho unico. Esta responsabilidade é solidaria, havendo mais de um condenado pelo mesmo crime.

Art. 70. A obrigação de indenizar o damno será regulada segundo o direito civil.

⁹ Art. 74. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;

Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

trazendo disposições referentes aos diversos aspectos da reparação e liquidação do dano, inclusive do *ex delicto*.

O assunto volta a ser apreciado na Nova Consolidação de Carlos de Carvalho, que alude ao instituto da responsabilidade civil, considerando independente da responsabilidade criminal, desenvolvendo a doutrina da responsabilidade indireta, o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos, dentre outras coisas.

Sob a influência dessas idéias, bem como, e principalmente, do Código Civil francês, consagrou, o Código Civil brasileiro de 1916, a teoria da culpa, consoante regra insculpida no art. 159, adotando em algumas oportunidades a teoria objetiva; que igualmente foi prevista na própria Constituição Federal – CF (art. 37, § 6º) e em leis extravagantes, como o Código Brasileiro do Ar, a Lei de Acidente de Trabalhos, o Código de Defesa do Consumidor¹⁰, entre outros diplomas.

Do exame do Código Civil de 1916, constatar-se-á que o legislador não deu a devida atenção à matéria, dedicando poucos dispositivos à responsabilidade civil, tampouco a inseriu em um único título. Tratou da matéria de forma desordenada, pois nos arts. 159 e 160 estabeleceu a regra geral da responsabilidade extracontratual ou aquiliana e algumas excludentes e, posteriormente, na Parte Especial, fixou a regra da responsabilidade contratual no art. 1.056 e dedicou dois capítulos às obrigações por atos ilícitos (arts. 1.518 a 1.532) e à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos (arts. 1.533 a 1.553).

Essa atitude, que representa um certo desleixo, foi atribuída ao fato de que, no momento de elaboração do aludido diploma, a responsabilidade civil não havia sido ainda muito desenvolvida e difundida.

Como tais razões hoje não mais se justificam, o legislador do Novo Código Civil brasileiro disciplinou em título autônomo, intitulado “Da Responsabilidade Civil” (arts. 927 a 954), sistematicamente a matéria.

O novo estatuto civil apenas consolidou normas existentes em outros diplomas legais e fartamente sufragadas pela doutrina e jurisprudência, como, por exemplo, ao acrescentar expressamente a possibilidade de indenização pelo dano moral.

¹⁰ Para Araújo Júnior, citado por Marins (1993), o Código de Defesa do Consumidor criou não um sistema de responsabilidade objetiva, mas de presunção de culpa.

Outro ponto, relevante, foi o alargamento da noção de responsabilidade. Segundo o parágrafo único do art. 927, a responsabilidade objetiva aplicar-se-á não apenas nos casos previstos em lei, como também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Trata-se de uma inovação que é aplaudida por uns¹¹, e vista com ressalvas por outros¹².

Que o referido dispositivo representa um progresso, isto não se pode negar, pois ele proporcionou a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil.

No entanto, a forma genérica como a regra foi arquitetada, apresentando em seu bojo conceitos vagos e indeterminados, como “atividade normalmente desenvolvida”, “por sua natureza” e “risco”, e não apresentando parâmetros para demarcar o sentido e alcance de tais expressões, gera uma certa preocupação, uma vez que poderá ocorrer “um elastério na interpretação deste dispositivo, levando a exageros, um ‘liberou geral’” (MIGUEL, 2003, p.17), acarretando a banalização da responsabilidade objetiva.

Convém ressaltar que a inquietude gira em torno não da introdução da cláusula geral de responsabilidade independentemente de culpa, que por sinal é algo louvável, pois permite que a responsabilidade objetiva não fique engessada no tempo. Possibilita que ela evolua, abarcando novas situações, e assim, ajuda a evitar lacunas dentro da ordenação jurídica.

A agitação decorre, sim, da forma como ela se apresenta. Caso comparada com outras cláusulas gerais presentes no ordenamento jurídico, ela se mostrará deficitária, uma vez que não é acompanhada de qualquer critério interpretativo que abalze o entendimento do aplicador sobre o dispositivo.

¹¹ Gonçalves (2006, p. 25) assim se pronuncia: “A inovação constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável”.

¹² Venosa (2003, p. 14-15) argumenta: “Esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do novo Código em matéria de responsabilidade e requererá, sem dúvida, um cuidado extremo da nova jurisprudência. [...] Essa norma da lei nova transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência de uma norma genérica nesse sentido. Melhor seria que se mantivesse nas rédeas do legislador a definição das situações de aplicação da teoria do risco”.

Deve-se, portanto, ter muita cautela na hora de aplicar a regra do parágrafo único do art. 927 do CC¹³.

A tendência objetivista da responsabilidade civil verifica-se também em outros dispositivos do Código Civil de 2002.

Foi inserido o art. 931, que não tem correspondente no Código Civil de 1916, trazendo no seu comando a responsabilidade objetiva dos empresários individuais e empresas pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação.

Situações antes consagradas como hipóteses de responsabilidade subjetiva, passaram para o regime da responsabilidade objetiva, como, por exemplo, o art. 933 (responsabilidade pelos atos praticados pelas pessoas indicadas no art. 932).

Ademais, casos de responsabilidade independentemente de culpa estabelecidos pelo Código de 1916 foram mantidos, como o art. 938 (responsabilidade de quem habita prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido)¹⁴.

Em virtude dos vários dispositivos, presentes no novo Código Civil, que tratam da responsabilidade objetiva, principalmente do parágrafo único do art. 927, surgiu, na doutrina, discussão sobre a predominância entre os sistemas de responsabilidade civil: se, na sistemática do Código Civil de 2002, pode-se, ainda, falar em responsabilidade subjetiva como regra e responsabilidade objetiva como exceção.

Cavaliere Filho (2006) e Silva (2007) abraçam a tese de que, frente às inovações introduzidas pelo Código Civil atual, como muitos casos não mais exigem a culpa para que nasça o dever de reparar o dano, o sistema geral de responsabilidade adotado passou a ser o objetivo.

Por outro lado, de acordo com Alves e Delgado (2005), Beraldo (2004), Bittar Filho (2004), Fiúza (2002), Loures e Guimarães (2002), Miguel (2003), Quintana (2004), Rodrigues (2002), Sampaio (2002), Stoco (2004), Theodoro Júnior (2003) e Venosa (2003), apesar do novo Código Civil ter ampliado o campo de aplicação da responsabilidade independentemente de culpa, a regra continua sendo da responsabilidade subjetiva. É a posição majoritária.

Em seu estudo sobre o assunto, Tartuce (2007), que acompanha a segunda corrente, arrola os seguintes argumentos:

¹³ Critérios para a aplicação do dispositivo em comento serão analisados no Capítulo 2.

¹⁴ Equivale ao art. 1529 do CC/16.

Primeiro, pela própria organização do Código, já que a parte geral traz como regra, em seu artigo 186, a responsabilização somente nos casos em que a culpa em sentido amplo estiver presente. Desse modo, para que o agente indenize o prejudicado necessária a prova do elemento culpa, ônus que cabe, regra geral, ao autor da demanda, pelo que prevê o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em reforço, cumpre lembrar que, de acordo com a ordem natural das coisas, a regra vem sempre antes da exceção. Nesse sentido, percebe-se que o art. 927, “caput”, traz primeiro a responsabilidade com culpa, estando a responsabilidade objetiva prevista em seu parágrafo único, nos casos ali taxados, justamente nas hipóteses em que não se aplica a primeira regra legal.

Segundo, porque entendemos que adotar a responsabilidade objetiva como regra pode trazer abusos, beneficiando inclusive o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado pela nova codificação, entre os artigos 884 a 886. se hoje já se fala em “indústria do dano moral”, por exemplo, imaginemos então o impacto social gerado pela adoção desse entendimento.

Terceiro e por último, apontando razão histórica, cumpre lembrar que a “lex aquilia de damno”, aprovada no III século antes de Cristo, previa época em que se tinha como regra a responsabilidade subjetiva, tendo surgido justamente em época em que se tinha como regra a responsabilidade independentemente de culpa, não aprovada pelos romanos, pelo que mostrou a prática jurisdicional.

Se a responsabilidade objetiva não foi aprovada em sua sociedade rudimentar como a da época, imaginemos o estrago que poderia gerar se fosse adotada como regra na sociedade atual, tão complexa e massificada.

Por tais razões, entendemos que a nova codificação continua adotando como regra geral a necessidade do elemento culpa para fazer surgir a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar. Isso, ao nosso ver, vai inclusive vai de acordo com o próprio princípio da socialidade, pelos caos que poderia gerar a adoção de teoria ao contrário.

No entanto, a razão parece está com Giordani (2004), Silva (2005) e Tepedino (2004), pois segundo eles, no sistema do Código Civil vigente, não há mais que se falar em regra e exceção, visto que responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva têm igual envergadura.

Nery Júnior e Nery (2005) também são adeptos da corrente em questão:

São dois os regimes jurídicos da responsabilidade civil no sistema do CC: a) responsabilidade subjetiva; b) responsabilidade objetiva. Ambas têm a mesma importância no sistema do CC, não havendo predominância de uma sobre a outra. Conforme o caso, aplica-se um ou outro regime da responsabilidade civil, sendo impertinente falar-se em regra e exceção.

A responsabilidade subjetiva não pode ser considerada regra e a objetiva exceção porque a segunda parte do parágrafo único do art. 927 traz uma cláusula geral de responsabilidade independente de culpa, que, por se viver numa sociedade de riscos, termina abarcando não um, dois ou meia dúzia de eventos, mas uma gama muito grande de hipóteses, e isso, por si só, já é suficiente para afastar o entendimento da responsabilidade objetiva como exceção. Caso a sociedade

contemporânea não se caracterizasse como uma sociedade de risco, poder-se-ia, talvez, falar em responsabilidade objetiva como exceção. O mesmo se diga na hipótese do dispositivo referido não ser tão abrangente.

A responsabilidade objetiva também não poder ser avaliada como regra dominante e a subjetiva como exceção. Porém, os argumentos levantados pela segunda corrente não servem como oposição à idéia da existência de um sistema dual sem a predominância de um regime sobre o outro. Tais fundamentos, que de certa maneira, têm raízes nas velhas objeções dos defensores da responsabilidade subjetiva, são facilmente afastados:

* Se a responsabilidade objetiva não foi aceita em sua sociedade embrionária, ela não servirá nos dias que correm: Fora o fato de não ser considerado o elemento culpa, a responsabilidade objetiva dos dias atuais não guarda qualquer relação com a responsabilidade objetiva de antanho. Se antigamente, a vingança era a idéia central, hoje, a base é a eqüidade e a solidariedade. Por conseguinte, o fato da responsabilidade objetiva dos momentos primevos ter sido, com o passar dos anos, abandonada, não significa que a responsabilidade objetiva nos moldes em que se encontra hodiernamente tenha que ser repudiada, nem que ela e a responsabilidade subjetiva não possam ocupar o mesmo patamar.

* A organização do Código: A colocação da cláusula geral de responsabilidade objetiva no parágrafo único do art. 927, que traz, no seu *caput*, a responsabilidade subjetiva, não implica na existência de uma regra e de uma exceção. A topologia da norma, por si só, não tem o condão de determina a importância de um regime, que é detectado facilmente pela análise sistemática do Código Civil de 2002. Conforme já visto, o referido diploma legal ampliou muito o campo de incidência do regime da responsabilidade objetiva, não podendo ele ser visto como exceção ao sistema da responsabilidade subjetiva.

* Geração de abusos e incentivo à “indústria do dano moral”: Não há qualquer excesso em adotar a responsabilidade objetiva como regra ou colocá-la lado a lado com a responsabilidade subjetiva, posto que isso não significa impossibilidade de qualquer defesa do suposto causador do dano. Ademais, a vítima, apesar de não ter que se preocupar com a culpa do lesante, continuará tendo que provar o ato, o dano e o nexo de causalidade. Abusos e injustiças ocorrerão nos

extremismos, ou seja, na adoção exclusiva e única de um só regime, seja ele o subjetivo ou o objetivo.

Até mesmo na regulamentação da responsabilidade civil sob o fundamento integral da teoria objetiva?

Pereira (2005, p. 562-563) responde:

Filosoficamente, a abolição total do conceito de culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação boa ou má da conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei quanto para aquele outro que age ao seu arrepio.

.....
Insurgir-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos.

Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

1.5 Espécies de responsabilidade

Embora ontologicamente o conceito seja o mesmo, a responsabilidade pode ser de várias espécies. Quanto à natureza da norma infringida pelo ato ilícito, a responsabilidade é penal (infração de norma de direito público) ou civil (violação de norma de direito privado). Quanto à espécie do direito subjetivo lesado, a responsabilidade divide-se em contratual (transgressão a um dever fruto de um contrato) e extracontratual (violação de dever imposto por lei). Quanto ao fundamento, ou seja, a existência ou não de culpa do agente, a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva.

Em virtude dos objetivos do presente trabalho, serão examinadas apenas as duas últimas responsabilidades.

1.5.1 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva ou clássica, oriunda do Império Romano, mas cuja consagração só veio a ocorrer com o advento do Código de Napoleão (1804), funda-se na culpa. Logo, para que se reconheça a obrigação de indenizar não basta

que o dano seja fruto de um comportamento humano, é necessário algo mais, ou seja, que o comportamento humano esteja qualificado pelo elemento culpa; que o autor tenha agido com culpa.

A vítima de um dano, portanto, só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente; caso contrário, como bem disse, Cavalieri Filho (2006, p. 53), “terá que conformar-se com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo”. Daí, a observação feita por De Page de que “a irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade a exceção” (apud PEREIRA, 1998b, p. 30).

O Código Civil brasileiro traz nos seus arts. 186 e 927, *caput*, a cláusula geral de responsabilidade subjetiva. Dispõe o primeiro: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Estabelece o segundo: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

1.5.2 Responsabilidade objetiva¹⁵

A teoria objetiva encontra maior sucedâneo na doutrina do risco. Em torno da idéia central do risco, surgiram várias modalidades: risco integral, risco profissional, risco proveito e risco criado.

Para os defensores do *risco integral*, todo e qualquer ato danoso, culposos ou não, acarreta responsabilidade, impondo ao agente a reparação. Esta doutrina não faz escola no âmbito do direito positivo, e recebe críticas até mesmo dos partidários da teoria do risco, pois estabelecer a obrigação de reparar diante do simples laço de causalidade seria tornar a vida insuportável. Expressam tais temores, as reflexões de Lalou, citadas por Dias (1997, p. 51):

O comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes;
o cidadão que procura casa e que, por suas relações com o proprietário do

¹⁵ A responsabilidade objetiva é normalmente chamada de “responsabilidade sem culpa”. Ocorre que é melhor não utilizar tal denominação, pois transmite a falsa idéia de que só haverá responsabilidade objetiva quando não existir culpa. Como será visto mais na frente, casos há em que mesmo existindo culpa, a responsabilidade continua sendo objetiva. Em virtude do mencionado, recomenda-se que no lugar de se falar em “responsabilidade sem culpa”, fale-se em responsabilidade que ocorre independentemente de culpa.

imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica o pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica o seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo [...]

Outra modalidade é a do *risco profissional*, segundo a qual o empregador terá a obrigação de reparar os danos ocorridos com seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele.

Há também a subespécie do *risco proveito*, fundada no princípio *ubi emolumentum, ibi ônus*. Para os partidários desta doutrina, nada é mais justo e racional do que aquele que retira proveito, ou pelo menos aja para consegui-lo, responda pelos danos causados (LIMA, 1999; LOPES, 1964).

A conceituação do proveito é imprecisa, conforme afirma Silva (1974, p. 55):

Mas como conceituar-se tal “proveito”? De maneira ampla, envolvendo toda e qualquer espécie de vantagem ou, de maneira estrita, implicando apenas ganhos de natureza econômica? Que se poderia, afinal, ter por “proveito”, sabido como é que, de uma abstenção ou mesmo de fatos negativamente econômicos em si, pode-se usufruir, não raro, algumas vantagens? E ao demais, ali onde não se pudesse demonstrar o lucro ou o proveito, não se haveria de falar, à luz de tal ensinamento, em obrigação de reparar pelos danos eventuais.

Por conta disto, os expositores desta doutrina se dispersaram.

Buscando ampliar a área do risco, alguns autores retiraram o qualitativo “proveito”, e com isso, o fundamento doutrinário da teoria da responsabilidade civil passou do risco proveito ao *risco criado*. Segundo essa teoria, todo aquele que, no exercício de suas atividade, cria risco para outrem, deve responder por suas conseqüências danosas.

Há autores que preferem sustentar a responsabilidade objetiva não com fundamento no risco, mas na anormalidade do ato. De acordo com Lima (1999), a teoria dos atos anormais, arquitetada e aplicada por Ripert para regular os distúrbios nas relações de vizinhança, fundada na distinção entre ato normal e ato anormal, sustenta que apenas este último ato cria responsabilidade civil¹⁶.

Além disso, fala Lopes (1964), que existe quem sustente, como Starck, que o problema da responsabilidade civil não reside nem na culpa e nem no risco, mas na garantia. Para ele toda idéia de responsabilidade civil está ligada a seguridade da

¹⁶ Posteriormente, lembra Lima (1999), que Ripert abandonou a teoria da garantia e voltou a defender a teoria da responsabilidade subjetiva.

vítima, de seus próprios direitos e liberdades. Assim, só há que se falar em responsabilidade quando houver violação dos direitos da vítima.

Utilizando as palavras do ilustre Lopes (1964, p. 204), conclui-se que tanto a teoria do risco, como a do ato anormal e a da garantia, todas elas não passam de aspectos de uma mesma inquietude: “como assegurar com a maior amplitude a indenização das vítimas cada vez mais numerosas de uma época em que a máquina atinge aos seus limites máximos”.

No Brasil, consoante o parágrafo único do art. 927 do CC, haverá responsabilidade objetiva nas hipóteses especificamente determinadas em lei, ou nos casos de danos resultantes do desenvolvimento de atividades perigosas.

Entre os casos impostos por lei, destacam-se: a) a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia (art. 932, I c/c art. 933, ambos do CC); b) a responsabilidade civil do patrão em relação aos seus empregados (art. 932, III c/c art. 933, ambos do CC); c) a responsabilidade civil dos fornecedores por fato dos serviços e produtos prestados ao consumidor (arts. 12, *caput*, 14, *caput*, Lei nº 8.078/90 - CDC); d) a responsabilidade civil do Estado por danos causados por seus agentes no desempenho de suas funções (art. 37, § 6º, CF).

Além dos casos previstos em lei, a responsabilidade objetiva será aplicada também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único, 2ª. parte, CC).

Como no Capítulo 2 do presente trabalho será examinado o parágrafo único do art. 927 do CC, não serão tecidos, no presente momento, comentários sobre ele.

1.6 Pressupostos da responsabilidade civil

Para o efetivo nascimento da responsabilidade civil é necessária a existência de alguns pressupostos: ato ou fato; dano; nexos de causalidade entre o comportamento e o prejuízo; e culpa.

Os três primeiros requisitos sempre serão exigidos, o mesmo não ocorrendo com a culpa, que na hipótese de responsabilidade objetiva, perde sua significação e deixa de ser o centro das atenções. Ficando, por conseguinte, a responsabilidade condicionada apenas ao ato, ao dano e ao nexa causal entre eles.

No caso de responsabilidade subjetiva, além dos três elementos acima aludidos, será exigida também a culpa.

Na falta de qualquer dos elementos exigidos para cada uma das hipóteses, não haverá responsabilidade civil.

1.6.1 Ato ou fato

O primeiro pressuposto é a existência de um ato comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, do próprio agente ou de terceiro que esteja sob a sua guarda, ou ainda de fato de animal ou coisa inanimada que lhe pertença, que cause dano a outrem e faça gerar para o lesionador a obrigação de reparar¹⁷.

A conduta do agente ou do terceiro sob a sua responsabilidade, que acarreta o dever de indenizar, pode ser exteriorizada por meio de uma ação ou omissão.

Para configuração da responsabilidade por ação é necessário um comportamento comissivo (positivo) danoso, ou seja, a prática de um ato que acarrete prejuízo a outrem, como o disparo de arma de fogo por A, atingindo e ocasionando a morte de B.

Por outro lado, para que a omissão tenha relevância jurídica, acarretando a responsabilidade por omissão, não basta um comportamento negativo danoso. É preciso algo mais: a existência do dever jurídico de agir, de praticar determinado ato, de não se abster de realizá-lo. Dever esse que pode decorrer de lei, convenção ou até mesmo de conduta anterior do omitente.

Portanto, se o indivíduo não agiu quando devia agir e, por conseguinte, não evitou o resultado, terá cooperado com o evento, e responderá por ele.

Como exemplo de responsabilidade por omissão, cita-se o caso do salva-vidas que vendo uma pessoa se afogando no mar, nada faz, permanece inerte.

¹⁷ A pessoa jurídica responderá pelos atos praticados por quem a represente (representante ou administrador) ou por quem esteja a seu serviço (preposto ou empregado).

O dever de reparar poderá nascer de ato ilícito ou de ato lícito. A doutrina subjetiva, na sua essência, assenta a responsabilidade civil no ato ilícito, que é a conduta voluntária comissiva ou omissiva, que viola dever preexistente de outrem, causando-lhe dano, ensejando para o agente o inexorável dever de responder pelas conseqüências jurídicas daí decorrentes.

A doutrina objetiva, por sua vez, poderá ser gerada por atos lícitos – atos praticados em harmonia com a lei –, bem como por atos ilícitos.

Apesar de não ser levada em conta a culpa para a configuração da responsabilidade objetiva, nada impede que dita responsabilidade seja fruto de um ilícito. Por exemplo, o caso de um empresário que mesmo sabendo que seu produto é defeituoso, o coloca no mercado; ou do dono de uma fábrica de fogos de artifício que não toma as medidas preventivas técnicas adequadas e necessárias para reduzir os riscos.

1.6.2 Culpa

O Código Civil, ao tratar dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, abraçou a culpa em seu sentido mais lato, englobando tanto a culpa propriamente dita (culpa *stricto sensu*) como o dolo. É o que se constata da leitura do art. 186 do diploma legal referido, que na sua primeira parte, “ação ou omissão voluntária”, acusa a presença do dolo, e na segunda, “negligência ou imprudência”, a culpa em sentido estrito.

1.6.2.1 Dolo

Em torno da conceituação do dolo, surgiram várias teorias: teoria da vontade, teoria da representação, teoria do consentimento, etc.

Para a *teoria da vontade*, dolo é a manifestação de vontade direcionada para a produção de um resultado maléfico, lesivo. Entre os partidários desta corrente, no Brasil, encontra-se Lopes (1964).

Beviláqua (1943, p. 210), também partidário da teoria da vontade, ao comentar o art. 1.057 do CC/16, ensina que a “*culpa*, em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico. Se é intencional, com ânimo de prejudicar, toma o nome particular de *dólo*”.

Já para Alvim (1972), *dolo* é a intenção, só que não a intenção de causar o mal, mas de violar um dever, de cometer fatos contrários ao dever.

A *teoria do consentimento*, partindo da idéia de que “quem arrisca, quer”, sustenta que, para configuração do *dolo*, é suficiente que o agente consinta no surgimento do mal previsto como provável.

Há, ainda, a *teoria da representação* que, diferente das anteriores, não vai até a vontade. Contenta-se com a simples representação ou previsão do resultado danoso, como elemento suficiente para caracterizar o *dolo*.

Giorgi, citado por Alvim (1972), limita o *dolo* à consciência do dano; à consciência da contrariedade a direito.

O ideal é não se prender a uma única teoria; é fazer uma mistura, pegando o que há de interessante em cada uma delas. Combinando as várias doutrinas, chegar-se-á a seguinte conclusão: Para que se possa falar em conduta dolosa, exige-se a presença da aspiração ao resultado, representação dele, consciência da sua ilicitude e possibilidade de agir de outra forma.

O agente deve ter o propósito de praticar o mal ou ser indiferente a ele. Justamente por ter o resultado danoso que se querido, é que se requer também que ele seja representado, isto é, previsto, pois “somente se quer aquilo que se representa” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 56).

O agente deve, ainda, ter consciência da ilicitude do ato. Portanto, não se apresentando, no mínimo, a possibilidade da consciência da ilicitude, *dolo* não haverá.

É preciso também que exista a possibilidade dele agir de outra maneira. Logo, se o agente estiver sendo coagido a agir de determinada forma, e se tal coação for irresistível, sua conduta não será considerada dolosa.

1.6. 2.2 Culpa *stricto sensu*

Na culpa *stricto sensu*, diferente do dolo, o agente não tem a intenção de com sua conduta, que, via de regra, inicialmente, é lícita, violar um dever, ocasionando prejuízo a terceiros¹⁸. Porém, em razão de um desvio de comportamento, termina atingindo um resultado danoso previsível, ilícito, não querido, e por conta disso a conduta que nasceu lícita, torna-se ilícita, gerando o dever de indenizar a vítima.

O desvio de comportamento caracteriza-se pela violação de um dever de cuidado estabelecido por lei, contrato ou pelo Direito (dever geral de conduzir-se de modo a não lesar a ninguém), e exigido do homem médio, normal, fixado como padrão.

Esta falta de cuidado se exterioriza por meio da imprudência, negligência ou imperícia.

A *imprudência* caracteriza-se por um comportamento comissivo (positivo) e descuidado. É o agir sem a cautela necessária. É imprudente, por exemplo, o motorista que dirige com excesso de velocidade, ou que avança o sinal.

A *negligência*, por sua vez, é a mesma falta de cuidado só que por conduta omissiva (negativa). Neste caso, o agente deixa de fazer algo que a prudência impõe que seja feita. É uma espécie de preguiça psíquica. Age com negligência, o motorista que causa acidente por falta de conservação do veículo (ex: deficiência de freios, pneus, etc).

Já a *imperícia* consiste na inaptidão técnica, na falta de habilidade técnica, que, no caso específico, era de se exigir do autor. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por está dirigindo sem ter os conhecimentos e a habilitação técnica necessária.

Ante o exposto, percebe-se que de certa forma o conceito de “negligência” abrange os de imprudência e de imperícia. Rodrigues (2002, p. 16-17) tece considerações nesse sentido que merecem a reprodução:

¹⁸ Fala-se “geralmente” e não “sempre” porque pode ocorrer da culpa nascer de uma conduta ilícita, como quando resulta de erro (ex: A não paga o que deve a B porque, equivocadamente, pensa que já quitou a dívida; C derrete uma escultura de ouro pertencente a D, na crença que é sua).

Em rigor, na idéia de negligência se inclui a de imprudência, bem como a de imperícia, pois aquele que age com imprudência, negligencia em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como, também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimentos especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter aqueles ou esta, obviamente negligenciou em obedecer às regras de sua profissão ou arte; todos agiram culposamente.

Pode-se, assim, conceituar a culpa como toda a ação ou omissão voluntária que contraria dever jurídico de cuidado, gerando um resultado danoso involuntário, porém, previsível.

Conclui-se, então, que o agente deve não só agir com fins lícitos, mas também tomar as cautelas necessárias para evitar danos a terceiros.

1.6.3 Dano

O dano, dentre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, é o que menos suscita discussões, a tal ponto que a grande maioria da doutrina contenta-se em registrar o seguinte princípio: *sem que ocorra dano, não se pode falar em responsabilidade civil*¹⁹.

Realmente, para a configuração da responsabilidade civil, não basta, por exemplo, uma ação ou omissão culposa, ou a existência de riscos, é necessário que ocorra dano a outrem, ou seja, uma lesão de qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado, seja ele patrimonial ou moral.

Entretanto, se por um lado não se pode cogitar de responsabilidade civil sem a presença do elemento dano, por outro lado, casos há em que se verifica a existência de dano, mas não é possível ligá-lo à teoria da responsabilidade civil.

Casillo (1994) cita alguns exemplos referentes à possibilidade mencionada, como o caso da pessoa que deixa cair e quebra valiosa peça de porcelana de sua propriedade, ou que vem a se ferir, bem como o da outra pessoa que pela sua própria má conduta, perde credibilidade e conceito junto a seus pares na sociedade.

Nas hipóteses supra, as pessoas efetivamente sofrem um dano, ocorre que, como afirma Cassilo (1994, p. 43),

¹⁹ Neste teor, conforme Pereira (1998b), as lições de Henri Lalou; Ruggiero e Maroi; Jaime Santos Briz; Yves Chartier. Apontam também para este sentido, segundo Soares (1996), os ensinamentos de Giorgi.

os fatos acima isolados, por si só, não provocarão qualquer efeito jurídico na esfera da responsabilidade civil. Poderiam até interessar ao ordenamento jurídico na órbita contratual, se estivessem acobertados por contratos de seguro, mas, evidentemente, aí, a questão desloca-se para outro ângulo.

O dano para ser ressarcível, além de decorrente de fato de outrem, deve, segundo Alterini, citado por Pereira (1998b) e Soares (1996), preencher os requisitos da certeza, atualidade e subsistência.

Para Lalou, atual é o dano que já existe “no momento da ação de responsabilidade” (apud PEREIRA, 1998b, p. 40).

Embora não haja aprovação unânime, a doutrina vem admitindo a possibilidade de indenização de um dano futuro. Em regra, exige-se que o dano seja atual. Ocorre que essa regra não é absoluta, comportando exceção, sendo admissível o ressarcimento do dano futuro desde que haja certeza ou ao menos alta possibilidade de seu desenvolvimento no futuro e que o mesmo seja suscetível de avaliação judicial.

Por sua vez, dano certo é, segundo ainda Lalou, aquele “fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese” (apud PEREIRA, 1998b, p. 40).

Apesar de está afastada a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, não está excluída a discussão em torno do cabimento da reparação civil, quando ocorre a “perda de uma chance” (*perte d'une chance*), em hipóteses tais como: ganhar um concurso, realizar um negócio, obter uma promoção no emprego, etc.

Pereira (1998b, p. 42) discorrendo sobre o assunto observa:

É claro, então, que se a ação se funda em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.

O outro requisito exigível para que o dano seja ressarcível é a subsistência. Só há que se pensar em reparação se o dano não tiver sido extinto, apagado pelo responsável.

Por fim, como bem lembrado por Bittar (1994) e Diniz (2006), para que do dano resulte dever ressarcitório, o dano deve ser injusto e não está marcado por causas excludentes de responsabilidade. Daí porque não são reparáveis os danos causados por culpa exclusiva da vítima; etc.

Em virtude do exposto, é que se diz: nem todo e qualquer dano será um prejuízo juridicamente relevante e, por conseguinte, indenizável.

1.6.4 Nexo de causalidade

O nexu causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. É por isso que para que ela surja, não basta a existência de uma ação ou omissão e de um dano, é mister que haja uma relação de causalidade. Relação esta que deve estar satisfatoriamente caracterizada, permitindo concluir que o ato ilícito foi a causa do dano, pois sem ele, a lesão não se teria produzido. Mera coincidência não é suficiente, pois como esclarece Savatier apud Pereira (1998b, p. 75) “coincidência não implica em causalidade”.

Essa exigência decorre de expressa disposição legal, como se constata da leitura dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O conceito de nexu causal não é jurídico, deriva das leis naturais, e segundo ele nexu etiológico é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso experimentado pela vítima.

O nexu causal, posto nestes termos, parece algo simples. Porém, isto não passa de mera aparência, tanto que em torno do problema da causalidade desenvolveram-se várias teorias, sendo as de maior prestígio a da “equivalência das condições”, a da “causalidade adequada” e a da “causalidade imediata”.

1.6.4.1 Teoria da equivalência das condições

A teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes, também conhecida como da *conditio sine qua non*, apesar de remontar as idéias de Stuart Mill, foi elaborada por Von Buri para o direito penal, vindo posteriormente a ser desenvolvida pelos civilistas (CAVALIERI FILHO, 2006).

Para essa teoria, condição e causa não se distinguem. Em virtude disto, toda e qualquer condição que, de alguma forma, concorra para a produção do dano, será do ponto de vista da responsabilidade, equivalente.

Essa teoria recebe críticas. Argumenta-se que como ela autoriza uma regressão infinita ao nexo causal, termina levando a resultados absurdos dentro do direito²⁰.

Cavaliere Filho (2006) recorda que, no caso de atropelamento, teria que indenizar a vítima não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima, etc.

Daí porque, Malaurie e Aynès afirmam ser esta teoria tendente a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade (apud PEREIRA, 1998b).

1.6.4.2 Teoria da causalidade adequada

Em reação à doutrina da “equivalência das condições” ganhou corpo a teoria da “causalidade adequada”.

Segundo essa teoria, criada por Von Kries e Von Bar, nem todos os fatos ou atos que concorrem para produção do dano, são considerados como causadores dele. Apenas aqueles que forem efetivamente necessários e adequados para produzi-lo, é que serão causa (HUNGRIA, 1955).

²⁰ Silva (1974, p. 116) acende a opinião, ao afirmar que “a teoria da equivalência das condições, pela nenhuma restrição à ampla regra do estabelecimento da relação de causa e efeito entre condições necessariamente dependentes umas das outras, embora lógica, pode conduzir a resultados aberrantes dentro do direito”.

De acordo com Demogue, “uma condição, para ser qualificada de causa, deve tornar objetivamente possível a mesma consequência pelo seu simples comparecimento. Mais uma causa torne um resultado provável, mais ela deverá ser qualificada adequada.” (apud CHAVES, 1985, p. 577).

A presente teoria também não ficou livre das críticas, pois como ela está ligada a normalidade e a experiência corrente, ela gerará irresponsabilidade nos casos de danos decorrentes de circunstâncias anormais.

1.6.4.3 Teoria do dano direto e imediato

Na busca para suavizar os resultados práticos das teorias anteriores e superar o radicalismo presente nelas²¹, Pothier e seu antecessor Dumoulin elaboraram a teoria do dano direto e imediato, denominada *teoria da causalidade imediata*, por Alvim (1972, p. 364) – pois, “requer haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito, direta e imediata”.

De acordo com Gonçalves (2006) e Silva (1974), ela recebe também o nome de *teoria da interrupção do nexo causal*, por Enneccerus, visto que nela está presente a idéia de ruptura do liame de causalidade, ocorrendo toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como efeito normal do desdobramento de certo evento, tal não se verifique pela superveniência de uma circunstância outra que, com anterioridade, é aquela que acaba por responder por esse mesmo e esperado resultado. Tal circunstância outra se constitui na chamada “causa estranha”.

Surgiram, em torno da expressão “causa estranha”, várias correntes, e entre as de maior destaque encontra-se a *teoria da necessidade da causa*²².

Para os partidários da corrente em análise, causa estranha, destruidora do ciclo causal, é a causa direta e imediata do novo dano.

²¹ Naturalmente por isso escreveu Silva (1974, p. 128) ser a teoria em apreço “o desejável meio-termo, o fator de maior estabilidade e de mais razoável equacionamento da questão”.

²² Outras correntes de destaque foram a teoria da causalidade jurídica, de Mosca, e a teoria de Coviello.

As expressões “causa direta” e “causa imediata” são fontes de discussões e polêmicas. De um lado, encontram-se os que sustentam que os termos direto e imediato têm sentido próprio e distintos: *imediato* significando sem intervalo; *direto*, sem intermediário. De outro lado, estão os que, apesar de reconhecerem que tecnicamente os termos direto e imediato exprimem idéias diferentes, rendem-se à sinonímia (ALVIM, 1972).

Consoante, os mais notáveis entusiastas da subteoria da necessidade da causa, dentre os quais se destaca Alvim (1972), os termos direto e imediato, expressam a idéia de necessidade. Logo, para a teoria da necessidade da causa, “causa estranha” é causa necessária, e o liame de causalidade só se estabelece entre o dano e o fato que for sua causa necessária.

Esclarecendo a subteoria em exame, transcreve-se o exemplo dado por Pothier (2002, p. 148-149):

Se um negociante me vendeu uma vaca, que sabia sofrer de uma doença contagiosa, e que me tenha dissimulado esse vício, esta dissimulação é um dolo de sua parte que o faz responsável por todos os danos que eu sofrer, e não só pelo dano da própria vaca que me vendeu que foi o objeto de sua obrigação primitiva, mas também por todos os que eu sofrer no restante do gado contagiado por ela (L. 13, D. *de act. empt.*), porque é o dolo do negociante o causador de todo esse prejuízo.

Quanto aos outros danos sofridos, como consequência distante e indireta do dolo de meu devedor, ele também será responsável? Por exemplo, no caso anterior, se a doença contagiosa que foi transmitida a meus bois pela vaca que me foi vendida me impediu de cultivar minhas terras, o dano que eu sofri pelo fato de minhas terras terem permanecido sem cultivo parece também uma consequência do dolo desse negociante que me vendeu a vaca infectada, mas é uma consequência mais distante do que aquela sofrida diretamente em meu gado. Contudo, seria ele também responsável, por tais danos? E, se pela perda que eu tive do meu gado, e pelo dano que eu sofri pela falta de cultivo de minhas terras, fui impedido de pagar minhas dívidas, e meus credores seqüestraram e venderam meus bens a preço vil, o negociante seria também responsável por esses danos? A regra a ser seguida nesse caso é que, a meu ver, somente não se deve incluir nas perdas e danos, pelas quais um devedor é responsável por motivo de dolo, aqueles danos que são uma consequência distante, e que não são uma consequência necessária, pois eles podem ter outras causas. No caso anterior, por exemplo, o comerciante não será responsável pelos danos que eu tenha sofrido pelo seqüestro de meus bens, visto que este resultado é só uma consequência distante de seu dolo e não uma relação necessária, porque, mesmo que a perda de meu gado, causada por seu dolo, tenha influenciado no desequilíbrio de meus bens, esse desequilíbrio pode ter outras causas.

.....
A perda que eu sofri, por falta de cultivo de minhas terras, parece ser uma consequência mais distante do dolo do negociante. Entretanto, penso que por ela não deveria ser reputado responsável, ou, ao menos, que não há de indenizá-la por inteiro. Essa falta de cultivo não é uma consequência absolutamente necessária da perda de meu gado, causada pelo dolo desse negociante; eu poderia, apesar disso, evitar essa falta de

cultivo comprando outros animais para cultivar minhas terras, ou, caso não dispusesse deste meio, alugando ou mesmo subarrendando minhas terras, se não tivesse meios de fazê-las produzir por mim mesmo. Contudo, como por mais que eu tenha recorrido a tais expedientes, não puder retirar de minhas terras tanto proveito como se seu mesmo as tivesse cultivado com os bois que perdi por causa do dolo do negociante, isso pode, de algum modo, fazer parte das perdas e danos que me são devidos.

Constata-se, então, que a interferência de nova causa é que quebra a causalidade e não a distância entre a causa e o efeito.

Conseqüentemente, a subteoria da necessidade da causa refuta a tese de que a causa remota não pode, por si só, ser fundamento da obrigação de indenizar.

1.6.4.4 Teoria acolhida pelo sistema jurídico brasileiro

A respeito da teoria adotada na esfera jurídica civil brasileira há divergências doutrinárias.

Parte da doutrina identifica no art. 403 do CC a consagração pelo legislador da teoria da causalidade adequada. Dispõe o citado artigo: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.²³

Dias (1973, p. 315, grifo do autor) é partidário da teoria da causalidade adequada:

Não defendemos a teoria da causa eficiente, como pareceu a MARTINHO GARCEZ NETO (*Prática da responsabilidade civil*, página 48), mas, exatamente, a doutrina apoiada pelo eminente autor. Falamos em *oportunidade* melhor e mais eficiente de evitar o dano e não em causa. Consideramos em culpa quem teve, não a *last chance*, mas a *melhor oportunidade* e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.

O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria conseqüências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar em concorrência de

²³ O art. 1060 do CC/16 tinha basicamente a mesma redação: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas.

Já outros, como Alvim (1972), tomando como base o mesmo art. 403 do CC, sustentam que o ordenamento jurídico pátrio, ao resolver o problema do nexo de causalidade optou pela teoria do dano direto e imediato, e das várias Escolas que explicam o dano direto e imediato, adotou a subteoria da causa necessária.

Idênticos são os pronunciamentos de Gonçalves (2006), Sampaio (2002) e Amaral (2000), dentre outros.

Opta-se pela teoria da necessidade da causa. No entanto, sabe-se que seja qual for a teoria adotada, ela jamais irá solucionar todo e qualquer caso concreto.

Razão tem, portanto, Alvim (1972, p. 370-372), ao observar que “a teoria da necessidade da causa não tem o condão de resolver tôdas as dificuldades práticas que surgem, mas é a que de modo mais perfeito e mais simples cristaliza a doutrina do dano direto e imediato, adotado pelo nosso Código”. E prossegue: “Ainda que demos preferência a certa fórmula, ela há de ser bastante elástica, de modo a dentro dela caberem e se ajeitarem os casos em que se recomenda equidade”.

1.6.4.5 Excludentes do nexo causal

Presente os pressupostos da responsabilidade civil, surge o dever de indenizar. Hipóteses existem, no entanto, atenuando ou excluindo o dever de reparar, justamente por atenuar ou extinguir o nexo causal.

As principais excludentes, total ou parcial, da responsabilidade civil são: caso fortuito ou de força maior; fato exclusivo, concorrente ou comum da vítima; fato de terceiro; cláusula contratual.

A prova da excludente compete ao agente que por ela quer ser beneficiado. Destarte, se o agente não a provar cabalmente, o dever de indenizar persistirá.

1.6.4.5.1 Caso fortuito ou força maior

O Código Civil trata do caso fortuito e da força maior em vários dispositivos, sendo o de maior destaque o parágrafo único do art. 393 que dispõe: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Ao analisar o parágrafo único do art. 1058 do Código Civil de 1916, cuja redação é a mesma do dispositivo supra, Fonseca (1958) conclui que o caso fortuito ou de força maior resulta do concurso de dois elementos: um interno, de ordem objetiva, que é a inevitabilidade; outro externo, de ordem subjetiva, que é a ausência de culpa. Logo, a imprevisibilidade não é requisito fundamental para a caracterização de tais eventos²⁴.

Para existência do caso fortuito e de força maior, juridicamente falando, mister se faz que o acontecimento seja inevitável, pois havendo possibilidade do devedor impedir ou resistir ao evento, e não o evitando, não poderá falar em caso fortuito e força maior.

Consoante lição de Fonseca (1958), o exame do elemento em questão deve nortear-se pelo critério objetivo, mas não totalmente abstrato. Ao examiná-lo levar-se-á em conta a realidade, só que apenas os seus aspectos objetivos, excluindo-se os subjetivos inerentes à pessoa do indivíduo em causa.

Na caracterização do caso fortuito, no âmbito jurídico, é indispensável também a ausência de culpa do devedor. Logo, se o comportamento do agente acarretar ou concorrer para a ocorrência do evento, não será possível arguir o caso fortuito como excludente de responsabilidade.

No terreno da responsabilidade contratual, para a configuração do caso fortuito ou força maior, além da ausência de culpa e da inevitabilidade do evento, exigir-se-á ainda a impossibilidade de executar.

Mas não se tratar de uma impossibilidade qualquer. É indispensável que o evento tenha como conseqüência uma impossibilidade absoluta ou objetiva, ou seja, uma impossibilidade que reflita sobre a própria prestação em si, impedindo o devedor de cumprir com o estipulado.

²⁴ Caio Mário da Silva Pereira (1998b) também não considera a imprevisibilidade um critério essencial.

Não há na doutrina consenso acerca do elemento diferenciador do caso fortuito e da força maior. Para Cavalieri Filho (2006), o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade, enquanto a força maior funda-se na inevitabilidade.

Diniz (2006), por sua vez, entende que a força maior decorre de forças da natureza, tais como geada, inundação, raio, etc, ao passo que o caso fortuito deriva de causa desconhecida (ex: quebra de peças de máquinas em funcionamento provocando morte) ou fato de terceiro (ex: greve, motim).

Já Mendonça (1939) e Venosa (2003) defendem que o oposto é que condiz com a verdade: o caso fortuito referindo-se às forças da natureza, e a força maior ligando-se ao fato de terceiro.

Para os defensores da teoria da exterioridade e interioridade do evento, originária dos ensinamentos de Adolfo Exner, caso fortuito constitui o acontecimento derivado de circunstâncias ligadas à pessoa do devedor ou à empresa (ex.: defeito mecânico em uma máquina da fábrica), enquanto que a força maior é o evento externo, isto é, inteiramente alheio à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente causador do dano, advindo de terceiros ou da natureza (exs.: ordens de autoridades, ocorrências políticas – guerra, revolução –, raio, terremoto, etc). Como concluiu Alvim (1972, p. 330), desta distinção decorrem enormes efeitos práticos, a saber:

Tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade.

Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com maioria de razão o absolverá a força maior.

Se a sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará.

Será mister haja força maior ou, como alguns dizem, caso fortuito externo.

Apesar de haver distinção entre caso fortuito e força maior, como no âmbito da responsabilidade civil atuam como se fossem sinônimos, pois ambos quebram o nexo causal e exoneram o devedor da sua responsabilidade, sob o ponto de vista prático, não haverá interesse em diferenciá-los. Tornando-se, por conseguinte, sem importância tal discussão.

O Código Civil admite a sinonímia não só quando reúne, no parágrafo único do art. 393, os dois termos em torno do mesmo conceito, como também quando os

equipara nos arts. 246, 399, 583²⁵.

Da última teoria exposta decorreu a distinção entre fortuito interno e fortuito externo: o primeiro visto como sendo acontecimento ligado à pessoa do devedor ou à empresa, e o segundo um evento inteiramente estranho a eles. Tal distinção, muito utilizada atualmente, ocasionará tratamento diferenciado, de acordo com o fundamento da responsabilidade. Sendo ela objetiva, só o fortuito externo terá o condão de excluí-la.

Há divergências doutrinárias, no campo das relações entre fornecedor e consumidor, sobre a possibilidade do caso fortuito e da força maior serem considerados excludentes de responsabilidade

Nunes (2006) entende que como os dispositivos que tratam das excludentes de responsabilidade – arts. 12, §3º, I a III²⁶, 14, §3º, I e II²⁷, CDC – utilizam o advérbio “só”, isto significa que o rol é taxativo, por conseguinte, como caso fortuito e força maior não foram arrolados, eles não excluem onexo causal. E prossegue dizendo que caso fortuito e força maior são excludentes da responsabilidade subjetiva, e a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço é objetiva.

O mesmo entendimento tem Lisboa (2006, p. 315):

Nas relações de consumo, nenhuma menção expressa é feita ao caso fortuito e à força maior. Por isso, não se pode considerá-las excludentes de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. Nem mesmo o argumento segundo o qual se possibilitaria a incidência dessas excludentes, por força da aplicação subsidiária do Código Civil, afigura-se satisfatório. Afinal, na interpretação da lei, considera-se que as normas restritivas de direito somente podem ser interpretadas de forma declarativa ou estrita.

²⁵ Art. 246. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

²⁶Art. 12, § 3º, CDC. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I – que não colocou o produto no mercado;
- II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

²⁷ Art. 14, § 3º, CDC. O fornecedor de serviço só não será responsabilizado quando provar:

- I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II – a culpa do consumidor ou de terceiro.

Logo, o microsistema consumerista é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior.

Almeida (2006, p. 90-91) sustenta posição contrária. Segundo ele, apesar de não previstos no CDC, eles excluem a responsabilidade, pois “não teria sentido, por exemplo, responsabilizar-se o fornecedor de um eletrodoméstico se um raio faz explodir o aparelho, e, em conseqüência, causa incêndio e danos aos moradores”.

Cavaliere Filho (2006, p. 513, grifo do autor) defende que a exclusão da responsabilidade vai depender do tipo de fortuito. Sendo o fortuito interno, responsabilidade haverá; já se for externo, ele será aceito como excludente, pois do contrário estar-se-á privilegiando a teoria do risco integral não aplaudida pelo CDC. São as palavras do autor:

O *fortuito interno*, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas conseqüências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o *fortuito externo*, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – *inexistência de defeito* (art. 14, § 3º, I).²⁸

Apesar de não falar expressamente em fortuito interno e externo, mas apenas em riscos pertinentes ou não à atividade exercida pelo fornecedor, e em riscos vinculados ou não a deveres legalmente impostos, Gomes (2001) faz basicamente esta mesma diferenciação.

²⁸ No mesmo sentido: Martins (2004); Sanseverino (2002); Sharp Júnior (2003).

1.6.4.5.2 Fato da vítima

Muitas vezes ocorre da mão que fere ser apenas mero instrumento do dano decorrente, em verdade, de conduta total e integral da vítima, como na hipótese de atropelamento de transeunte embriagado – ao tentar atravessar, em área diversa da área da faixa de pedestre, avenida muito movimentada – por veículo, cujo motorista o conduzia em observância as normas de segurança.

Quando o exame do caso concreto mostrar que o comportamento da vítima foi a causa única e adequada do ocorrido, o agente que acidentalmente participou do evento danoso não poderá ser responsabilizado, pois como ele é apenas um instrumento, não se pode falar em relação causa e efeito entre sua ação e a lesão por aquela experimentada. A causalidade desaparece, é rompida.

Com efeito, no caso de fato exclusivamente da vítima, aplicar-se-á o princípio *res perit domino*, consoante o qual, a vítima sozinha deverá arcar com todo o prejuízo.

Partindo-se da idéia de fato exclusivo da vítima, chega-se aos fatos comum e concorrente do prejudicado. O primeiro ocorre quando a vítima e o agente causam conjuntamente o mesmo dano. O segundo, ao contrário, manifesta-se quando a vítima e o agente produzem um mesmo prejuízo, porém por atos independentes (DINIZ, 2006; GONÇALVES, 2006; LOPES, 1964).

Os fatos comum e concorrente da vítima, diversamente do exclusivo, não rompem com o nexos causal e nem excluem a responsabilidade, mas a atenuam, posto que o evento danoso conta com a participação do lesado.

De acordo com o art. 945 do Código Civil, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

No campo do direito do consumidor muito se questiona se a culpa concorrente da vítima reduzirá ou não a responsabilidade.

Para Nunes (2006), mesmo que haja culpa concorrente, a responsabilidade permanece integral. Coelho (2002) também sustenta que a culpa concorrente da vítima não gera a diminuição da indenização.

Gomes (2001, p. 209) ao tratar do assunto escreveu:

[...] entendemos que é impossível, no direito do consumidor, a culpa concorrente atuar como minorante da responsabilidade, sob pena de ignorar-se e mesmo tornar-se sem efeito a vulnerabilidade do consumidor e a hipossuficiência característica de alguns consumidores, sobretudo de influir com conceitos pertinentes à responsabilidade subjetiva na responsabilidade objetiva

Rocha (2000, p. 108), apesar de acompanhar a corrente supra, faz a seguinte crítica:

[...] a admissão apenas da culpa exclusiva do consumidor como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor constitui afronta à idéia de que a concausalidade culposa da vítima é uma expressão particular do princípio da boa-fé, que pretende estimular cada um a velar pela sua própria segurança e evitar que quem causa culposamente um dano a si mesmo venha a exigir de outrem a sua indenização, num claro *venire contra factum proprium*.

Melhor seria que o Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do Direito italiano, português ou alemão, tivesse admitido a culpa concorrente do consumidor como fato hábil a reduzir a indenização devida pelo fornecedor.

Entretanto, não o fazendo, apenas a culpa exclusiva do consumidor será considerada fato idôneo a afastar a responsabilidade do fornecedor por defeito causado pelo produto colocado em circulação.

Almeida (2006) e Lisboa (2006), por sua vez, ensinam que embora não exclua a responsabilidade, gera uma redução do valor a ser pago a título de indenização.

Cavaliere Filho (2006, p. 511) leciona que será possível falar em concorrência de culpa no âmbito das relações de consumo, “desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido a causa preponderante do acidente de consumo.”

1.6.4.5.3 Fato de terceiro

Em matéria de responsabilidade civil, o fato de terceiro pode atuar como circunstância geradora de responsabilidade ou como causa exoneratória desta.

Terceiro, no âmbito da responsabilidade civil, é qualquer pessoa diversa da vítima e do causador do dano e que não tenha qualquer ligação com eles. Assim, pessoas pelas quais o lesado ou o agente devem responder, tais como seus filhos, pupilos, curatelados, prepostos, auxiliares, empregados, etc, não são terceiros. Tais pessoas, quando muito, poderão ser consideradas terceiros para efeito de direito regressivo.

O comportamento do terceiro, em relação ao ocorrido, pode ser passivo – quando não participa do ato – ou ativo – quando influi na realização do fato danoso. Sendo que, nesta parte da monografia, irá interessar a conduta ativa.

A participação do terceiro na produção do evento pode representar a determinante única e exclusiva do resultado danoso ou ser apenas uma das várias causas que concorreram para a ocorrência do prejuízo.

O problema que surge é saber se o fato de terceiro poderá ser considerado como excludente de responsabilidade, e se pode, em que condições.

O Código Civil brasileiro não tem qualquer dispositivo que regule especialmente o fato de terceiro como elemento de escusa da responsabilidade.

Dias (1973) identifica tal regulamentação nos arts. 1.285 e 1.528 do Código Civil de 1916 (atual, arts. 650 e 937) e no art. 100, letra c, do Código Brasileiro do Ar.

Para Venosa (2003) o assunto vem regulado de maneira indireta pelos arts. 1.519 e 1.520 da lei civil de 1916 (atual, arts. 929 e 930).

Montenegro (1996), por sua vez, ensina que a solução do problema está no art. 159 do estatuto civil de 1916 (atual, art. 186).

Lopes (1964) entende ser forçoso visualizar o instituto do fato de terceiro nos dispositivos supra, mas, por uma questão de justiça e equidade, não deixa de considerar a consagração do mesmo no Brasil. Para ele, o fato de terceiro é equiparável à força maior ou ao caso fortuito.

Em relação às condições em que o fato de terceiro será visto como excludente, existe uma corrente que sempre reconhece o fato de terceiro como causa exoneratória da responsabilidade. Já a tese dominante, bem mais exigente, sustenta que ele só será eximente de responsabilidade quando for fonte exclusiva do prejuízo, afastando qualquer liame causal entre a conduta daquele primitivamente apontado como responsável pelo evento e a vítima. Logo, se o indigitado agente tiver concorrido, de qualquer maneira, para o evento, não haverá isenção de responsabilidade, ele concorrerá, de acordo com o seu grau de causalidade, com os demais responsáveis na composição das perdas e danos (DIAS, 1973).

Vale advertir que nem sempre o fato de terceiro excluirá a responsabilidade (ex: art. 735, CC).

1.6.4.5.4 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar é a estipulação prévia por meio da qual uma das partes contratantes (A) declara, com o consentimento da outra (B), que não reparará o dano por esta (B) experimentado, fruto do inadimplemento total ou parcial do contrato, dano este que, de acordo com a lei aplicável ao caso e sem a cláusula, deveria ser reparado pelo estipulante (A).

Trata-se, portanto, de acordo prévio de exoneração do dever de ressarcir o dano e de transferência dele para a vítima. Acordo esse através do qual a parte que, de acordo com a lei comum aplicável ao caso, teria a obrigação de reparar o dano, exonera-se, sem fazer desaparecer o liame de causa e efeito, de tal dever e o transfere para a vítima.

Como envolve uma convenção, diz respeito apenas a responsabilidade contratual.

Não obstante muitos serem os que, impropriamente, denominam a cláusula de não indenizar de cláusula de irresponsabilidade, tais institutos não se confundem: a segunda exclui a responsabilidade, a primeira suprime somente a indenização.

Na sistemática jurídica pátria, o cabimento da cláusula de não indenizar é restrito e dependerá, em qualquer caso, da observância das normas a seguir arroladas:

a) *Respeitabilidade dos preceitos cogentes da lei, da ordem pública e dos bons costumes.* O estabelecimento da cláusula de não indenização encontra feios no disposto do art. 122 do CC²⁹, de modo que afastando normas protetivas de ordem pública e dos bons costumes, será ineficaz. O mesmo não ocorrendo se a afronta for a norma destinada unicamente a proteção de interesse privado, individual. Em virtude ainda do artigo supra, entende-se que a cláusula em testilha não poderá eximir o dolo do estipulante, pois além de constituir condição potestativa, admitir a idéia de alguém fugir à responsabilidade pelo inadimplemento da avença, por sua deliberada e exclusiva decisão seria imoral e representaria salvo-conduto

²⁹ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

para o agente praticar ato contra o Direito ou contra o dever estabelecido (RODRIGUES, 2002; VENOSA, 2003).

b) *Compatibilidade com o objeto da prestação*. A cláusula em estudo não pode pretender afastar obrigação essencial do próprio contrato, mas tão-somente obrigações acessórias. Um exemplo bem expressivo de cláusula inoperante, por ser incompatível com a obrigação básica contratual, foi fornecido por Venosa (2003, p. 52): “em um contrato de locação, não pode o locador ficar dispensado de entregar a posse da coisa locada, nem pode o locatário ficar isento de devolvê-la ao final do contrato”.

c) *Bilateralidade do consentimento*. Para admissibilidade da cláusula de não-indenização, deve ela decorrer de livre negociação, e não de imposição (contrato de adesão). Mera declaração unilateral de vontade, sem a anuência da outra parte, não é suficiente, a não ser que a cláusula de não indenizar corresponda a uma vantagem paralela em benefício do outro contratante (DINIZ, 2006; RODRIGUES, 2002).

d) *Inaplicabilidade no âmbito das relações de consumo*. Consoante o art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal do fornecedor de indenizar, como, por exemplo, a que tenha por objetivo exonerar, impossibilitar ou atenuar a responsabilidade do fornecedor pela reparação dos danos por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços, será considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito.

Poderá, todavia, suceder a limitação da responsabilidade indenizatória “em situações justificáveis”, quando o consumidor for pessoa jurídica (art. 51, I, parte final, CDC).

O juiz é que vai dizer se a situação é ou não justificável. Ao cumprir essa tarefa ele deve levar em conta o critério de proporcionalidade entre custo-benefício, de tal forma que havendo desproporção entre as prestações a cargo do fornecedor e do consumidor pessoa jurídica, não é de se ter como válida a cláusula de limitação da responsabilidade civil. Logo, a análise do caso concreto é que vai dizer se a cláusula é ou não abusiva.

Mesmo no caso de consumidor pessoa jurídica, a cláusula de exoneração do dever de indenizar é proibida.

Finalizando, a inobservância de qualquer dos preceitos supra ocasiona a inadmissão e invalidade da cláusula de não indenização.

2 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL E A RESPONSABILIDADE MÉDICA

Chega mais perto e contempla as palavras.
Cada uma
Tem mil faces secretas sob a face neutra
E te pergunta, sem interesse pela resposta,
Pobre ou terrível, que lhe deres:
Trouxeste a chave? (ANDRADE, 2007)

No parágrafo único do art. 927 do CC é que reside a problemática que justifica o presente estudo: *Ele abarca ou não a responsabilidade médica?*

Art. 927, parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Código Civil inovou ao apresentar uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. No entanto, como ela não estabelece hipóteses específicas de responsabilidade independentemente de culpa e como traz em seu bojo expressões de difícil definição e que não são acompanhadas de qualquer referencial, a sua efetivação fica resguardada ao aplicador do direito no caso concreto, abrindo terreno para interpretações diversas e discordantes. O resultado disso é que ela sofre bastantes críticas.

Ocorre que, não obstante admoestável, neste aspecto, o fato é que a cláusula existe e terá que ser aceita, enfrentada, interpretada e aplicada. Logo, nada mais conveniente do que o abandono da censura – pois, com bem afirmou Pontes de Miranda, citado por Miguel (2003, p. 27), “com antipatia não se interpreta, ataca-se” – e a busca dos critérios para a interpretação mais justa do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

No entanto, como um dos objetivos do presente trabalho é saber se referido dispositivo será aplicado no caso de responsabilidade médica, para evitar que se faça um longo percurso e não se chegue a lugar algum, convém, inicialmente, investigar a possibilidade de disposição do Código Civil ter prevalência sobre norma do Código de Defesa do Consumidor.

2.1 Diálogo das fontes

O Código Civil poderá afastar a aplicação de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor?

A relação de consumo é uma relação entre desiguais: de um lado, está o consumidor e suas vulnerabilidades³⁰ – fática (decorrente da desigualdade econômica que há entre ele e o fornecedor), técnica (resultante da falta de informação acerca dos produtos e serviços)³¹ e jurídica (caracterizada pelo desconhecimento dos seus próprios direitos e pelo fato dele ser litigante eventual, enquanto o fornecedor é habitual) –, suas necessidades e dificuldades. Do outro lado, encontra-se o fornecedor de produtos e serviços, detentor dos meios de produção propriamente dito e do poder de decisão sobre o que produzir, como produzir, para quem produzir e qual será a margem de lucros, e que, sabendo da situação do consumidor, aproveita, num ato de ganância e falta de compaixão, o máximo que pode dela³².

São gritantes as disparidades entre consumidor e fornecedor.

O Poder Constituinte Originário tendo ciência dessa desigualdade, e visando garantir a realização da igualdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, bem como a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, resolveu, sabiamente, dar um tratamento especial aos consumidores: alçou a proteção e defesa deles à categoria de direito fundamental (art. 5º, XXXII³³) e à princípio da ordem econômica (art.

³⁰ Almeida (2006, p. 17, grifo do autor) ensina: “*Vulnerabilidade do consumidor*. É a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. Há reconhecimento universal no que tange a essa vulnerabilidade. Nesse sentido já se manifestou a ONU e sob esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais”.

³¹ Diante da complexidade cada vez maior dos produtos e serviços, a vulnerabilidade técnica só tende a se agravar.

³² Quantas coisas sem a menor serventia ou com uma finalidade ínfima são jogadas no mercado de consumo, e o fornecedor, por meio da publicidade, incute na cabeça dos consumidores que eles precisam daquilo, que não serão felizes se não tiverem, por exemplo, o último lançamento da marca tal do objeto tal que tem mil funções, mas que, na verdade, se você for analisar, das pessoas que vierem a adquiri-lo, poucas realmente farão uso de todas; outras, se usarem, usaram muito duas ou três funções, que por sinal já existiam no modelo mais velho; e a grande maioria saberá mal ligar e desligá-lo.

³³ Art. 5º, XXXII, CF – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

170, V³⁴)³⁵. Ademais, ordenou que o legislador ordinário elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT³⁶), que, em 1990, por meio da Lei n° 8078, tornou-se realidade, munindo, desde os seus primeiros artigos, o consumidor brasileiro com vários direitos – à segurança (art. 8°), à informação (art. 8°, *caput*, e parágrafo único, 9° e 10, §§1° a 3°), etc –, e estabelecendo uma série de princípios – da dignidade da pessoa humana (art. 4°, *caput*), da vulnerabilidade (art. 4°, I), da boa-fé objetiva (art. 4°, III, 51, IV), etc –, que refletem sensivelmente os princípios constitucionais.

Em 2002, com a promulgação do Novo Código Civil, houve quem questionasse, em virtude do grande número de disposições conexas entre ele e o Código de Defesa do Consumidor³⁷, a possível revogação do Diploma consumerista.

A resposta não poderia ser outra: não. Como bem lembrou Marques (2004, p. 53), o mandamento constitucional aponta para a elaboração de “uma lei especial voltada para a defesa só do consumidor.” A sua revogação só ocorreria por meio da criação de outro Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, mesmo que a Constituição Federal autoriza-se um “código do consumidor e de alguém mais”, ainda assim não haveria que se falar em revogação. Primeiro, porque há no Código Civil de 2002 dispositivos que agravariam a situação do consumidor, e como bem disse Tepedino (2005, p.11) “enquanto estiver em vigor a Constituição da República, a promulgação de um Código Civil só poderá representar acréscimo aos níveis de proteção da pessoa humana, nunca sua redução”. Logo, não tem como falar em revogação do CDC.

³⁴ Art. 170, CF. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor;

³⁵ Outros dispositivos da Constituição Federal também fazem referência direta ao consumidor. Ex: art. 150, § 5°; art. 24, VIII.

³⁶ Art. 48, ADCT. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.

³⁷ Pasqualotto (2002) separa as disposições conexas em três grupos: disposições convergentes (são as disposições que vão ao encontro do caráter solidarista do CDC – ex: arts. 421 e 422, CC); disposições divergentes (apresentam um nítido contraste com disposições correlatadas do CDC – ex: arts. 6°, V, e 39, IV, ambos do CDC x art. 157, CC); e disposições complementares (são compatíveis com o intuito protetivo do CDC, sendo inclusive mais ampla – ex: art. 156, CC; art. 927, parágrafo único, CC).

Segundo, entre as revogações expressas, constantes no art. 2045³⁸, encontram-se apenas o Código Civil de 1916 e a primeira parte do Código Comercial de 1850.

Terceiro, o Código Civil de 2002, em momento algum, ao longo de seus 2045 artigos, falou em consumidor. Ora, se o Código de Defesa do Consumidor, como o próprio nome deixa transparecer, trata da proteção dos consumidores, e o Estatuto civil nem sequer mencionou a palavra consumidor, isto denota que ele não incorporou tal tema, não tendo, portanto, como incluir aquele diploma no artigo 2043³⁹ deste, que acusa a ocorrência de uma revogação tácita.

Significa ainda que os campos de aplicação de um e de outro não são os mesmos, e realmente não se confundem: o Código de Defesa do Consumidor regula a relação entre diferentes, ou seja, entre um consumidor e um fornecedor, ao passo que o Código Civil trata da relação entre iguais (entre dois civis ou entre dois empresários), bem como do relacionamento entre “quase-iguais” (entre grandes empresários e pequenos empresários)⁴⁰.

Não há que se falar também em incompatibilidade entre os princípios que informam os dois subsistemas jurídicos.

De acordo com Reale (2005), três são os princípios fundamentais que orientam o novo Código Civil: *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*. A *eticidade* se apresenta por meio da inclusão de valores éticos, através de várias cláusulas gerais, tal como a de boa-fé (art. 422, CC), que possibilitam a contínua atualização do direito, bem como permitem que o juiz encontre a solução mais justa para o caso concreto. A *socialidade* representa a reação ao caráter individualista do Código Civil de 1916, e levou, dentre outras coisas, ao estabelecimento da função social do contrato (art. 421, CC) e à interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão (art. 423, CC). A

³⁸ Art. 2045, CC. Revogam-se a Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n° 556, de 25 de junho de 1850.

³⁹ Art. 2043, CC. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.

⁴⁰ Moraes (2006) fundamenta a existência da figura dos quase-iguais, e a regulamentação pelo CC das relações estabelecidas entre eles, nos arts. 122 e 423 do CC. Dispositivos estes, segundo ele, provas de que a vulnerabilidade não só atinge o consumidor. Como exemplos cita os contratos de shopping center, os contratos de franquia famosas na área do *fast food* e os contratos de concessionárias.

operabilidade, tendo em mente que o Código não se dirige a meros expectadores, mas aos protagonistas prováveis da conduta regulada, e visando facilitar a interpretação e aplicação, e com isto tornar o direito mais operacional, lançou mão de uma linguagem mais acessível, de conceitos indeterminados (ex: onerosidade excessiva) e de cláusulas gerais (ex: boa-fé; probidade), e pôs fim às discussões que havia na legislação anterior em torno, por exemplo, da distinção entre decadência e prescrição, sociedade e associação.

Moraes (2006) examinando os princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, conclui que eles apresentam, respectivamente, como principais diretrizes principiológicas os princípios da dignidade da pessoa humana, da vulnerabilidade e da solidariedade (ex: arts. 187, 1228, §§ 1º e 4º, e 2035, parágrafo único, CC), e que estes dois primeiros princípios englobam os subprincípios da boa-fé objetiva (ex: arts. 113, 128, 187 e 422, CC), do não-enriquecimento sem causa (ex: arts. 478 e 884, CC) e da equivalência das prestações (ex: 478, CC), as cláusulas gerais da probidade (ex: arts. 422 e 1011, CC) e da equidade (ex: arts. 396 e 413, CC), e o postulado da razoabilidade (ex: arts. 317, 571, 572 e 944, CC). Princípios, subprincípios e postulados estes que nada mais são do que os mesmos que orientam o Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que quando um princípio ingressa no Código de Defesa do Consumidor ele fica mais forte, tem seus valores realçados: qualifica os deveres dos fornecedores, facilita a aquisição de direitos pelos consumidores, e, chega até mesmo a retirar do consumidor o poder de liberar o fornecedor de seu dever ou de abrandá-lo. Em outros termos, ele complica a vida da parte mais forte da relação de consumo, e simplifica a da parte mais fraca.

Aproveitando o exemplo de Marques (2004, p. 57):

[...] se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre *experts* deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do *expert* em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há dever de esclarecer, aconselhar, explicar dados que seriam banais e pressupostos entre dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo.

Portanto, os campos de incidência do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil são diversos, e os princípios deles estão em sintonia. Não existindo incompatibilidade entre eles, não há que se falar em revogação do diploma consumerista pelo estatuto civil.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, continua regulando com primazia as relações de consumo.

Contudo, não venha pensar que o Código de Defesa do Consumidor esgota a matéria relativa à proteção do consumidor, ou que ele não entra em contato com outros diplomas legais, inclusive com o Código Civil, pois não é verdade. Tanto não exaure e não é incomunicável, que o próprio diploma consumerista, no *caput* do art. 7º, dispõe que os *direitos previstos nele não excluem outros* decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Logo, a uma mesma relação de consumo poder-se-á aplicar mais de uma lei (ex: CDC e CC/02; CDC e Lei 4591/64; CDC e Lei 9656/98).

E nem poderia ser diferente, pois o Código de Defesa do Consumidor só é um microsistema de um sistema mais complexo – o sistema jurídico –, que tem como centro a Constituição. Qualquer norma, que estabelecesse a incomunicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, seria inconstitucional.

Se o Código de Defesa do Consumidor não pudesse ser completado, isso significaria que, caso surgisse uma lei que dispusesse de forma mais favorável para o consumidor, este não iria se beneficiar dela, por conseguinte, o diploma consumerista, de “defesa”, só teria o nome. No lugar de proteger estaria agravando a situação do consumidor, não estaria, assim, cumprindo sua missão constitucional. Seria ele um “lobo em pele de cordeiro”, uma farsa.

Por haver a possibilidade de beber em outras fontes legislativas, abre-se o caminho para o “diálogo das fontes”, tão falado por Marques (2002, 2004).

Dentre os possíveis diálogos, serão feitos, em razão dos escopos do trabalho, comentários apenas acerca dos que ocorrem entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002⁴¹.

O contato entre estes dois diplomas legislativos poderá transcorrer tranqüilamente, sem maiores problemas, ou levar ao aparecimento de uma contradição entre normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. No último caso, o aplicador deverá, inicialmente, buscar compatibilizar as normas. Logrando êxito neste intento, elas serão aplicadas ao mesmo tempo. Não sendo possível a compatibilização, o jeito será escolher uma norma e afastar a outra, que só não terá aplicação no caso em exame, nada impedindo, portanto, seu aproveitamento em hipóteses futuras.

Os critérios clássicos de solução são: o *cronológico* (lei posterior prevalece sobre lei anterior), o *hierárquico* (norma hierarquicamente superior impera sobre a outra) e o da *especialidade* (lei especial tem primazia sobre lei geral).

⁴¹ Marques (2004, p. 60-61, grifo do autor) aponta para três possíveis “diálogos” entre o CDC e o CC:

“1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma lei é central do sistema e a outra um micro-sistema específico, incompleto materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos art. 2º, 17, 29 e 3º do CDC), terão sua definição atualizadas pela entrada em vigor do CC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), e, ainda, indicando a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Nesse sentido, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil, sem culpa, ou o sistema geral de decadência, podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja arts. 777, 721 e 723 da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto a *favor debilis* do art. 7º do CDC) daquela que vai ‘complementar’ a *ratio* da outra (veja também art. 729 da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

3) há, ainda, o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influência finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular a relação entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes), alcançadas em uma lei para outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).”

Ocorre que, na prática, o problema não é tão simples como aparenta, basta lembrar que pode ocorrer dos critérios apontarem soluções diferentes para o mesmo caso. Por exemplo, a hipótese da lei geral antiga ser hierarquicamente superior à lei especial nova.

Ao tratar do assunto, Marques (2002), baseada em Bobbio, constata que as soluções geralmente ocorrem com base em presunções relativas. No caso de conflito entre as soluções propostas pelo critério cronológico e o da especialização, por exemplo, presume-se que a lei geral-nova sabia do regime especial e não quis mudar, devendo assim prevalecer a lei especial-anterior. Mas quem garante que ela não quis mudar?

Não havendo solução clara, Marques (2002, p. 546) sugere a utilização da Constituição:

[...] sempre que o intérprete considerar que a utilização dos critérios clássicos (cronológico, hierárquico e da especialização) não resulta em uma clara determinação da norma que deverá prevalecer, poderá igualmente utilizar uma terceira fonte, no caso, a lei máxima do sistema, a Constituição, examinando, no caso concreto, se as leis em contradição cumprem com a determinação de proteção do consumidor “segundo a lei” e protegem suficientemente os outros interesses valorados pela Constituição, como o direito à vida, à inviolabilidade pessoal, à propriedade, à livre iniciativa etc.

Partindo, portanto, de uma interpretação conforme a Constituição, conclui-se que se uma disposição do Código Civil estiver em contradição com uma norma do Código de Defesa do Consumidor, o dispositivo prevalente será aquele que mais favorável for ao consumidor. Vê-se, assim, que diante de um caso concreto, poder-se-á dar primazia a uma norma do Código Civil em detrimento de uma do Código de Defesa do Consumidor⁴².

Moraes (2006, p. 88) vê na Teoria Tridimensional do Direito (Reale) um excelente método de solução do problema da insuficiência dos processos clássicos. Acredita ele que se o aplicador sair visitando cada um dos mundos – mundo das normas, mundo dos fatos e mundo dos valores –, encontrará a melhor solução para o

⁴² Assim entende Marques (2002, p. 504, 558): “[...] se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o CDC, não será esta lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art. 7º do CDC), mas sim dialogarão a procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco”. E prossegue: “As normas do CCB/2002 dão base ao CDC, mas se aplicam somente subsidiariamente (ou se mais benéficas) aos contratos de consumo”.

caso concreto, a saber: “aquela que traga unidade e coerência ao sistema jurídico como um todo, bem como aquela que se evidencie com a máxima adequação axiológica possível, tendo em vista os parâmetros valorativos vigentes na sociedade em questão”.

Para demonstrar a utilidade do que estava propondo, Moraes (2006, p. 87) apresentou o seguinte exemplo:

– um homem “A” viaja no avião de uma grande companhia. Duas poltronas atrás, um passageiro “B” já bebeu duas latas de cerveja e solicita à aeromoça que lhe forneça mais uma. A funcionária da companhia nega o fornecimento, pois o passageiro “B” se apresenta com o ânimo afetado pelo álcool da bebida, alegando que somente duas unidades podem ser entregues. O passageiro “B”, de súbito e inesperadamente, assume uma atitude agressiva, pega mais uma lata de cerveja e arremessa contra a aeromoça, a qual se esquiva, vindo o objeto a atingir o olho do homem “A”. Depois de socorrido e encaminhado a um hospital, o homem “A” acaba perdendo o olho perfurado.

Para responder a questão de qual norma seria aplicada ao caso – se o art. 735 do CC ou o art. 14, §3º, II, do CDC –, Moraes (2006, p. 89-90, grifo do autor) entrou em cada um dos mundos e tirou as seguintes conclusões:

Se visitarmos em primeiro lugar a *face da dogmática-jurídica*, a face das normas escritas, conforme apontamos, não teremos um critério científico e sério que solucione o problema, porque os dois artigos referidos (o art. 735 do CC, e o art. 14, § 3º, II, do CDC) integram Leis Ordinárias – portanto, de igual hierarquia. Assim, nenhuma é “melhor” que a outra, a menos que se adote uma abordagem arbitrária, incoerente e não científica.

Visitando a *face da normalidade*, a face dos fatos, da realidade ocorrida, verificaremos que se trata de um relacionamento entre uma grande empresa aérea, que desenvolve uma *atividade, com profissionalidade, com duração, com habitualidade, para a obtenção de um ganho*, sendo que, no outro pólo, está o passageiro “A”, uma *pessoa física, que se utiliza de um serviço, remunerando-o, como destinatária final*, a qual foi *vulnerada e teve frustradas as suas expectativas legítimas de consumidora*: entrar no avião e ser transportada até o seu destino incólume.

Na *face da normalidade* é possível verificar, também, que existe uma superioridade e uma estruturação econômico-financeira muito superior da empresa aérea em relação ao consumidor passageiro “A”, o que permitirá, caso seja imputada a condenação à fornecedora, que ela internalize o prejuízo de eventual indenização como custos e, posteriormente, repasse o mesmo para o preço de suas futuras vendas de bilhetes de transporte, socializando o prejuízo individualmente custeado.

No plano fático, da *face normalidade* ainda, muitas vezes evidencia-se como inviável ingressar com uma ação contra o terceiro, o passageiro “B”, não só pelas naturais dificuldades de provar o requisito da culpa, como também porque é muito comum que as demandas mal propostas, nas quais tenham sido incorretamente apontado o réu, o processo chegue até o final e não existam bens para garantir a condenação.

Como terceira operação, visitamos o mundo, a *face da idealidade, dos valores, dos princípios* que estarão *preponderando* em um determinado

momento, em um determinado *local* da história da humanidade. Nesta terceira face do fenômeno do Direito, sem dúvida identificaremos o princípio da igualdade como o grande ícone orientador, um verdadeiro *postulado*, tendo adquirido tal ordem de preponderância como resultado de sucessivas escolhas de milênios de civilização.

Concluindo a operação, resolvemos com facilidade que a *melhor Lei*, para que sejam *igualados no plano processual os desiguais no plano material*, é o *novo Código Civil*, pois nele existe a previsão de que a culpa de terceiro não excluirá a responsabilidade do transportador, ao passo que, no CDC, o art. 14, § 3º, II, excluiria o dever de indenizar da empresa aérea, obviamente sendo a pior solução para o consumidor vulnerável.

.....
 Optar pelo CDC e responsabilizar o terceiro – por culpa, e não com base na responsabilidade objetiva, já que, entre o terceiro (passageiro “B”) e o passageiro “A”, não existe relação de consumo – corresponderia, no plano fático, à individualização do prejuízo na pessoa da vítima, a qual fatalmente, além da perda do olho, perderia todo o numerário utilizado no atendimento do hospital.

Usando o *método tridimensional de resolução de conflitos* se oportuniza a aplicação de forma coordenada e harmônica do Código Civil e do CDC, pois, na hipótese tratada, será plenamente viável a utilização dos demais dispositivos do CDC, tais como a inversão do ônus da prova (inversão obrigatória em se tratando de acidente de consumo – art. 14, § 3º, do CDC), a responsabilidade objetiva, a prescrição do art. 27 etc. Sempre deve ser lembrado que o Direito é um só e quando o aplicamos aplicamos [sic] *todo o Direito (voluntas juris)*.

Como se vê, ambas as orientações – tanto a de Marques como a de Moraes – deságuam no que for melhor para o consumidor.

Realmente, ocorrendo, no caso concreto, contradição entre uma disposição do Código de Defesa do Consumidor e um dispositivo de outra lei, deve-se dar preferência à norma que assegure da forma mais ampla possível os direitos do consumidor.

Isto decorre da própria Constituição Federal, pois ela elevou a defesa do consumidor a direito fundamental.

Ademais, o próprio *caput* do art. 7º do CDC, ao trazer em seu texto a expressão “os direitos previstos neste Código não excluem outros”, terminou por realçar mais ainda a proteção do consumidor, pois, levada ao extremo, ela proíbe a ida à outra lei à procura de norma que piore a situação da parte mais fraca, e veda a aplicação de norma do Código de Defesa do Consumidor se ela não for a mais favorável ao consumidor. Resumindo: o aplicador não pode sair do CDC para pegar o pior, e não pode ficar com o CDC se há algo melhor.

Trazendo tal conclusão para o âmbito CC-CDC, pode-se dizer que, diante de uma determinada relação de consumo, havendo contradição entre as normas de um

diploma e de outro, deve-se aplicar a norma mais favorável ao consumidor. Se for a do diploma consumerista, aplica-se ela. Se for a do estatuto civil, afasta-se, então, a do Código de Defesa do Consumidor, e aplica-se a daquele. Vale ser dito que o afastamento, quando ocorre, é só em relação ao caso concreto, o que significa dizer que nada impede a aplicação da norma afasta em situações futuras.

Pasqualotto (2002) também comunga do entendimento de que as normas do Código Civil que forem mais benéficas deverão ser aplicadas em favor do consumidor.

Portanto, o fato da norma integrar o CDC não garante desde já sua aplicação. Não tinha como ser de outra forma, pois, como já foi mencionado em linhas pretéritas, caso não se pudesse afastar normas do CDC em hipótese alguma, impossibilitada estaria a aplicação de dispositivos mais benéficos ao consumidor, presentes em outras leis, por conseguinte, o CDC estaria indo contra o seu próprio espírito – alma protetora do consumidor.

Respondendo a questão apresentada inicialmente: O Código Civil pode afastar a aplicação de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, desde que seja para melhorar a situação do consumidor, nunca para piorá-la.

Voltando os olhos para o campo da responsabilidade civil conclui-se que caso o aplicador do direito encontre alguma norma, fora do diploma consumerista, que transforme a responsabilidade do profissional liberal de subjetiva em objetiva, isto representará um acréscimo em termos de proteção do consumidor, por conseguinte, deixar-se-á de aplicar o §4º do art. 14 do CDC⁴³.

Seria o parágrafo único do art. 927 do CC tal dispositivo?

Sabendo que o parágrafo único do art. 927 do CC consagra a responsabilidade objetiva, e que o §4º do art. 14 do CDC traz a responsabilidade subjetiva, percebe-se que o requisito de ser mais favorável foi preenchido.

Para os propósitos do trabalho, resta, então, examinar se ele regula a responsabilidade médica, pois se dela tratar, deixar-se-á de aplicar o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, para privilegiar o Estatuto civil.

⁴³ Art. 14, §4º, CDC. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

2.2 Interpretação das normas jurídicas

[...] a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro. (RADBRUCH apud ANTUNES, 1992, p. 210) .

Para ajudar na interpretação do parágrafo único do art. 927 do CC, far-se-á antes uma breve análise dos processos interpretativos.

Quando uma norma surge no ordenamento jurídico logo vem a indagação: Como interpretá-la? Em outros termos, qual o seu conteúdo, sentido e alcance?⁴⁴ Apesar da interpretação nem sempre ter sido admitida como necessária – havendo até mesmo diplomas legais que a proibiram expressamente, como o Código da Baviera de 1812–, o certo é que toda disposição legal requer interpretação. Isto é assim, porque “a palavra é um mau veículo do pensamento” (MAXIMILIANO, 1999, p. 36), ela nem sempre passa realmente o que se quer transmitir: pode vir a dizer mais do que se queria ou, menos do pretendido.

Tanto não é um fiel condutor do pensamento que, como bem recordou Maximiliano (1999, p. 118), “às vezes se escreve capítulo extenso, e até um livro, para exprimir, o menos incompletamente possível, uma só idéia”.

E continua:

Herbert Spencer observa que, ao reler o trabalho recém-concluído, o autor não fica satisfeito, por mais que se haja esmerado no retoque da forma. A razão desse fato, de experiência diuturna, está em que todos pensam melhor do que escrevem: a linguagem sempre se revela transmissora imperfeita de idéias. Dias depois, a impressão é melhor; e assim sucede, porque se olvidou, pelo menos em parte, o que se pensara, e só se recordam os conceitos pelo que os vocábulos revelam.

⁴⁴ A interpretação jurídica busca descobrir o sentido e o alcance das normas jurídicas. Fixar o sentido significa estabelecer a finalidade da norma. Montoro (1999) ao tratar do assunto dá o exemplo da lei que determina as férias anuais remuneradas; lei esta que tem como objetivo assegurar um descanso para a saúde física e mental do trabalhador. Determinar o alcance da norma denota, por sua vez, definir a sua extensão. Aproveitando o exemplo supra, pode-se dizer que o Estatuto dos Funcionários Públicos Federais (Lei nº 8112/90) e a Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, ao disporem sobre o direito a férias anuais remuneradas, adotam normas que têm o mesmo sentido, mas alcances diferentes.

O questionamento supra vem à tona até mesmo nas hipóteses de regras consideradas claras, precisas e lúcidas, visto que, em Direito nada é absoluto, nem mesmo a nitidez de uma norma. Ademais, para se saber se um texto é claro torna-se imprescindível prévio trabalho interpretativo. O que pode ser dito é que sendo a norma clara tal labor será mais simples, já se a mesma for obscura, ele será mais complicado. Logo, incabível é o brocardo *in claris cessat interpretatio*⁴⁵. Não só os preceitos obscuros, dúbios e ambíguos, como também os claros comportam interpretação.

São oportunas as palavras de Degni (apud DINIZ, 1998, p. 415):

A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se a aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que se revelará a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação a relações que, como produtos de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente.

Segundo, como bem lembrado por Musetti (2007), “a existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, qual seja, a Justiça. Se assim fosse, já teríamos computadores recolhendo os casos concretos e aplicando neles as leis pertinentes”.

Além de ser necessário, logo após o nascer de uma lei, para iluminar o seu sentido, o processo interpretativo mostra-se também importante ao longo da sua vigência, para vivificá-la.

Como é sabido, o homem é um ser dinâmico e, por conseguinte, a sociedade está em constante movimento: fatos novos estão sempre por vir; relações nunca antes imaginadas brotam; as circunstâncias mudam; os ideais e as exigências passam a serem outros... Mas por mais que o ordenamento jurídico tenha sido bem elaborado, jamais ele conseguirá prever todos os acontecimentos presentes e futuros que porventura possam ocorrer. A vida social se transforma e com ela pode vir a necessidade de renovar o ordenamento jurídico: alterando o entendimento que se tinha sobre determinada conduta ou regulando situações anteriormente não previstas.

⁴⁵ Tradução: A clareza dispensa interpretação.

Por conseguinte, se as mudanças sociais não forem acompanhadas, de imediato, de modificações legislativas, como do mais das vezes não ocorre, diante, não só da morosidade do Poder Legislativo como também da desnecessidade de reforma, visto que o problema pode ser solucionado por outros meios, certamente, surgirá um descompasso entre a legislação e a realidade, o que gerará injustiças ou lacunas na legislação. Ante a ausência de necessidade real da alteração ou enquanto “o legislador não percebe os movimentos do solo que trepida sob os seus pés; não dá atenção aos novos interesses, privados e sociais, que reclamam proteção legal; não houve os clamores do direito vivo, que tumultua em torno das normas legais mumificadas nos seios dos códigos” (LIMA, 1955, p. 8), o operador do direito, para afastar o desequilíbrio e tapar os buracos, pode lançar mãos, respectivamente, da interpretação jurídica ou da integração jurídica⁴⁶.

Sobre a função rejuvenescedora da legislação atribuída à interpretação, manifestou-se Pereira (1998a, p. 123-124):

A interpretação da lei [...] conduz o direito no rumo evolutivo que permite conservar, vivificar e atualizar preceitos ditados há anos, há décadas, há séculos, e que hoje subsistem somente em função do entendimento moderno de seus termos. Na verdade, só o esforço hermenêutico pode dar vida ao nosso Código Comercial, publicado em 1850, diante da complexidade da vida mercantil de nossos dias; só pela atualização do trabalho do intérprete é possível conceber-se o vigor do Código Napoleão, que vem de 1804, ou a sobrevivência dos cânones da Constituição americana, que é de 1787.

Assim, a interpretação serve não somente para aclarar o sentido da norma jurídica, como ainda para adaptá-la aos novos tempos.

Quem fornece os elementos, critérios, métodos, técnicas e recursos que nortearão a interpretação das normas jurídicas é a Hermenêutica Jurídica⁴⁷.

⁴⁶ Interpretação e integração são processos que, apesar de alguns tratarem como sendo o mesmo, não se confundem. Na interpretação, haverá sempre uma norma aplicável. Já na integração, parte-se da lacuna na lei, ou seja, da inexistência de texto legal.

⁴⁷ As expressões hermenêutica jurídica e interpretação jurídica, diferente do sustentado por alguns autores, Reale (1977) não são sinônimas. Como bem orienta Maximiliano (1999), os citados termos não se embarçam.

2.2.1 Métodos de interpretação

Para descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica o intérprete se serve de métodos de interpretação, também denominados de elementos, processos, fases ou momentos de interpretação.

Em relação à enumeração dos métodos, há variações de um autor para o outro. Ráo (1999) fala em processos gramatical, lógico analítico, lógico-sistemático, lógico-jurídico (científico), histórico e sociológico. Gontijo (1969), por sua vez, classifica os métodos em dois grupos: métodos maiores – englobando o axiológico, o lógico e o de integração dialética – e métodos menores – abrangendo o gramatical, o sistemático, o histórico, o declaratório, o extensivo, o restritivo, o evolutivo e o ab-rogante. Já Herkenhoff (1997) elenca os seguintes momentos ou processos de interpretação: literal, gramatical ou filológico; lógico ou racional; sistemático ou orgânico; histórico ou histórico-evolutivo; teleológico; sociológico.

Seja qual for a classificação adotada, ver-se-á que cada um dos métodos enumerados por ela, apesar de terem técnica e regras próprias, não se opõem, mas se completam, visto que cada um isoladamente é insuficiente para solucionar o problema. Conseqüentemente, eles não são totalmente independentes.

Justamente por causa dessa ligação é que há escritores que não concordam com as separações feitas acima, bem como com outras. Coviello (apud SILVEIRA, 1985, p. 82, grifo nosso) é um deles:

Os vários meios de interpretação só conduzem ao seu escopo quando operados harmonicamente entre si, e não tomados isoladamente. Deve rejeitar-se a distinção das várias espécies de interpretação em literal, lógica, histórica e sistemática. Toda interpretação deve fundar-se necessariamente e sempre, sobre as regras que governam a palavra e sobre as do pensamento, já que a lei não é uma letra morta, mas tem um conteúdo espiritual; portanto, aquela deve ser ao mesmo tempo literal e lógica.

Adolf Merkel (apud CARREIRO, 1976), Hans Reichel (apud SILVEIRA, 1985) e Legaz Y Lacambra (apud ANTUNES, 1992) salientam que processo lógico e processo gramatical não se distinguem, pois as idéias para se externarem precisam das palavras,

e as palavras só serão entendidas se levado em conta os pensamentos presentes nelas.

Rudolf Stammler, citado por Silveira (1985, p. 80, grifo do autor), tem o mesmo entendimento:

Não foi feliz a idéia de distinguir entre interpretação “gramatical” e interpretação “lógica”. *Idioma e pensamento* formam uma unidade. Quem se apóia numa palavra para esclarecer o pensamento que a exprime, se apegando, na realidade ao pensamento por ela expressado.

Existem os contrários a qualquer diferenciação entre elemento lógico e elemento sistemático. Assim leciona Reale (1977, p. 275-276, grifo nosso):

Levados pelo apego ao texto, alguns mestres da Escola da Exegese sustentavam ser necessário distinguir a interpretação lógica da interpretação sistemática. A primeira cuidaria, apenas, do valor lógico das palavras, abstração feita da posição distribuída a cada grupo de normas no conjunto geral do ordenamento jurídico. A interpretação sistemática viria num segundo momento, ou melhor, num terceiro momento, para elucidar dúvidas possivelmente ainda existentes, após a exegese gramatical e lógica.

Com o decorrer do tempo, porém, foi se verificando a impossibilidade de separar essas duas ordens de pesquisas, a lógica e a sistemática. Interpretar logicamente um texto de Direito é situá-lo ao mesmo tempo no sistema geral do ordenamento jurídico. A nosso ver, não se compreende, com efeito, qualquer separação entre a interpretação lógica e a sistemática. São antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexos que a *ratio juris* explica e determina.

Há ainda os que, como bem lembrou por Lopes (1996, p. 160), incluem na forma lógica, as formas histórica, sistemática e sociológica, “por não considerá-las como categorias diversas, senão dois momentos e duas modalidades distintas da mesma função, dois meios concorrentes, salva a predominância que algumas vezes um exerce sobre o outro”.

Realmente, não há como fazer uma separação total, pois a insuficiência de cada um dos métodos para, por si só, resolver o problema interpretativo impossibilita isto. No entanto, por uma questão didática, eles serão examinados separadamente, mas sem descuidar do permanente contato existente entre eles. O próprio estudo individualizado servirá para confirmar este elo.

No presente estudo, será adotada a divisão apresentada por Herkenhoff (1997) – processos literal, lógico, sistemático, histórico, teleológico e sociológico –, porque como ele mesmo disse, ela permite uma maior abrangência e pormenorização.

2.2.1.1 Método gramatical

O *processo gramatical*, também denominado literal, semântico ou filológico, busca determinar o sentido do texto normativo a partir do sentido literal das palavras que nele estão presentes, sem qualquer consideração com a unidade do ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social.

Não obstante aparente simplicidade, o fato é que o presente processo não é tão simples, guarda certas complicações.

Conforme já assinalado anteriormente, a palavra não é um leal transmissor do pensamento. Às vezes ocorre traição, e ela vai além do pretendido ou fica aquém.

Registre-se ainda a ocorrência dos fenômenos de sinonímia e homonímia (especialmente os homógrafos e os homônimos perfeitos).

A *sinonímia* é a relação estabelecida entre palavras sinônimas. Sinônimos são vocábulos que apresentam significado igual ou semelhante e significante diferente. O termo domicílio, por exemplo, tem como sinônimos casa, edifício, habitação, lar, mansão, morada, residência, teto, vivenda. Como se vê, uma mesma idéia pode ser exprimida por mais de uma expressão.

Os *homógrafos* são os vocábulos que possuem a mesma grafia, mas timbre vocálico ou acentuação tônica diferente, bem como significação diversa. Exemplos: colher (com som aberto, substantivo) – colher (verbo); olho (substantivo) – olho (com som aberto, primeira pessoa do singular do presente do indicativo do verbo olhar).

Os *homônimos perfeitos*, ou seja, palavras que têm exatamente o mesmo significante (possuem a mesma grafia e a mesma pronúncia), mas de significado diferente. Em outros termos, são palavras que possuem mais de um sentido. É o caso, por exemplo, de *cedo*, que pode ser verbo (ceder) ou advérbio.

Para piorar, “as palavras não trazem etiqueta, a fim de conservar o mesmo sentido” (MAXIMILIANO, 1999, p. 118). E nem teria como ser de outra forma, pois é da essência de qualquer língua viva, a mutação. Apesar de ter que manter um certo grau de conservadorismo, para garantir a comunicação, a língua, enquanto fato social, tem um caráter dinâmico, que reflete a diversidade temporal, geográfica e sócio-cultural.

As variações diacrônicas explicam-se por viver a língua em constante mudança no tempo. Assim, por exemplo, o português moderno não é o mesmo de dois, três séculos atrás.

Ocorrem ainda alterações lingüísticas de ordem geográfica (diatópicas), decorrentes das peculiaridades de cada região. Basta pensar nas evidentes diferenças entre o modo de falar de um português da cidade e o rural, ou na expressão de um piauiense em contraste com a de um paulista. Essas variações regionais de uma língua constituem os dialetos.

As variações sócio-culturais, por sua vez, são influenciadas por fatores ligados ao falante ou à situação.

Dentre os fatores que se prendem ao falante e que acarretam modificações lingüísticas, pode-se destacar: idade, sexo, grau de escolaridade, nível cultural, atividade profissional, classe social, etc. Logo, o português empregado pelas pessoas que têm acesso à escola e aos meios de instrução difere do português usado pelas pessoas privadas de escolaridade. Cabe ainda ser dito que tais variedades lingüísticas são denominadas dialetos sociais.

Também são socialmente condicionadas certas formas de língua que alguns grupos desenvolvem a fim de distinguirem-se dos demais usuários permitindo a identificação fácil dos integrantes de um grupo. Assim se formam as gírias, também chamadas de jargão.

Como já mencionado em linhas pretéritas, as variações sócio-culturais são influenciadas também por fatores ligados à situação em que o usuário da língua se encontra. Tais variações recebem o nome de registros ou níveis de fala ou níveis de língua. Para compreender tal variação, basta observar que ao conversar com os amigos as pessoas não falam como falariam ao darem uma aula. Essa mudança de comportamento, da adequação do falar à situação em que se encontra, é uma

imposição social, pois se espera das pessoas, em determinadas situações, um comportamento lingüístico diferente do habitualmente usado em situações informais.

Não se pode deixar de falar das impropriedades de redação freqüentes nas normas jurídicas. Nem sempre o legislador se mostra zeloso da sua linguagem, sendo comuns os erros de concordância (verbal ou nominal); as impropriedades quanto à regência (verbal ou nominal); o emprego de uma palavra em mais de uma acepção, às vezes, até no mesmo diploma legal; a confusão de figuras do direito etc. Tudo isso compromete a precisão do pensamento, podendo gerar incertezas, equívocos e discussões acirradas nos campos doutrinário e jurisprudencial⁴⁸.

São exemplos da falta de esmero do legislador os artigos 187 do CC/02 e 28 do CDC.

O art. 187⁴⁹ introduziu expressamente no Estatuto Civil a cláusula geral de abuso de direito, todavia, não foi feliz ao vinculá-la ao ato ilícito. Ao identificar ato ilícito e ato abusivo, o legislador deu margens para interpretações diversas e terminou renovando a discussão sobre a objetividade ou subjetividade da aferição de abusividade no exercício de um direito. Polêmica quase já superada no direito contemporâneo.

Heloísa Carpena, citada por Cortiano Júnior (2007), entende que tal identificação levou à subjetivação na aplicação do abuso do direito, passando a culpa fazer parte dos requisitos para a sua configuração:

A concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da

⁴⁸ Maximiliano (1999, p. 118-119) visualizou o problema:

“Resulta imperfeita a obra legislativa; porque as Câmaras funcionam com intermitência, deliberam às pressas, e não atendem somente aos ditames da sabedoria. Preocupam-se, de preferência, com alguns tópicos; fixado o acordo sobre estes, deixam passar sem exame sério os restantes: descaram do fundo, e talvez mais da forma, que é a base da interpretação pelo processo filológico. Daí resultam deslizes que se não corrigem, nem descobrem sequer, mediante o emprego do elemento gramatical: imprecisão dos termos, mau emprego dos tempos dos verbos; uso do número singular pelo plural, e vice-versa, ou de um gênero, para abranger os dois; de termos absolutos em sentido relativo e o contrário – o relativo pelo absoluto; palavras sem significação própria, portanto inúteis; textos falhos lacunosos, incompletos; outros inaplicáveis contrários à realidade, ou prenes de ambigüidade.

As próprias definições oferecidas pelo legislador não guiam só por si. Pode haver palavras acrescentadas às expressões que ele definiu, ou quaisquer outras circunstâncias que induzam a crer não se tratar precisa e exclusivamente daquilo cujo sentido ele procurou expor.”

⁴⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude. Trata-se de concepção absolutamente anacrônica, pois a efetiva aplicação da teoria exige que a aferição da abusividade no exercício de um direito seja objetiva, revelada no simples confronto entre o ato praticado e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.

Em sentido contrário, sustentando a adoção da teoria objetiva, encontram-se Cavalieri Filho (2006), Duarte (2005), Nery Júnior e Nery (2005).

Tepedino, Barboza e Moraes (2004, p. 342) ao comentarem o art. 188 do CC ensinam:

Não foi feliz, todavia o legislador de 2002, ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito. A opção legislativa contraria a doutrina mais moderna de abuso de direito, que procura conferir-lhe papel autônomo na ciência jurídica (Cunha de Sá, *Abuso*, p. 121). A ultrapassada concepção do abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática, condicionava sua repressão à prova de culpa, noção quase que inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade de conceito entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional. Além disso, a associação do abuso com o ilícito restringe as hipóteses de controle do ato abusivo à caracterização do ato ilícito, deixando escapar um sem-número de situações jurídicas em que, justamente por serem lícitas, exigem uma valoração funcional quanto ao seu exercício.

Assim sendo, o art. 187 do CC, que define o abuso de direito como ato ilícito, deve ser interpretado como referencia a uma ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas.

Por sua vez, o art. 28 do CDC⁵⁰, apesar do mérito de ter sido o primeiro dispositivo legal brasileiro a tratar da desconsideração da personalidade jurídica, merece ser criticado por não guardar muita correspondência com a *disregard doctrine*. O referido artigo além de não elencar a fraude entre os fundamentos da desconsideração, traz no seu rol temas de direito societário diversos. Nos casos de excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, bem como de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração, a responsabilidade poderá ser imputada diretamente

⁵⁰ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

ao sócio, administrador, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Portanto, não são hipóteses de superamento da personalidade jurídica da sociedade.

Há ainda os atentados contra a pontuação. A pontuação pode decidir o sentido do texto. Uma vírgula, por exemplo, fora do lugar pode muda completamente o sentido da frase. O mesmo ocorre quando se usa um sinal de pontuação no lugar de outro.

Exemplos:

a) * Maristeldia, Lualma e Claudisbela foram ao parque.

* Maristeldia Lualma e Claudisbela foram ao parque.



Na primeira frase três pessoas foram ao parque. Na segunda, apenas duas foram ao parque.

b) * Flonildo adoeceu. Recuperou-se. Não faleceu.

* Florildo adoeceu. Recuperou-se? Não. Faleceu.



No primeiro exemplo, Florildo recupera-se da doença e vive. No segundo, ele morre.

Como exemplo de uma polêmica gerada por um mero sinal de pontuação no entendimento de um dispositivo legal, cita-se o caso do inciso I do art. 1829 do novo Código Civil⁵¹. O ponto e vírgula presente no seu bojo “tem tumultuado a concorrência sucessória” (DIAS, 2007a) na hipótese do autor da herança ser casado no regime da comunhão parcial.

Segundo Dias (2007b):

Uns afirmam que, se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorre com os herdeiros e recebe parte da herança. Já outra corrente entende exatamente o contrário, ou seja, somente se o cônjuge falecido não deixar bens além da meação é que o viúvo concorre com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária. [...] Há quem diz que o cônjuge concorre exclusivamente com relação aos bens particulares, mas ainda há outros que sustentam que o direito à concorrência é só sobre os aqüestos.

⁵¹ Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no caso da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único);² ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Como as palavras não representam, com fidelidade, o que se pretende transmitir; os vocábulos podem ter várias significações; a linguagem é mutável⁵² e as impropriedades legislativas fazem parte da realidade, críticas são exaradas contra o método gramatical: ele é considerado insuficiente.

Ademais, ante as mudanças da sociedade e a lentidão natural do legislador em dar respostas aos novos problemas, o apego servil à letra da lei e o desprezo pela realidade moral, social e econômica, faz com que o dispositivo legal passe a ter ar de velharia. Conseqüentemente, o processo gramatical se mostra anacrônico e gerador de um empecilho para o intérprete apresentar solução adequada às novas questões.

Maximiliano (1999, p. 120, grifo do autor) ataca:

Como o Direito evolve e a finalidade varia, altera-se o sentido das normas sem se modificar o texto respectivo; portanto, a interpretação exclusivamente filológica é incompatível com o progresso. Conduz a um formalismo retrógrado; não tem a menor consideração pela desigualdade das relações da vida, à qual deve o exegeta adaptar o sentido da norma positiva. A linguagem, como elemento de Hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embaraçam do que auxiliam o trabalho. Motivos de sobejo têm tido os mestres para cobrir de ridículo a preferência retrógrada: apelidam à exegese puramente literal – interpretação *judaica*; e também – *analítica, elementar, inferior*, em contraposição à lógica – *sintética, ideológica, superior*. Como instrumento para transmitir idéias, as palavras se antolham – inadequadas, imperfeitas, sem a necessária utilidade, verdadeiros *paquidermes* da ordem intelectual.

Não obstante as críticas, os autores reconhecem o mérito do processo literal. O próprio Maximiliano (1999, p. 120) o considera “elemento fundamental da função interpretativa”.

Lima (1976, p. 152, grifo do autor) não discrepa ao escrever:

[...] *literal*, limitado ao valor das palavras, ao exame da linguagem dos textos, à consideração do significado técnico dos termos, porém, apesar disto, importante porque o texto com suas palavras é o ponto de partida para qualquer esforço interpretativo. Além disso, as palavras são um limite à interpretação. A interpretação não pode substituí-las. Mas há, muitas vezes, necessidade de as esclarecer pela riqueza ou volubilidade semântica que apresentam; [...]

⁵² Carreiro (1976, p. 229) vê na mutabilidade do conteúdo das palavras a justificativa da necessidade da interpretação filológica, e entende que a reação em torno desse processo hermenêutico deve-se mais à ignorância do intérprete a respeito das modernas conquistas no setor da linguagem, do que ao método em si.

Para demonstrar, em termos práticos, o valor do processo literal, transcreve-se o caso citado, em nota de rodapé, por Montoro (1999, p. 373):

Certa vez, Rui Barbosa aceitou uma condecoração estrangeira. Seus adversários políticos, baseados no art. 72, § 29, da Constituição de 1891, entenderam que Rui havia perdido seus direitos políticos. Realmente, dispunha aquele texto da Constituição: “Art. 72 - § 29 – Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecorações ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos”. O grande mestre fez um longo trabalho, de valor realmente excepcional, para mostrar que a interpretação a ser dada àquele dispositivo constitucional não era essa. Rui usou de todos os elementos de interpretação para provar sua tese. Mas o principal foi justamente o elemento gramatical. Dizia ele: “Em face da gramática, quando temos dois adjetivos propostos a dois substantivos, embora separados pela disjuntiva ‘ou’, ambos os adjetivos hão de se referir aos substantivos. Ora, eu aceitei uma condecoração estrangeira, mas não nobiliárquica, porque ela não me imprimiu nobreza. Portanto, não incorri na sanção constitucional, não tendo perdido os meus direitos políticos.”

A par da importância do processo filológico, e buscando-se solucionar os problemas acima arrolados bem como descobrir o verdadeiro sentido do texto normativo, estabeleceram-se algumas regras:

a) Como a lei é dirigida ao povo, constituído em sua grande parte por leigos, geralmente a linguagem utilizada será a usual. Conseqüentemente, no momento de interpretar as disposições legais, dever-se-á dar às palavras presentes no seu corpo, o sentido comum. No entanto, se ocorrer dela ter um significado comum e um técnico-jurídico, o último deverá prevalecer, pois o direito tem linguagem própria, e pressupõe-se que o legislador a conheça.

Era o que ocorria, antes da Lei nº 11.106/2005 ter revogado o art. 217 do Código Penal, com a palavra sedução: no sentido usual, significava o ato de exercer fascínio sobre alguém para benefício próprio; enquanto, na linguagem técnico-jurídico representava o crime de “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Na verdade, nem sempre a linguagem técnica prevalecerá sobre a linguagem popular, pois como o legislador não se preocupa muito com a precisão vocabular, vezes ocorrem do vocábulo ter sentido jurídico diverso do comum, mas ser empregado neste último. Ferraz Júnior (1994, p. 255-256, grifo do autor) cita o termo *parente*:

[...] o Código Civil Brasileiro, no seu artigo 330, ao estabelecer as relações de parentesco, fala de *parentes* em linha reta como as pessoas que estão umas para as outras numa relação de ascendentes e descendentes. No artigo 331, fala de parentes em linha colateral como as pessoas que provêm, até o sexto grau, de um só tronco, sem descenderem uma da outra. Observa-se, de início que, o uso comum da palavra *parente* não coincide com o legal, pelo menos na medida em que vulgarmente não se faz a limitação do artigo 331, que considera *parente* em linha colateral a relação consangüínea *até o sexto grau* (por exemplo, os tataranetos não são mais considerados parentes pela lei, quando um descendente de um filho e outro, de outro filho do tataravô, ainda que, vulgarmente mantenham relações consideradas de parentesco: são os parentes “afastados” ou primos “distantes”). A lei, nesse caso, presume, para os efeitos de decidibilidade que, além desse limite, “o afastamento é tão grande que o afeto e a solidariedade não oferecem mais base ponderável para servir de apoio às relações jurídicas” (Washington de Barros Monteiro, 1962, v. 2:235). Sucede, além disso, que, no sentido vulgar, a palavra *parente* se aplica também às relações de afinidade (parentes afins: genro e sogro, nora e sogra), ao passo que o Código, nestes casos, não usa o termo *parentesco*, mas *vínculo de afinidade* (art. 334). Contudo, o próprio Código às vezes oscila entre o sentido técnico e o vulgar, tanto que o artigo 190, I e o artigo 415 acaba por falar em *parentes afins*. Não obstante as diferenças e as oscilações mencionadas, é de se entender a importância do exato conhecimento do sentido destas relações, posto que têm conseqüências para a distribuição de direitos, obrigações e restrições, que podem variar quando decorrem do vínculo conjugal, ou da consangüinidade, ou da afinidade (vejam-se, por exemplo, os impedimentos matrimoniais, os direitos sucessórios etc.).⁵³

Não se pode esquecer de mencionar que, dentro do próprio mundo jurídico, um termo pode apresentar mais de uma acepção. É a hipótese da palavra *seqüestro*: em direito penal, significa privar alguém de sua liberdade de locomoção; em direito processual civil, apreender judicialmente bem em litígio.

Antunes (1992, p. 214-215) fomenta crítica contra o tecnicismo:

Sem querer abandonar o nível técnico necessário para o aprimoramento do moderno direito, cumpre observar que o “tecnicismo” funciona como uma espécie de cabala, que afasta o cidadão da ordem jurídica (em especial do acesso à tutela judicial) e fornece ao direito um ar de misticismo e *res sacra*, que serve a interesses inconfessáveis. Hegel rebelou-se contra as leis incompreensíveis para o povo,

“de sorte que é uma grande injustiça que o conhecimento do Direito em vigor só seja acessível àqueles especialmente instruídos” (1979:242).

⁵³ Os dispositivos mencionados – arts. 330, 331, 334, 190, I, 415 – são do Código Civil de 1916. O Estatuto de 2002 traz basicamente na íntegra o texto de tais artigos, correspondendo eles, respectivamente, aos arts. 1591, 1592, 1595, 1524 e 1737. O art. 1595, equivalente ao art. 334 do antigo Diploma civil, chama atenção porque além de trazer no seu *caput* a expressão *vínculo de afinidade*, ele emprega, no seu parágrafo primeiro, a expressão *parentesco por afinidade*.

b) Como as palavras podem apresentar mais de um sentido, os vocábulos do texto normativo não devem ser analisados apenas isoladamente, mas dentro de um contexto, ou seja, em conexão com os demais. Examinando o termo em articulação com as outras palavras chegar-se-á na verdadeira acepção do mesmo.

c) Quando uma palavra apresenta mais de um significado usual ou técnico, vindo ela a ser usada várias vezes na lei, presume-se que foi empregada sempre no mesmo sentido. No entanto, como o legislador nem sempre preza pela univocidade terminológica, pode ser que, pela análise do contexto, constate-se que em determinado momento ela foi aplicada com outra acepção.

d) Havendo conflito entre o sentido gramatical e o lógico, este deve prevalecer. Maximiliano (1999, p. 114, grifo do autor) exemplifica:

Prescrevia o Código Penal de 1890, sob a epígrafe – *Do Rapto*: “Art. 270. Tirar do *lar doméstico*, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta...”

A exegese filológica excluiu do alcance do texto a tirada de um recolhimento, ou colégio, e o rapto em plena rua, num teatro, agência de Correios, ou loja de modista. A boa doutrina, baseada na interpretação *lógica e estrita*, não *restritiva* nem *gramatical*, engloba na mesma figura delituosa todas as hipóteses referidas; porque “a essência do crime de rapto está no apossar-se da pessoa de alguém levando-a de um para outro lugar (*abductio de loco ad locum*, dos romanos), ou retendo-a onde se ache à disposição de outra pessoa”.

e) Ao interpretar uma norma, deve-se levar em conta o local onde ela foi redigida. Assim, uma disposição incluída na seção do Código de Processo Civil destinada ao seqüestro de bens (arts. 822-825), indica que visa regular esse tipo de procedimento cautelar, e não outro. Aliás, significa que ela não se refere ao crime de seqüestro (arts. 148 e 159, CP).

f) Se, com o tempo, o sentido da palavra sofrer alteração, o operador do Direito deve dar preferência ao significado adotado na época em que o texto foi redigido. Karl Larenz, citado por Antunes (1992, p. 215), assim se exprime:

Se se partisse simplesmente do significado atual, provavelmente seria falseada a intenção do legislador. Com razão o Tribunal Superior Federal examinou – em uma resolução que tratava de saber se “por possuidor de uma mina”, no sentido do § 148 da Lei Geral prussiana de minas de 1865, só podia ser entendido o proprietário da mina ou se poderia também ser considerado como tal um arrendatário ou um usufrutuário – se o legislador de então distinguiu ou não entre o proprietário de uma mina e o possuidor de qualquer título. Se o legislador de então fez a distinção, tal como a entendemos hoje, daí resulta que não pretendeu excluir a responsabilidade do arrendatário ou do usufrutuário. Teria, dessa forma, de existir a favor – o que o Tribunal Superior

Federal decidiu com acerto – razões especiais, com o fim ou a idéia fundamental do preceito, para entender, no caso, o significado da expressão “possuidor da mina” em sentido estrito, a saber: como equivalente ao “proprietário de uma mina”.

g) Deve ser respeitada a significação adotada na localidade em que a norma foi publicada ou será aplicada. A expressão *pequena gleba rural*, por exemplo, nem sempre designará a mesma quantidade superficial de terra. Preceitua o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.393/96:

Pequena gleba rural é o imóvel rural com área igual ou inferior a:
I – 100ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense;
II – 50ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental; e
III – 30ha, se localizado em qualquer outro município.

Daí porque uma quantidade \underline{x} de terra pode ser considerada uma pequena gleba rural em um município, e não ser em outro.

h) Vigora a presunção de que o legislador é zeloso na elaboração da lei. Logo, imperfeições, falhas, impropriedades, obscuridades e contradições, porventura, presentes no texto normativo, precisam ser devidamente provadas. Em não se comprovando, o intérprete deve ater-se à letra do dispositivo.

i) Presume-se que o legislador não emprega palavras desnecessárias. Assim, ao se interpretar uma lei, não se deve abstrair qualquer vocábulo contido nela. Todos devem ser havidos como escritos com o fito de influenciar no sentido e alcance da mesma. Porém, verificado que o dispositivo é perfeito e apresenta sentido sem determinada expressão, ou que esta entra em contradição com o restante do texto, entende-se que ela foi colocada por mero descuido, devendo, portanto, ser vista, respectivamente, como supérflua e inexistente.

As regras supra só comprovam o já mencionado acerca da ligação existente entre os diversos métodos interpretativos. Eles não operam isolados; completam-se.

2.2.1.2 Método lógico propriamente dito

Partindo da premissa de que “a letra mata, mas o espírito vivifica” (BÍBLIA, 1996, p. 1483), desenvolveu-se o processo lógico ou racional, segundo o qual para descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica, dever-se-á perquirir o espírito da lei. Porém, nesta busca não serão considerados os elementos externos, ou seja, as condições históricas, sociais, políticas e econômicas da época da sua formação, nem as do momento da sua interpretação. Será analisado apenas o conteúdo dos textos, sem ultrapassar os elementos internos.

Como o intérprete se deterá apenas na fórmula do texto, o processo lógico se aproxima do processo gramatical. Contudo, dele se difere porque enquanto este examinará as palavras isoladamente, aquele as observará em ligação com as demais. No processo racional, não existe palavra avulsa, mas articulada com as outras palavras e locuções do dispositivo que se completam e se esclarecem. Daí porque Ráo (1999) fala que no processo lógico não se estudam as palavras, mas as proposições por elas enunciadas.

Na apreciação do elo entre as palavras e, por conseguinte, do espírito da lei, o intérprete fará uso das regras da lógica geral: *princípio da identidade* (todo objeto é igual a si mesmo); *princípio da contradição* (uma coisa ou é ou não é); *princípio da exclusão do meio* (se duas coisas se contradizem, uma será certa, a outra, necessariamente errada); *princípio da razão suficiente* (tudo o que existe tem uma razão de ser); *princípio da causalidade* (não há causa sem efeito); *princípio da tríplice identidade* (duas coisas iguais a uma mesma terceira coisa, são idênticas entre si); *princípio do dito do todo* (o todo abrange as partes); *princípio do dito de nenhum* (o que se nega do todo se nega das partes).

Partindo-se destes princípios surgiram vários brocardos, alguns já expurgados do âmbito da hermenêutica, outros, ainda hoje, com aplicação, orientando a interpretação. Dentre os vários axiomas jurídicos, encontram-se:

a) *In claris cessat interpretatio*: se a lei for clara, não comportará interpretação. Conforme já mencionado no começo da seção 2.2, tal brocardo atualmente é rejeitado,

porque para se saber se uma lei é clara faz-se necessário prévio labor interpretativo. Ademais, a idéia de clareza é relativa, o que para uma pessoa é claro, para outra pode não ser; sem contar que aquilo que hoje é claro, amanhã pode se mostrar obscuro. Assim, não somente os preceitos ambíguos, como também os claros comportam interpretação.

b) *Verba cum effectu sunt accipienda*: a lei não contém palavras inúteis. Todas têm uma razão de ser, conseqüentemente, não se deve abstrair qualquer vocábulo, e a cada um deve ser atribuído um valor, que influenciará no sentido e alcance da norma. Embora, o brocardo em questão transmita a idéia de que as palavras têm, por si e em si, força operativa, o fato é que, como advertido por Falcão (1997), isto não é verdade, porque o sentido é operado no objeto por conta do espírito do sujeito, demonstrando, portanto, impropriedade da máxima.

Falcão (1997, p. 265) prossegue dizendo:

Mas o certo é que as palavras estão postas no texto como uma provocação ao sujeito interpretante, para que ele extraia delas os sentidos que estão aptas a propiciar que esse mesmo intérprete capte. Não se encontram ali por mero enfado ou capricho, mas para servir ao sentido, que tem no espírito do intérprete sua usina e complemento de produção.

A parêmia da não ociosidade de termos não pode também ser entendida de forma absoluta, porque, conforme já mencionado quando do estudo do processo gramatical, uma vez verificado, que o dispositivo é perfeito e apresenta sentido sem determinada expressão, ou que esta entra em contradição com o restante do texto, entende-se que ela foi colocada por mero descuido, devendo, portanto, ser vista, respectivamente, como supérflua e não escrita.

Era o caso da alínea “a” do art. 60 da Constituição Federal de 1891, que atribuía à Justiça Federal a competência para processar e julgar “os litígios entre um Estado e cidadãos de outros, ou entre cidadãos de Estados diversos, *diversificando as leis destes*”. Após muitos debates, concluiu-se que as quatro últimas palavras deveriam ser consideradas inexistentes.

Por isso Maximiliano (1999) prefere a fórmula norte-americana de se atribuir, *quando for possível*, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença.

c) *Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*: opte-se pela interpretação dos textos que torne viável o seu objetivo e não a que os reduza à inutilidade.

Falcão (1997, p. 265) chama a atenção para a atualização evolutiva dos objetivos, pois “se ficarem amarrados ao passado, serão objetivos apenas formalmente falando, e não materialmente atuando em prol dos objetivos da vida, a serem perseguidos pela via do Direito, com base na Justiça .”

d) *Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt*: altere-se o menos possível o que sempre foi interpretado do mesmo modo. O brocardo em questão valoriza a interpretação antiga e que se conserva inalterada ao longo do tempo, dando-lhe maior importância e dificultando sua substituição. E isso gera segurança.

Todavia, como demonstra um apego a exegese pacífica, traz uma carga de conservadorismo. Por conseguinte, a máxima não é absoluta, só se justificando quando as condições que deram margem à interpretação consolidada se mantiverem e se razões fortes não vierem à tona (ex: percepção de erro existente). Uma vez ocorrendo uma evolução significativa ou surgindo motivos fortes, por amor ao progresso, a parêmia será abandonada e a interpretação alterada.

e) *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*: restringe-se o odioso e amplia-se o favorável.

O dito aforismo deve ser visto com cuidado, pois a favorabilidade e a odiosidade, assim como a clareza, são relativas: o que é odioso para uma parte, pode não ser para a outra. As normas de direito do consumidor e do trabalho, por exemplo, são favoráveis ao consumidor e ao trabalhador, respectivamente, mas desfavoráveis aos fornecedores e empregadores. É por isso que, como aconselha Falcão (1997), deve-se indagar: Favorável a quem? Porque se o favor for ao mais fraco, tudo bem; já, se for ao mais forte, o favor só será justo, se não redundar em qualquer prejuízo, por menor que seja, para alguém mais fraco.

Além disso, o que aparenta ser maligno, na verdade, pode ser benigno. A restrição ao exercício de direitos, à primeira vista odiosa, será favorável, por exemplo,

se reduzir a capacidade dos menores e interditos, pois a incapacidade é estabelecida para proteger tais pessoas. Nesses casos, a odiosidade será apenas aparente.

f) *Os casos idênticos regem-se por disposições idênticas.* Não poderia ser diferente, pois é de boa justiça, que os casos idênticos recebam a mesma solução. Entretanto, deve-se ter sempre em mente dois pontos: primeiro, um mesmo dispositivo e um mesmo caso podem ser interpretados diferentemente por diferentes intérpretes, bem como pelo mesmo intérprete em momentos diversos; segundo, se a primeira solução for errada, a continuidade de sua aplicação representará apenas a perpetuação de uma injustiça.

g) *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio:* onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Trata-se mesmo de uma questão de isonomia.

Não obstante, tratado por alguns autores como tendo o mesmo significado do brocardo *os casos idênticos regem-se por disposições idênticas*, com ele não se confunde, visto que “razão fundamental igual a outra não é a mesma coisa que caso igual a outro. Razão fundamental é noção que tem a ver também com as bases íntimas do raciocinar, e não apenas com as razões fáticas ou casuísticas” (FALCÃO, 1997, p. 262-263).

Por conta do aforismo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, do princípio da igualdade e do art. 6º da CF, defende-se a impossibilidade da contração do bem de família do fiador.

Explicando: Em virtude do direito à moradia ser um direito fundamental, o art. 1º da Lei nº 8009/90⁵⁴ consagra a impenhorabilidade do bem de família.

Ocorre que consoante o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8009/90⁵⁵, acrescido pela Lei nº 8245/91, o fiador de contrato de locação não poderá opor a impenhorabilidade do

⁵⁴ Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

⁵⁵ Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

imóvel em que reside, no processo de execução contra ele movido, em razão de dívida contraída por meio de fiança.

Se a impenhorabilidade do bem de família visa proteger o direito à moradia, e se o locatário pode opô-la, então, a ressalva feita pelo inciso VII, possibilitando a penhora do bem de família do fiador, fere os princípios mencionados, ao tratar desigualmente situações que apresentam a mesma razão fundamental.

i) *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Aplicando-se essa máxima, conclui-se pela possibilidade de indenização por danos morais às pessoas jurídicas.

Lendo os arts. 5º, X, da CF⁵⁶, 186 do CC⁵⁷ e 49, I, da Lei de Imprensa⁵⁸ percebe-se que, em momento algum, eles fizeram qualquer distinção entre pessoa física e jurídica. Portanto, não tendo o legislador diferenciado, não caberá ao intérprete fazer diferenciações.

O brocardo em exame também não comporta generalizações, vezes haverá em que as distinções serão necessárias.

Quando isso acontecerá? Maximiliano (1999, p. 247) responde:

[...] quando houver motivo sério para reduzir o alcance dos termos empregados, quando a razão fundamental da norma se não estender a um caso especial; enfim, quando, implicitamente ou em outras disposições sobre o mesmo assunto, insertas na mesma lei ou em lei diversa, prescrevem limites, ou exceções, ao preceito amplo.

Ao explicar o adágio, Falcão (1997, p. 263-264) oferece os seguintes exemplos, esclarecedores do exposto:

[...] suponhamos que uma lei diga que indenizações trabalhistas por rescisão de contrato de trabalho não receberão incidência de um determinado tributo. Não havendo a lei distinguido entre principal ou acessório (*verbia gratia*,

⁵⁶ Art. 5º, X, CF. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵⁷ Art. 186, CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵⁸ Art. 49, I, Lei nº 5250/67. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I – os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

o contrato para prorrogação de expediente), é incabível ao intérprete fazer distinções, de sorte que a conclusão leva ao entendimento de que ambas as modalidades contratuais estão livres daquela incidência tributária. É que o conteúdo de potencialidades de justiça, nas duas hipóteses, é igual. Mas se, por outro lado, e ainda exemplificando, a lei indicasse a aplicação solidária de igual exigência econômico-financeiro formal e nominal a duas pessoas, uma delas ganhando mensalmente um simples salário mínimo e a outra sendo multimilionária, o intérprete poderia optar pelo entendimento de que a pessoa mais rica suportasse ônus maior, efetuando-se, em decorrência, um rateio econômico-financeiro mais suave em favor do obrigado mais pobre. É que, nessa hipótese, o conteúdo de potencialidades de justiça sugeriria que uma rigorosa igualdade aritmética seria consubstanciadora de uma desigualdade real. Noutras palavras, se o intérprete insistisse, perante pessoas tão econômicas e financeiramente diferentes, em aplicar critérios formalísticos estritos e insensíveis de igualação apenas aritmética, aí, sim, é que ele estaria perpetrando uma distinção onde a lei não distinguira.

j) *Specialia generalibus insunt*: o geral abrange o especial. Destarte, se o texto menciona o todo, o gênero e o masculino, presume-se incluídos, respectivamente, as partes, a espécie e o feminino.

Assim, quando o Código Civil de 1916 prescrevia no art. 2º que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, entendia-se que o termo homem abrangia tanto as pessoas do sexo masculino como as do feminino.

Entretanto, dispondo a lei diferentemente, trazendo regras diversas para o todo e para as partes, ou para o gênero e para a espécie, ou para o masculino e para o feminino, presume-se a disposição especial como uma exceção da regra geral.

Um exemplo disso está no §7º do art. 201 da CF/88⁵⁹, o qual traz nos seus incisos as palavras homem e mulher, ao estabelecer tempos de contribuição e idades diferentes, de acordo com o sexo da pessoa.

k) *Accessorium sequitur principale*: o acessório segue o principal. O axioma em questão não deve ser levado ao extremo. Primeiro, porque ainda que o acessório vá atrás do principal, com ele não se confunde, apresenta particularidades. A propósito, muito bem apanhadas são as colocações feitas por Falcão (1997, p. 265):

⁵⁹ Art. 201, §7º, CF/88. É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Os fundamentos lógicos desse brocardo não devem ser apanhados com excessiva ortodoxia. O acessório tem suas peculiaridades. Se assim não fosse, seria também principal. A vinculação que o faz depender do principal implica, por si mesma, certas diferenças, pois, do contrário, não haveria vinculação, porém equivalência. E os dois seriam principais. Assim, o intérprete deve levar isso em consideração, nos moldes em que é preciso, numa analogia, não confundir a parte com o todo, ou o elemento com o sistema a que pertence.

Segundo, porque apesar de normalmente os acessórios seguirem o principal, as pertenças, que, a rigor, são acessórios, no Direito Brasileiro, receberam tratamento diferenciado. De acordo com os arts. 93⁶⁰ e 94⁶¹ do CC, elas não acompanharão necessariamente a sina do principal. Isso influenciou o legislador de 2002 a não reproduzir o art. 59 do Código Civil de 1916⁶² que trazia, de forma expressa, o princípio de que o acessório segue a sorte do principal.

Exemplos de pertenças são os tratores de uma propriedade rural e os elevadores de um edifício residencial, salvo se a lei determinar de modo diferente, ou se houver no contrato cláusula em sentido contrário, ou se as circunstâncias do caso apontarem em sentido diverso.

Não obstante, existirem outros brocardos, diante da natureza do presente trabalho, não mais se prorrogará neles.

O processo lógico também é censurado. Como na busca do sentido e alcance da lei, não se vai além dos textos, desprezando-se os elementos exteriores, esvazia-se a lei de todo seu elemento humano e passa-se a ver o Direito como ciências exatas, isto é, em termos de precisão matemática, o que se exterioriza através do estabelecimento de inúmeros brocardos.

Só que a lei não é só elementos intrínsecos, também é elemento extrínsecos. Ela nasce para regular a vida em sociedade, vida complexa e dinâmica, por conseguinte, na hora de interpretá-la não se pode desprezar as idéias sociais, políticas, econômicas, filosóficas dominantes na atmosfera social em que surgiu bem como na que será aplicada, já que as necessidades se renovam a cada dia. Esquecer dos

⁶⁰ Art. 93, CC. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

⁶¹ Art. 94, CC. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

⁶² Art. 59, CC/16. Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal

elementos externos na hora de interpretar a norma é um erro que levará a um resultado meramente artificial, distanciando o intérprete da verdade.

Justamente por desprezá-los e esquecer que a vida é complexa e instável, o processo lógico busca reduzir tudo a parêmia, e fala-se em interpretação como demonstração de um teorema de matemática, ou seja, como aplicação mecânica dos brocardos.⁶³

Mas, o mundo não pára, novas questões estão sempre por vir, e por isto não é possível abarcar tudo dentro de regras e axiomas. Com o tempo, as máximas vão se mostrando imprecisas, inexatas, falíveis, contraditórias, e o seu emprego gerador de erros e injustiças. Daí porque, como visto, algumas terminam sendo afastadas.

Transcreve-se, a respeito, as críticas lançadas por Maximiliano (1999, p. 124-126):

Tal sistema, só por si, não é produtor. Rígido sobremaneira, quando levado às últimas conseqüências, não se adapta aos objetivos da lei, consistente em regular a vida, multiforme, vária, complexa. Torna-se demasiado grosseiro e áspero para o trabalho fino, hábil, do intérprete, que é forçado a invocar o auxílio de outros elementos, da teologia, dos fatores sociais. Degenera facilmente em verdadeira pedanteria escolástica. Oferece aparência de certeza, exterioridades ilusórias, deduções pretenciosas; porém, no fundo, o que se ganha em rigor de raciocínio, perde-se em afastamento da verdade, do Direito efetivo, do ideal jurídico.

Dessa preocupação de reduzir toda a Hermenêutica a brocardos, de aplicação mecânica, a conseqüência é multiplicarem-se em demasia as regras de interpretação a tal ponto que se tornam menos salientes, perceptíveis, os seus caracteres, e, por conseguinte, não é fácil discernir quando se deve rejeitar uma e aplicar de preferência outra; distancia-se o investigador, ao invés de aproximar, da pretendida certeza matemática; enfim, cai-se na sutileza, incompatível com a segurança jurídica prometida e colimada.

.....
Aquele processo abstrato tirava a um ramo de estudos a sua principal característica, a de ser, por excelência, uma ciência social, e, portanto, destinada a adaptar-se à vida da coletividade, variar à medida das necessidades da prática, fornecer novas concepções jurídicas acordes com as circunstancias mutáveis do meio.

Porém, isso não implica na imprestabilidade do processo lógico. Ele tem o seu valor: trata-se de um método imprescindível à interpretação, pois, juntamente com os outros, ajudará na fixação do alcance e conteúdo da lei. A máxima sendo verdadeira e aplicada com cuidado e bom-senso, facilitará o trabalho do intérprete.

⁶³ A par disso, Lima (1955, p. 11) conclui que o presente método “reduz o intérprete à mais escravizadora das exegeses dos textos legislativos”.

Deve-se, no entanto, combater os excessos no emprego do processo lógico. A aplicação isolada do mesmo é insuficiente para determinar o espírito da lei.

O próprio Maximiliano (1999, p. 126-127, grifo do autor), cujas censuras foram transcritas acima, não ousou defender tese oposta:

O mal está no *abuso*, que leva a despreza o coeficiente pessoal e os valores jurídico-sociológicos; e não em simples *uso*, consistente em aplicar o processo da Lógica, sem deixar de contar com outros elementos, inclusive a cultura, o critério profissional, a isenção de animo, o tato e outros predicados individuais do verdadeiro exegeta e aplicador do Direito.

2.2.1.3 Método sistemático

O ordenamento jurídico não é um amontoado de normas avulsas. Muito pelo contrário, trata-se de um complexo de regras e princípios jurídicos relacionados entre si, formando um todo coerente e unitário, que tem como base e fonte de validade a Constituição. Não há, portanto, dispositivos independentes dos demais; todos se integram, podendo um influir sobre o sentido dos outros.

A ligação entre as disposições legislativas pode ser manifesta ou oculta. É patente, por exemplo, o liame entre o art. 927 do CC e os arts. 186 e 187 do mesmo diploma legal, haja vista a referência expressa do primeiro aos outros dois⁶⁴.

Partindo-se dessas idéias, surgiu o processo sistemático entendendo que a interpretação deve resguardar a harmonia do sistema jurídico. Portanto, na hora de interpretar não se deve pegar um dispositivo e isolá-lo dos demais, dissociando-lhe da ordem jurídica. Há que se considerar o caráter estrutural do Direito, ver a norma como parte de um todo e examiná-la em conexão com as outras disposições da mesma lei, referentes ao mesmo instituto jurídico ou a institutos análogos.

A análise separada de uma única disposição legal nem sequer é considerada interpretação por Eduardo J. Couture, citado por Silveira (1985, p. 83-84):

⁶⁴ Art. 927, CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ninguém, certamente considera que interpretar a lei seja interpretar qualquer passagem de um artigo ou de um inciso, colocando-os ao microscópio e examinando suas partículas, com absoluto desinteresse pela totalidade desse organismo vivo, do qual fazem parte esses fragmentos [...] A leitura pode ser tão inteligente e tão compreensiva quanto se queira. Mas, se o trabalho não vai além disso, se se limita a examinar o fragmento que se encontra ao microscópio, não haverá interpretação. Toda tarefa interpretativa pressupõe a tarefa de relacionar a parte com o todo. O sentido é extraído inserindo-se a parte no todo.

Por exemplo, o exame do art. 933 do CC, por si só, nada dirá. Estabelece referido dispositivo: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Que pessoas? Que terceiros? As pessoas arroladas no incisos I a V do artigo antecedente responderão por qualquer ato praticado pelos terceiros ali também mencionados?

Olhando unicamente para o art. 933, tais indagações permanecerão ecoando sem respostas. Para chegar na solução, necessário se faz lançar os olhos sobre outros dispositivos: não só sobre o art. 932, mas também sobre os arts. 186, 187, 927, dentre outros, conforme o caso. Para se ter uma idéia, sendo a hipótese do inciso I do art. 932, poderá ser preciso analisar ainda os arts. 3º a 5º, 928, 1630 a 1638 do CC.

Porém, na pesquisa do conteúdo e alcance da norma não deve o exegeta parar por aí. Ele precisa ir mais longe. É necessário conciliar leis com leis: confrontar o texto normativo em exame com outros de diplomas legais diversos do mesmo sistema jurídico, mas afins. Devendo principalmente voltar os olhos para a Constituição, e buscar sempre a interpretação que for mais de acordo com ela. Ademais, deve relacionar o dispositivo com os princípios gerais do direito.

Por quê?

Santos (1942, p. 85) responde:

Não só dentro do texto da própria lei se deve presumir harmonia. Também a harmonia se deve presumir entre a lei e o conjunto do direito nacional, porque cada lei não só é um elemento que integra o conjunto do direito nacional, participando dos caracteres deste, da sua orientação e marcha progressiva (PAULO LACERDA, n. 284, mas também porque nenhuma lei, por isso mesmo, pode ser considerada em estado de isolamento ou em conflito com o sistema legal e principalmente com aquelas outras que disciplinam matéria análoga.

A relação presente entre os arts. 188, I, do CC⁶⁵ e 25 do CP⁶⁶ demonstra bem o elo existente entre dispositivos de diferentes diplomas legais: o Código Civil apesar de falar em legítima defesa, não diz o que ela vem a ser, entendimento este que será encontrado no Código Penal. Como o ordenamento jurídico é todo harmônico, coerente e unitário, constata-se que o conceito penal de legítima defesa deverá ser aplicado no âmbito cível.

Os escritos de Diniz (1998, p. 425-426), baseados em Horst Bartholomeyzik, sintetizam o exposto:

[...] na leitura da norma, nunca se deve ler o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro, nem deixar de ler o segundo depois de ter lido o primeiro; nunca se deve ler um só artigo, leia-se também o artigo vizinho. Deve-se, portanto, comparar o texto normativo, em exame com outros do mesmo diploma legal ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, pois por umas normas pode-se desvendar o sentido de outras. Examinando as normas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas.⁶⁷

O exegeta também não pode cessar sua atividade por aí, pois o seu mundo, diferente do que os leigos possam supor, não se acaba na última página do seu código nacional, ele rompe as fronteiras do mesmo, e penetra no direito alienígena.

Caso o intérprete se limitasse ao sistema jurídico ao qual se integra, ele teria uma maior dificuldade em apreendê-lo, e talvez nem mesmo chegasse no melhor entendimento, pois, consoante observa Coutinho (2007), baseando-se em Martínez Paz, “as investigações que ocorrem dentro dos limites exclusivos de uma legislação

⁶⁵ Art. 188, CC. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

⁶⁶ Art. 25, CP. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

⁶⁷ Ferraz Júnior (1994, p. 289) presenteia os seus leitores com um exemplo esclarecedor sobre a interpretação sistemática: “[...] a questão de saber se uma lei pode sem limitações, criar restrições à atividade comercial e industrial de empresas estrangeiras, leva o interprete a buscar, no todo (sistemático) do ordenamento, uma noção padrão de empresa nacional e seu fundamento nas normas constitucionais. Assim, diante de uma lei que de fato estabelecesse tais restrições, é preciso saber se a constituição, ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei e discriminar, ela própria, alguns casos em que o princípio se vê excepcionado (por exemplo, a propriedade e administração de empresas de TV, rádio e jornalísticas é vedada a estrangeiros), cria algum princípio geral sobre as exceções autorizadas. Portanto, se se puder dizer que, quando a constituição excepciona a regra geral da igualdade, elege como qualidades da empresa a nacionalidades de proprietários e dirigentes, a nacionalidade do capital, a nacionalidade dos trabalhadores, a nacionalidade da orientação intelectual e tecnológica, a interpretação sistemática dirá que nenhuma lei (por pressuposto, subordinada à constituição) poderá criar uma nova qualidade (por exemplo, a nacionalidade da matéria-prima utilizada na produção) para restringir a atividade de empresas estrangeiras.”

nacional vão fechando cada vez mais o horizonte e provocando uma incompreensão dos verdadeiros problemas do direito.”

Daí porque o processo sistemático deságua também no Direito Comparado, ou seja, na confrontação do Direito nacional com o Direito de outros países.

O Direito Comparado é de suma importância, vez que é instrumento de descoberta dos sistemas jurídicos confrontados. Ele leva ao conhecimento não só dos direitos alienígenas, auxilia também no conhecimento e compreensão do direito nacional, cujas características e detalhes, através da comparação, ficam mais evidentes.

A comparação entre sistemas jurídicos pode gerar ainda o aperfeiçoamento do Direito nacional. Do enfrentamento provavelmente surgirá questionamentos, novas percepções – demonstrando possíveis equívocos acerca de determinada norma, instituto, ordenamento ou interpretação jurídica –, e a partir disto é capaz que se alcance uma solução que melhor resolva os conflitos, a ser incorporada ao Direito pátrio, seja por meio de alteração legislativa ou interpretativa, levando a sua reforma e evolução.

Os efeitos de esclarecimento e aprimoramento do próprio direito nacional ficam visíveis quando se tem ciência que na elaboração de leis, não somente no Brasil como também no exterior, costuma-se buscar inspiração nos ordenamentos de outros países, resultando muitas vezes em dispositivos com pequenas alterações, mas firmes na essência, quando não, em cópias fiéis das disposições estrangeiras⁶⁸. É o caso, por exemplo, do art. 187 do CC, que teve como fonte direta o Código Civil Português, sendo praticamente cópia fiel do seu art. 334.

⁶⁸ Vale transcrever Maximiliano (1999, p. 132):

“Embora as legislações conservem certa autonomia e parcial originalidade, que correspondem a tradições especiais e aos interesses prevaletentes em determinadas regiões; todavia a aparente diversidade em regular as relações jurídicas apresenta um fundo comum. Daí resulta progressiva generalização das disposições, aplicáveis a condições sociais que são semelhantes entre os povos da mesma época e *do mesmo grau de civilização*.”

‘Quando aproximamos, não só em sua coexistência estática, mas também no conjunto da sua evolução dinâmica, os direitos dos países de *civilização análoga*, e, com examinar de perto o jogo prático das regras, procuramos deduzir as idéias diretoras de todo o seu funcionamento, não podemos deixar de notar, tanto para as grandes linhas como, e melhor ainda, para certas questões minúsculas, os traços distintivos de uma sorte de ideal legislativo, senão, até, de um Direito comum da humanidade civilizada’.

Em geral, as legislações dos povos cultos servem-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função destinada ao mesmo fim; por isso, desde que se estudam sob o aspecto verdadeiramente científico os fenômenos jurídicos, entra como fonte de esclarecimentos o Direito Comparado.”

Art. 187, Código Civil Brasileiro

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 334, Código Civil Português

(Abuso do direito)

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

O “beber” em outros ordenamentos não é fato novo, faz parte da história das legislações, basta lembrar que Sólon, antes de promulgar as leis de Antenas, estudou diversas leis estrangeiras. Os romanos encarregados de redigir a Lei das XII Tábuas também fizeram o mesmo (COUTINHO, 2007).

Ora, se o Direito Comparado ilumina o caminho dos elaboradores de normas, nada mais natural que ele auxilie os intérpretes delas.

Assim o intérprete do direito, ao utilizar o método sistemático, deverá comparar o texto do dispositivo em exame, com leis congêneres pertencentes a outros ordenamentos jurídicos.

Porém, não se trata apenas da comparação entre legislações. O Direito Comparado não se confunde com Legislação Comparada, pois o Direito de um país não se resume em suas leis. O processo é mais complexo, envolvendo as construções doutrinárias e a interpretação jurisprudencial.

Maximiliano (1999, p. 133, grifo nosso) dedicou algumas linhas ao assunto:

Não se perca de vista uma verdade corrente: a simples Legislação Comparada não tem, para o hermeneuta, o mesmo valor que o Direito Comparado. Este é uma ciência completa; aquela uma síntese, nem sempre compreensível de plano; apenas propicia a ilusão, aparência de cultura, em vez de uma sólida base de conhecimentos, pois só fornece as palavras, não o espírito das normas compulsórias.

No Brasil, como em toda parte, ao emendar textos constitucionais, ou elaborar leis ordinárias, claudicam os parlamentares com traduzir textos positivos sem compulsar a obra dos comentadores eruditos. Quem lê unicamente Código ou Constituição tem uma só base, a mais fraca – a exegese verbal; faltam-lhe os demais, e os *melhores*, elementos de interpretação; por isso, toma, com frequência, a nuvem por Juno, desgarra a valer.

Todavia, o comparativista não pode se prender apenas à lei, à doutrina e à jurisprudência, deverá analisar ainda os dados históricos, sociais, políticos e econômicos, que elucidam a estrutura da instituição em cada país. Porque ao se

importar uma norma ou uma interpretação atribuída a regras semelhantes, mas filhas de legislador alienígena, a implantação no ordenamento pátrio não poderá ser meramente artificial. As devidas adaptações à realidade do país de destino deverão ser feitas.

Se não for possível realizar os ajustes? No caso de dispositivo, ele não poderá ser integrado ao ordenamento nacional; se for interpretação, ela não poderá servir de parâmetro.

Nem sempre o que deu certo lá fora dará aqui, visto que as regras são criadas a partir da realidade de cada sociedade, com estrutura, costumes e crenças diversas. Por isto, deve-se ter muita cautela ao usar o método comparativo.

Segundo o escólio de Maximiliano (1999, p. 133, grifo do autor), “a presunção de acertar diminui quando entre os povos, cujo Direito se confronta, há diversidade de regime político, organização social, ou grau de cultura; comparam-se as legislações *de tendências análogas*.”

Como se vê, o processo sistemático é mais complexo do que os anteriores, haja vista a não limitação ao dispositivo interpretado. Há a inserção de elementos estranhos: outros textos da mesma lei; textos de outras leis do mesmo ordenamento jurídico; textos de sistemas jurídicos alienígenas.

Isto é crucial para a preservação da harmonia que deve haver entre a norma pesquisada e o sistema jurídico a que pertença.

Conclui-se então que a sistematização impõe balizas ao trabalho do exegeta: não é qualquer interpretação que servirá, tem que ser dada uma interpretação coerente com o restante do sistema.

Observado isoladamente um artigo poderá ser incompreensível, ou apresentar um sentido incompatível com o sistema jurídico, ou seja, diverso do obtido por meio da análise sistemática.

A lição de Nicola Coviello, citada por Silveira (1985, p. 82) reforça o afirmado:

Para descobrir o verdadeiro sentido da lei, não basta ter em conta o significado das palavras contidas numa única disposição, mas é necessário verificar ainda a correlação entre tal disposição e as outras afins que formam um instituto jurídico em sua totalidade; e, depois disso, investigar as conexões desse instituto com aqueles análogos e com os princípios fundamentais de todo o direito. A concatenação entre as várias disposições legislativas pode ser

manifesta ou oculta, mas existe sempre como resultado da contextura das várias relações da vida social, da qual brota o organismo de toda a legislação ou pelo menos de um ramo desta. Daí se deduz claramente que o estudo dessas relações deve trazer muitíssima luz para compreender qualquer disposição, a qual, considerada isoladamente, pode parecer ininteligível, absurda e irracional, ou aparentar sentido diferente daquele que efetivamente deve ter. Nessa confrontação, também se perceberá de que princípio deriva a norma isolada, ou de que princípio ela é uma exceção; e ver-se-á ainda qual seja o seu escopo prático, quais os possíveis efeitos nas várias aplicações, e quais os limites do seu alcance.

Apesar de todas as vantagens apresentadas pelo método sistemático, não se deve aplicar unicamente ele. Devem ser considerados outros fatores, tais como: o ambiente social e jurídico do qual brotou a lei em exame e o da lei com a qual conflite; os valores sociais, econômicos, políticos e jurídicos da época de sua aplicação etc.

2.2.1.4 Método histórico

O Direito é um produto histórico, e esta característica se estende a suas formas de expressão. A lei, por exemplo, por mais recente que seja, sempre terá um elo, ainda que pequeno, com o passado. Liame este que haverá não só quando ela representar continuação, total ou parcial, de disposições preexistentes, como também quando bancar modificações de preceitos antecedentes, ou implantar institutos não adotados anteriormente – pois, como é sabido, as alterações e inovações decorrem do amadurecimento das idéias de ontem, com o escopo de atender as novas e futuras necessidades sociais.

Um exemplo da ligação presente-passado é o caso do Código Civil de 2002. Comparando ele com o Código Civil de 1916, constata-se que as inovações são em números reduzidos.

Ademais, o art. 933 do CC atual⁶⁹, considerado uma das novidades, posto representar mudança de tratamento em relação à previsão do art. 1523 do CC

⁶⁹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

anterior⁷⁰, é resultado da paulatina substituição, ocasionada, ao longo do tempo, pela doutrina e jurisprudência, da idéia de culpa a ser provada pelas noções de culpa presumida (relativa ou até mesmo absoluta) e transferência do ônus da prova, que terminaram por culminar na substituição da responsabilidade pelo fato de outrem de subjetiva em objetiva.

Por outro lado, o art. 157 e seus parágrafos⁷¹, que inseriram o instituto da lesão, não adotado pelo diploma anterior, embora considerado uma novidade em termos de legislação, não é original. Ele tem suas raízes no direito romano na lesão *ultra dimidiam* (lesão enormíssima), que consistia na alienação da coisa por menos da metade do seu preço justo.

Além disso tudo, normas existem que surgiram no passado mas que vigoram até hoje. O Código Comercial do Brasil, por exemplo, é de 1850.

Se o passado se faz presente no hoje e comparecerá no amanhã, conhecê-lo é de suma relevância para a compreensão do presente e antevisão do futuro. Daí o valor que tem o processo histórico⁷².

O processo histórico, na busca de determinar a inteligência da norma, parte para a investigação dos antecedentes dela. Nesta averiguação, serão estudados o momento de surgimento da norma, o direito anterior, o histórico do processo legislativo, a exposição de motivos da lei.

a) *Momento de surgimento da norma.* Procurará compreendê-la dentro das circunstâncias históricas, sociológicas, econômicas, políticas, filosóficas, éticas e religiosas, do espírito jurídico dominante, das idéias reinantes, dos desejos e receios da época da elaboração da lei.

⁷⁰ Art. 1523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligencia de sua parte.

⁷¹ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§2º Não se decretará a anulação do negócio, se foi oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

⁷² Pereira (1998a) entende que não existe interpretação histórica nem método histórico, mas apenas elemento histórico invocado para auxiliar o trabalho do intérprete.

Realmente, o exame supra tem sua importância, pois “o legislador é um filho do seu tempo” (MAXIMILIANO, 1999, p. 139), não editando normas alheias a sua realidade, e isso fica notável quando se percebe que algumas leis só são compreendidas quando analisadas dentro do quadro de sua criação. É o caso, por exemplo, do art. 3º da Lei nº 6620/78, que dispõe: “a segurança nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e a guerra revolucionária ou subversiva”. Como lembrou Antunes (1992, 219), “fora do contexto de um regime autoritário, que estabelece como sua *raison d’être* a repressão contra o seu próprio povo”, será impossível determinar o seu significado.

Porém, isso não autoriza o intérprete a ater-se exclusivamente ao passado. Até mesmo porque o fato do legislador está ligado ao seu tempo, não significa que a lei só será aplicada em tal período. Ela poderá ser empregada por muitos anos após sua gênese. Se cinquenta anos após sua promulgação, a lei continuar em vigor, como o “presente [é] um desdobramento do passado, e não a fiel imagem deste, fixa, marmórea, inalterada” (MAXIMILIANO, 1999, p. 144), ao interpretar a norma o exegeta não estará vinculado ao entendimento inicial, mas, convém, basear-se nele para adaptá-la aos fatos supervenientes.

É por isso que Barassi, citado por Santos (1942), diz que a lei uma vez publicada é como um feto que se desprende do útero materno.

A lei é dotada de vida própria: desprende-se de quem a redigiu; não se limita ao seu tempo; adquire novos sentidos, seja pela conexão com normas preexistentes, seja pelo surgimento ou revogação de outras, seja ainda pelas transformações do âmbito social.

Caso fosse a lei uma prisioneira do seu tempo, chegar-se-ia na seguinte conclusão: mudada as circunstâncias, o diploma legal perderia a razão de ser. Transcreve-se a respeito os dizeres de Hegel, apud Carreiro (1976, p. 239):

À justificação histórica, quando confunde o aparecer externo com o surgir do conceito, sucede, inconscientemente, realizar, nesse caso, o contrário do que se supõe. Se o surgir de uma instituição se mostra, sob suas determinadas circunstâncias, completamente de acordo com o fim necessário – e, portanto, realiza-se o que o ponto de vista histórico exige –; se isto deve servir como uma justificação geral da matéria mesma, conclui-se antes o

contrário, isto é, que, quando tais circunstâncias não mais existam, a instituição tenha perdido sua significação e seu direito.

Como se vê, não apenas o momento histórico em que surgiu a lei, como também a época em que ela será interpretada, deverão influenciar na fixação do seu significado.

b) *Direito anterior*. Se, consoante o já mencionado, na maioria das vezes, os institutos jurídicos têm seu embrião em legislações passadas, e as normas são de certa forma continuação ou modificação de disposições antecedentes, convém que, quando da fixação da inteligência deles, recorra-se ao direito anterior, ou seja, à história geral do direito, à história do instituto de que trata a lei – não só dentro, mas também fora do país –, e à história do dispositivo submetida à interpretação.

A comparação entre as normas atuais e as normas que a precederam, emitirá uma luz, que alumiará a escolha da interpretação a ser dada⁷³.

Ao mesmo tempo, propiciará uma visão geral da evolução jurídica, que evidenciará as sucessivas mutações por que passou, ao longo dos anos, o direito, o instituto ou o preceito; os pontos que se mantiveram constantes; e as suas tendências hodiernas, isto é, a função a que é convocado a desempenhar na atualidade.

O panorama evolutivo também fornecerá elementos para se fazerem previsões para o futuro.

c) *Histórico do processo legislativo*. O exegeta poderá recorrer também ao histórico do processo legislativo, isto é, aos anteprojetos, projetos e respectivas exposições de motivos, debates parlamentares, pareceres, relatórios, votos, emendas, bem como a outros materiais legislativos que precederam e acompanharam a elaboração da lei.

Hodiernamente, esses documentos não têm mais o prestígio que apresentavam no passado, a ponto de serem considerados verdadeira interpretação autêntica. Desde

⁷³ Ferraz Júnior (1994, p. 290) apresenta o seguinte exemplo: “[...] se as normas anteriores permitiam o uso de moedas estrangeiras como índice para se aferir a inflação e se corrigir o valor monetário das obrigações e, no ensejo da nova lei, elas foram expressamente excluídas, isto pode ser uma orientação importante para se entender se, ao surgir, a nova lei eliminou absolutamente a moeda estrangeira como padrão ou se haveria casos em que ela teria ainda de subsistir. [...] Muitas vezes pode-se, por exemplo, chegar à conclusão de que uma determinada lei atendeu a uma situação de emergência, cujas condições típicas se alteraram e que, portanto, têm de ser restringidas para o entendimento das normas.”

o instante em que a lei passou a ser vista como dotada de vida própria, eles perderam um pouco sua importância.

Prestígio esse que decai mais ainda em virtude de três pontos: primeiro, há toda uma situação histórica concreta anterior a esses trabalhos, que é relevante na fixação da inteligência da lei, mas que não dar para ser contada profundamente por eles; emergindo apenas superficialmente.

Segundo, nem todos os parlamentares se inteiram por completo e com antecedência dos termos do projeto; havendo, até mesmo, os totalmente desinformados que, no momento da votação, ou buscarão rapidamente se informar do que se trata ou seguirão indiferentemente o fluxo comandado pelos líderes.

Terceiro, esses trabalhos, via de regra, camuflam os reais escopos da lei. Para ganharem o apoio da opinião pública, há parlamentares que não dizem realmente para que vieram. Escondem-se atrás de palavras que soam bem, como cidadania, democracia, direitos fundamentais,... quando na verdade fazem-se presentes para conseguirem vantagens pessoais e para garantirem os privilégios daqueles que patrocinaram suas campanhas. Isso fica bem visível quando vêm à tona casos como o do “Mensalão”.

Oportuna mostra-se a lição de Carreiro (1976, p. 241-242):

Não basta o exame dos “trabalhos preparatórios”, nem dos relatórios das comissões parlamentares, nem das discussões em plenário, porque, quase sempre, tudo isso mascara os verdadeiros objetivos da lei, envolvendo-os com termos demagógicos, sempre usados para confundir e mistificar a opinião pública. Fala-se em “bem-estar social”, em “defesa do direito do povo”, em “proteção as massas populares”, em “fortalecimento dos princípios democráticos”, quando, na realidade, a finalidade é a garantia de privilégios de classe (o que não pode, nem deve, ser confessado). Com isso, prepara-se o engodo dos que têm de obedecer à norma que se elabora, fazendo-os crer que a lei é feita a favor de todos, quando, de fato visa apenas à proteção dos manipuladores do poder econômico e político. Isso não transparece nas justificações dos projetos, nem nos pareceres das comissões parlamentares. Para conhecer tudo isso é preciso pesquisar a época histórica de sua propositura e descobrir aquilo que se alapa com a mistificação das massas. Está claro que, para tanto, só se refazendo a História, nas suas bases e nos seus conflitos, se chega a esse resultado.

Constata-se, portanto, que o apego exagerado ou exclusivo ao histórico do processo legislativo poderiam cristalizar o sentido da norma, distanciar o exegeta do conteúdo real e social dela e distorcer os seus verdadeiros objetivos.

É por tudo isso que os trabalhos preparatórios não devem ser invocados como fator decisivo na fixação do conteúdo e alcance da lei.

No entanto, não se deve repudiá-los por completo, pois eles têm o seu valor no trabalho interpretativo – auxiliam no estudo das razões históricas da norma.

Acontece que, em virtude das razões supra, eles não se vinculam a lei, não são absolutos, não obrigam o exegeta, e devem ser utilizados com cautela e sem abusos.

O problema apresenta-se, justamente, em fixar os limites para o emprego do histórico do processo legislativo.

Maximiliano (1999, p. 143), embasado em vários autores, arrola algumas regras que ajudarão na demarcação da linha divisória entre o emprego legítimo e o uso errado, inoportuno ou excessivo:

a) Só devem servir de guia da exegese os Materiais Legislativos quando o pensamento diretor, o objetivo central, os princípios, que dos mesmos ressaltam, encontram expressão no texto definitivo.

b) Proceda também o intérprete ao exame do dispositivo, em si e em relação ao fim a que se propõe; tente, sempre e complementarmente, o emprego do processo sistemático e o confronto do resultado com os princípios científicos do Direito.

c) Admita o sentido decorrente dos Trabalhos Preparatórios quando plenamente provado, evidente, acima de qualquer dúvida razoável.

d) Se um preceito figurava no Projeto primitivo e foi eliminado, não pode ser deduzido, nem sequer por analogia, de outras disposições que prevaleceram, salvo quando a supressão se haja verificado apenas por considerarem-no desnecessário ou incluído implicitamente no texto final.

Um pouco mais à frente, Maximiliano (1999, p. 147) estabelece outras regras a serem observadas quando da análise das sessões plenárias do Congresso:

a) Quando inconciliáveis duas digressões orais sobre o mesmo assunto, prefira-se a que diz respeito a um só artigo, ao invés da que se refere ao conceito geral da lei.

b) Não é lícito concluir, de simples farrapos de frases ou pensamentos, escolhidos na discussão, para confirmar o parecer do intérprete.

c) Se as declarações de um outro ramo do Parlamento coincidem, aproveitam à exegese; quando se contradizem, elidem-se reciprocamente.

Na mesma Câmara, vale mais a solução resultante de pareceres e discursos não contraditados, do que a oriunda de controvérsias no plenário, ou de divergências entre as comissões parlamentares.

d) *Preâmbulo da lei ou exposição de motivos da lei.* No processo histórico, o intérprete poderá se servir ainda do preâmbulo da lei ou da exposição de motivos, que

são um resumo dos motivos da lei, dos seus fins, das mudanças implementadas ou das idéias e princípios que serão desenvolvidos no seu texto.

O preâmbulo da lei e a exposição de motivos não se confundem com os trabalhos preparatórios, pois estes não integram o corpo da lei; já aqueles se agregam a ele, mas nem assim revestir-se-ão da mesma autoridade da lei. Portanto, o preâmbulo da lei e a exposição de motivos não terão valor dispositivo, funcionarão apenas como meros subsídios da interpretação, e, conforme lembrado por Maximiliano (1999), não ampliarão nem restringirão o sentido decorrente das próprias regras positivas.

Constata-se, portanto, que o processo histórico, sob qualquer de suas modalidades, tem a sua valia no labor interpretativo, não podendo ser desprezado. Mas, como “a lei não é elaborada para um corpo social moribundo, mas para um corpo social vivo, em desenvolvimento, com épocas de crise e com épocas de estabilidade” (GUSMÃO, 1978, p. 265), o processo histórico não deverá ser invocado com abuso ou exclusividade, sob pena da lei acabar perdendo contado com a realidade em movimento da época em que será aplicada.

2.2.1.5 Método sociológico

As condições da sociedade assumem relevância quando da interpretação das disposições legais. Relevância esta que fica bem aparente quando se aplica uma mesma lei a meios sociais diferentes⁷⁴. O mesmo se diga quando da aplicação em uma mesma sociedade, mas em momentos distintos.

⁷⁴ Roscoe Pound, citado por Silveira (1985, p. 275, grifo do autor), exemplifica: “Tem sido sugerido, com visos de veracidade, que a diferença entre a concepção inglesa do solo como aquisição permanente de família, e a concepção norte-americana do mesmo como um ativo comercial, ou lugar para agir e promover empresas, isto é, uma diferença no ideal ou representação da sociedade, impôs pontos de partida diferentes para o raciocínio dos julgadores. Da mesma forma, na interpretação, o elemento ideal é decisivo. Os Estados de Massachusetts e Missouri divergiram ao interpretar *exatamente a mesma linguagem* em leis que extinguiram o direito de primogenitura na transmissão da propriedade por herança. Não sendo decisiva a linguagem da lei, a questão deslizou para aquela do mérito intrínseco das interpretações possíveis. Mas como foi esse mérito determinado? Evidentemente pelo ideal, relativo ao tempo e ao lugar, daquilo que deve ser a ordem social norte-americana. Na Nova Inglaterra (região em que está situado Massachusetts), a perpetuação de uma família tinha, nessa representação, um lugar que absolutamente não possuía no Sudoeste americano (zona a que pertence Missouri).”

A sociedade não pára, está em constante transformação: novas descobertas estão sempre ocorrendo; novas idéias e teorias aparecem; surgem novas tecnologias; antigas verdades são derrubadas; firmam-se novas relações; problemas nunca antes imaginados vêm à tona... Os fenômenos políticos, econômicos, morais e religiosos se modificam... A realidade se transmuda.

Como o Direito é uma criação da vida social, as mudanças operadas na sociedade vão refletir nele. Mudando-se a realidade, muda-se o Direito.

Sendo a lei uma das formas de exteriorização do Direito, ela é um fenômeno eminentemente social, por conseguinte, não poderia ficar presa à época em que foi elaborada, ou seja, alheia à evolução da sociedade em cujo meio atue.

A legislação também progride. Adapta-se aos novos tempos por meio da criação de novas leis ou das alterações legislativas. Mas como as leis não são concebidas ou alteradas na mesma velocidade em que a sociedade e, por conseguinte, o Direito se metamorfoseiam, muitas vezes o aplicador, para vê-las abarcarem fatos novos – diversos do que o legislador havia cogitado ao elaborar a lei –, ou para ajustá-las às novas compreensões do Direito, se depara com a tarefa de dar novos rumos a lei, ou seja, transfigurar a interpretação que se habituou dar à lei. Modifica-se o conteúdo e alcance da norma, sem, contudo, modificar o dispositivo da lei (mantém-se inalterado o texto da lei). Preserva-se o texto, porém, dá-se outra interpretação, uma interpretação conforme a atualidade.^{75, 76}

Esse entender a lei com os olhos no hoje é o que propõe o processo sociológico. Assim, o processo sociológico é aquele que, na investigação do conteúdo e alcance da norma, leva em consideração as condições sociológicas do tempo em que a norma incide.

Em termos práticos, isso significa que se as circunstâncias (sociais, políticas, econômicas, morais, religiosas, etc), que cercaram a elaboração do texto da lei,

⁷⁵ É por isso que se fala que a lei nunca está pronta e acabada, sempre há mais um passo a ser dado. Passo este que será determinado pelas circunstâncias do meio: sociais, políticas, econômicas, etc.

⁷⁶ Foi justamente o que a jurisprudência francesa fez para vivificar o Código de Napoleão (Código Civil francês), introduzindo nele teorias que só apareceram após a sua promulgação, como a teoria da responsabilidade civil por riscos criados, a teoria do abuso dos direitos e a teoria da imprevisão. Como bem disse Gusmão (1978, p. 266), “mudou a jurisprudência a filosofia, mas manteve de pé o edifício jurídico”.

perseveram, ou apesar de terem mudado, não houve alteração significativa, à disposição legal será dada a mesma interpretação.

Por outro lado, se não mais persistem, o dispositivo legal será interpretado de modo que melhor corresponda à realidade do presente. Por exemplo, ao observar, hoje em dia, o princípio da isonomia, o exegeta deve dar-lhe o sentido de igualdade material e não o de igualdade formal.

Segundo Ráo (1999, p. 494), a adaptação pode se desenvolver sob vários aspectos:

a) de início, faz-se preciso conferir ao sentido da norma interpretada o alcance de abranger, além das relações e situações de fato contempladas e tais quais foram contempladas, as relações e situações que, embora de igual natureza, com o decorrer do tempo se transformaram, ou modificaram, assumindo modalidades novas;

b) a seguir, necessário é estender-se o sentido da norma às relações novas, de igual natureza, que nas mesmas condições surgiram;

c) e, por fim, deve-se temperar o alcance do preceito normativo, por modo a corresponder às necessidades reais e atuais, de caráter social.

Essa liberdade que o intérprete tem de renovar intrinsecamente a lei, para que ela atenda aos novos tempos, no entanto, não pode ser ilimitada. Do contrário, estar-se-ia transformando o exegeta em legislador, e, o pior, imolando a certeza e a segurança do Direito.

A adaptação deve ser feita com a devida cautela, observando os seguintes pontos, dentre outros:

a) *A forma extrínseca da lei*: a nova inteligência deve ser compatível com o texto interpretado. Logo, não pode ser estabelecido sentido que não comporte de forma alguma nele, ou que o contrarie, pois senão estar-se-ia substituindo norma, criando lei, e não interpretando. Interpretar adaptando é fixar o sentido que se infere do texto ajustado à realidade social, e não negar a disposição legal.

Ao tratar da *contra legem*, Maximiliano (1999, p. 79-80, grifo do autor) escreveu:

Em geral, a função do juiz, quanto ao texto, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não – *negar* a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, *reconhece* o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie [...] tudo procura achar e resolver *com*

a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, *proeter* ou *contra legem*.

.....
A norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo, aproximado, ou pelo menos aparente, com o texto; não em contraste com este.

b) *O restante do sistema jurídico*: não de ser adaptações harmônicas e não contraditória, não só com as outras disposições referentes ao instituto a que o preceito interpretado pertence, como também com as demais normas do ordenamento jurídico. Assim, o sistema jurídico a que a lei interpretada integra-se é também uma baliza à liberdade do intérprete⁷⁷.

c) *Os fins sociais da lei e as exigências do bem comum*: representam também barreiras à mudança de conteúdo e alcance da norma, de forma que não se poderá dar interpretação contrária a eles.

d) *Os elementos históricos*: certas normas só são compreendidas quando analisadas dentro das circunstâncias da época em que foi elaborada, fora das quais não terá aplicabilidade algumas. Além disso, o estudo dos elementos históricos apontará para as tendências do dispositivo ou do instituto. Demonstrando, por exemplo, que determinado instituto, com o tempo, está adquirindo um caráter mais social, não poderá o intérprete, quando da interpretação dos dispositivos relativos ao mesmo, partir para uma exegese individualista. Se assim procedesse, estaria retrocedendo e chegando a soluções inadequadas ao presente.

e) *O grau de desenvolvimento das idéias e teorias novas*: para serem juridicamente aplicadas, elas devem estar suficientemente amadurecidas, e serem coerentes com o desenvolvimento (político, econômico, etc) da sociedade em que serão aplicadas, senão corre-se o risco de gerarem efeitos desastrosos, ou de imperarem sobre as resultantes do texto, e, inclusive, sobre as prevalecentes no meio social e, por conseguinte, de não terem efetividade jurídica.

⁷⁷ Escreveu Gusmão (1978, p. 270, grifo do autor): “[...] o sentido atual da norma dado pelo intérprete tem que ser compatível com o texto interpretado e com o resto do sistema jurídico. Portanto, a letra da lei interpretada e o sistema jurídico, a que ela pertence, limitam a liberdade do intérprete. Há um momento em que o intérprete não pode ir além, momento em que não pode mais atualizar, sob pena de abandonar o direito constituído, para criar direito, a pretexto de interpretá-lo. Isto porque a norma tem potencialidades limitadas, que acabam sendo esgotadas”.

Conclui-se, portanto, que ao se examinar uma lei, não se pode fechar os olhos para as inovações introduzidas na sociedade desde a entrada em vigor da mesma. É preciso observá-las, para no momento seguinte, adaptar a norma a elas. Porém, carece que o campo de visão não se restrinja a isso. Em outras palavras, a aplicação do processo sociológico não deve significar exclusão dos outros métodos de interpretação, até mesmo porque, como visto, são estes outros que darão os freios para aquele, evitando-se, assim, os ajustes descontrolados, as soluções absurdas e infelizes, e a invasão do campo de atuação do legislador pelo intérprete.

Constata-se ainda que em razão desses limites, bem como de outros, haverá um tempo em que, por mais que o intérprete queira mudar o conteúdo e alcance da norma, ele não mais conseguirá, pois a lei já terá dado tudo que poderia dar, mostrando a necessidade de concepção de uma nova lei.

2.2.1.6 Método teleológico

O Direito não é um fim em si mesmo, mas meio para a obtenção de certos fins almejados pela sociedade, que variam no tempo e no espaço, tendo em vista às exigências do bem comum. Fins estes que serão: garantir a realização de valores ou impedir a depreciação dos mesmos.

Há uma multiplicidade de valores: utilidade, saúde, paz, fraternidade, ordem, liberdade, igualdade... No entanto, a justiça é o valor que, sem se confundir com qualquer deles, sintetiza todos, ao harmonizá-los de acordo com a forma que esses valores se ordenam, nas respectivas sociedades (REALE, 1977).

As leis, como uma das formas de materialização do Direito, também não serão fins em si próprias, mas instrumentos para a consecução da justiça⁷⁸.

No caso, por exemplo, do art. 927 do CC⁷⁹, a justiça que se pretende alcançar, por meio da reparação, é o restabelecimento do equilíbrio jurídico-econômico que foi

⁷⁸ Justiça concreta, justiça social atualizada pela história, e não aquela justiça abstrata, tão falada pela classe dominante para dar às normas da sua dominação o rótulo de “justas”, e assim iludir o povo.

quebrado pelo dano. É por isto que impera, no campo da responsabilidade civil, o princípio da reparação integral, pois não seria justo que a vítima, que não contribui para a realização do prejuízo, arcasse integral ou parcialmente com ele.

Como toda disposição legal tem um desiderato, surgiu o processo teleológico defendendo que o fim deve ser considerado na hora de fixar o conteúdo e alcance da norma. Em outros termos, as leis devem ser interpretadas de forma que melhor satisfaçam a sua finalidade, ou seja, a justiça. O que significa dizer que o intérprete terá seu âmbito de atuação demarcado pelos valores visados pela norma, e que, dentro do dito campo, ele poderá adaptar o texto legal a todas as hipóteses que não venham a contrariá-los. Opondo-se aos fins da lei, a hipótese não será abarcada pela disposição legal.

Caso interessante de interpretação teleológica foi relatado por Karl Larenz, apud Silveira (1985, p. 250, grifo do autor):

A 3ª Câmara Penal do Tribunal Federal, numa sentença de 11.11.1954, que também é importante para a delimitação entre interpretação e analogia (proibida em Direito Penal quando é em prejuízo do agente!), decidiu a questão de saber se a um menor de 18 anos se pode retirar a carta de condução, nos termos do § 42 m do Código Penal, quando, em razão do crime cometido, lhe foi imposta uma “medida de correção”, e não uma pena. O § 42 m apenas admite retirar a carta quando uma pessoa, por um delito de trânsito, foi condenada a uma pena ou foi absolvida simplesmente por inimizabilidade. A Lei do Tribunal de Menores não se limita a distinguir a terminologicamente entre “medida de correção” e “penas aplicáveis a menores”, mas dispõe expressamente: “as medidas de correção não têm os efeitos legais das penas” (§ 13, seção 3). Segundo o teor literal e a terminologia da lei teria que admitir-se, portanto, que a condenação apenas numa “medida correção” não satisfaz a exigência do § 42 m. Não obstante, o Tribunal Federal declarou que a interpretação não está limitada pelo teor literal; o que interessa é “o sentido e o fim que o legislador prosseguiu”. O Tribunal Federal vê o fim do preceito “na proteção do público contra perigosos participantes na circulação”. O pressuposto essencial do § 42 m é, portanto, ter sido praticada uma ação punível que prova não ter o autor idoneidade para conduzir um automóvel. Se a lei faz referência à condenação “em uma pena”, isso funda-se apenas em que, sendo o autor adulto, não é de todo em todo possível contra condenação em processo penal. À condenação em uma pena no sentido destas disposições “equivale”, tratando-se dum menor, “o castigo do fato com uma medida de correção”. Dado que esta formulação sugere uma aplicação *analógica*, é manifesto que o Tribunal Federal julga-se manter-se ainda no âmbito da interpretação admissível. Só que então não poderia dizer que a medida de correção se equipara a uma pena, antes teria que dizer ser uma pena “no sentido do § 42 m do Código Penal”. Isso seria ainda compatível com o *sentido*

⁷⁹ Art. 927, CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigá-lo a repará-lo.

literal vulgar (“não técnico”), visto que a “medida de correção” é como que uma espécie atenuada de pena. O desvio da *terminologia* usual da lei também é possível dentro do âmbito da simples interpretação e pode ser justificada pelo fim da lei.

Como o fim da norma jurídica assume papel relevante no processo teleológico, a ponto de ser ele a dizer até onde o intérprete pode ir e quais as situações que serão abarcadas pela norma, então, antes mesmo do exegeta partir para a fixação do conteúdo e alcance da disposição legal, deverá analisar a finalidade dela, isto é, o valor que busca realizar, a justiça por ela pretendida.

Ocorre que os fins do preceito não vêm explícitos nele. Os resultados práticos a serem obtidos não estão arrolados expressamente no texto normativo. O dispositivo não diz “meus escopos são estes”.

Ademais, como lembrou Ferraz Júnior (1994), há normas costumeiras para quais é difícil encontrar alguma intenção, visto que o longo uso já tratou de escondê-la. No entanto, prossegue ele, nem por isso se deve deixar de procurá-los.

Realmente, o exegeta terá que “caçar” a intenção da lei. Nos preparativos para a caçada referida, surge a primeira indagação: Que fim procurar, o de hoje ou o da época em que a lei foi criada? Ou não cabe tal questionamento, pois o fim da lei é inalterável?

Há quem defenda que os escopos da lei são fixos e que seria um total despautério admitir que o intérprete pudesse mudá-los. E fundamentam esta sua posição com indagações do tipo: *Se os fins são a razão da lei, o que seria da lei, caso eles fossem modificados? Você acha mesmo que os meios vão ser acatados por quem tem o poder de alterar os fins?*

No entanto, o posicionamento dominante é de que os fins são mutáveis. *A ratio legis*, diz Ferrara, citado por Lima (1976, p. 153, grifo do autor), é uma

força vivente móvel que anima a disposição acompanhando-a em toda a sua vida e desenvolvimento; é como a linfa que sempre mantém verde a planta da lei e faz brotar novas flores e novos frutos. A disposição pode, dessa maneira, ganhar com o tempo um sentido nôvo e aplicar-se a casos novos.

Impossível pensar diferente, pois a sociedade é dinâmica, e isto se reflete nos fins sociais: a hierarquia entre os valores sociais não é constante, altera-se no tempo e

no espaço, não sendo, por isso, possível falar-se em noção absoluta de justiça, mas em idéia relativa.

Porém, não significa que toda vez que a sociedade mudar, os fins das leis mudarão, pois, como é sabido, a mudança fática, por si só, não tem o condão de alterar o intento. Pode muito bem ocorrer das circunstâncias serem diversas, no entanto, os resultados práticos pretendidos com a aplicação de dado dispositivo permanecerem os mesmos, seja porque a atualidade não demandou mudanças em relação a eles, seja porque requereu, no entanto, elas não comportaram no texto dele, necessitando realmente de uma nova letra.

Por outro lado, nada impede que suceda de uma disposição legal criada com certa finalidade, com o decorrer dos anos, adquirir outra.

Ocorrendo a transformação do escopo do dispositivo, os intérpretes não poderão ficar alheios a ela. Deverão adaptar o conteúdo e alcance da norma aos novos fitos.

Do contrário, diz Maximiliano (1999, p. 155, grifo do autor):

Os que não adaptam o sentido do texto ao fim *atual*, além de afastarem o Direito da sua missão de amparar os interesses patrimoniais e o bem-estar psíquico do indivíduo consociado, reverterem ao quarto século antes de Cristo, quando Teodósio II promulgou a sua célebre Constituição. Prescreveu esta aos magistrados a observância exclusiva e textual dos escritores de Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino; quando houvesse discordância entre os grandes juriconsultos, dever-se-ia optar pelo primeiro. O Imperador Teodósio instituiu, de fato, uma só autoridade científica, embora coletiva, “um tribunal de mortos, sob a presidência de Papiniano”.

O interprete deve, então, descobrir qual é o fim atual da lei, para poder aplicá-lo quando da interpretação⁸⁰.

A tarefa de determinar os fins de determinada norma jurídica requer muita atenção. É necessário ter muito cuidado para não se considerar como fins, o que não foi reconhecido como tal pelo meio social, ou que, embora passível de aceitação, não comportam no dispositivo.

O intérprete, ao realizar referido mister, deve considerar os seguintes pontos:

⁸⁰ O intérprete não vai mudar o fim da lei, pois não é ele quem altera a finalidade, mas o meio social contemporâneo. O exegeta apenas procura a nova intenção, para poder aplicá-la quando da interpretação. Ele não muda, só desvenda, traz a tona o que já ocorreu: a metamorfose do fim pelo meio social.

a) analisar as relações da vida que originaram a norma, bem como as exigências (sociais, econômicas, políticas, etc) decorrentes delas.

b) observar se as mudanças sociais que ocorreram, desde a sua publicação, trouxeram algum novo interesse que tenha alguma ligação com a norma interpretada.

c) considerar a letra do dispositivo.

d) buscar a harmonia do sistema. Não devendo, portanto, limitar seus estudos ao preceito legal em exame, mas considerar todo o ordenamento jurídico⁸¹. Ainda mais que vezes haverá em que o fim de um dispositivo decorrerá de várias leis.

Seguindo esses passos, dentre outros⁸², provavelmente, sua caçada logrará êxito: os fins da norma serão descobertos.

Ademais, poderá chegar as seguintes conclusões:

a) há outro dispositivo que apresenta o mesmo fim. Neste caso, dar-se-á preferência para aquele que melhor atingir a finalidade. Exemplo: tanto o art. 478⁸³ c/c com o art 479⁸⁴ ambos do CC como o art. 6º, V, 2ª parte, do CDC⁸⁵, tratam da revisão judicial dos contratos e visam à manutenção do equilíbrio econômico deles. Acontece

⁸¹ Consoante Ferraz Júnior (1994, p. 293), a avaliação do todo feita pelo método teleológico não se confunde com a realizada pelo processo sistemático: “Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das conseqüências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias conseqüências. Assim se entende que, não importa a norma, ele há de ter, para o hermeneuta, sempre um objetivo que serve para controlar até as conseqüências da previsão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).”

⁸² Maximiliano (1999, p. 156, grifo do autor) aponta algumas regras:

“a) As leis conformes no seu *fim* devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto.

b) Se o *fim* decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quando possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do conjunto.

c) Cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor*, e não *em prejuízo* de quem ela evidentemente visa proteger.

d) Os títulos, as epígrafes, o preâmbulo e as exposições de motivos da lei auxiliam a reconhecer o fim primitivo da mesma.”

⁸³ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

⁸⁴ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

⁸⁵ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de atos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

que, em se tratando de relação de consumo, o último artigo será mais adequado para atender ao fim de forma integral. Em virtude da situação de vulnerabilidade do consumidor, a modificação dos contratos prevista no Código de Defesa do Consumidor é bem mais flexível do que a do Código Civil: para que o consumidor faça jus à modificação das cláusulas contratuais, basta que um fato superveniente onere excessivamente sua prestação. Sendo, portanto, totalmente irrelevante se o fato superveniente é previsível ou imprevisível, extraordinário ou ordinário.

b) o texto legal atraiçoa o fim para o qual foi criado. Ficando a letra do dispositivo aquém ou indo além do escopo para o qual foi feito, poder-se-á através, respectivamente, das interpretações extensiva e restritiva⁸⁶, apontar as reais balizas da norma, tendo em vista a sua finalidade.

No entanto, sendo a incompatibilidade total, afasta-se a norma, pois do contrário, estar-se-ia transformando a norma em fim, e com certeza haveria injustiça à vista. Deve-se procurar uma solução justa dentro do ordenamento jurídico.

c) apesar do tempo decorrido, desde a publicação da lei, o fim da norma ainda é o mesmo, seja porque não houve nenhuma alteração social que refletisse diretamente nele, exigindo sua mudança; seja porque, apesar de ter ocorrido, em virtude do texto da norma, não foi possível modificá-lo. Como é sabido, para a metamorfose dos fins da lei tornar-se realidade, o pretense novo fim tem que ser compatível com a letra do dispositivo, sob pena de incorrer-se, como lembrou Maximiliano (1999, p. 155), “na censura de Bacon – a de ‘torturar as leis a fim de causar torturas aos homens – *torquere leges ut homines torqueat*”.

d) houve, da entrada em vigor da lei até os dias atuais, alterações nas suas finalidades. Neste caso, quando da interpretação da norma jurídica, os atuais objetivos é que deverão ser considerados.

Descobertos os escopos da lei, restará ao intérprete apenas fixar o conteúdo e o alcance da norma da forma que melhor satisfizer a finalidade dela. Devendo, portanto,

⁸⁶ Lopes (1996, p. 172) observa: “Um traço comum caracteriza as duas modalidades de interpretações: é que ambas não alteram as dimensões do âmbito da lei; a extensiva nada aumenta, enquanto a restritiva nada diminui. Ambas apenas colocam a norma em seus verdadeiros limites; uma, dilatando até onde cumpre ampliar; a outra, restringindo até a proporção em que se torna necessário encurtar.”

se afastar de interpretações que resultem na obstrução do desiderato. Percebe-se, facilmente, que o processo em questão volta muito suas atenções ao resultado prático.

Por fim, o processo teleológico está consagrado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁸⁷.

Sobre o referido dispositivo legal, Raó (1999, p. 494, grifo do autor) faz o seguinte comentário: “Não seria lícito compreender-se essa regra legal no sentido de tornar obrigatório o uso da chamada *interpretação teleológica*, com exclusão dos demais processos, gramatical, lógico e histórico, que já estudamos.”

Realmente, apesar do processo teleológico ter sua importância – pois limita o âmbito de atuação do intérprete, controlando as teses levantadas em torno do dispositivo –, não se pode dar, ao citado artigo, o sentido de descarte integral dos outros processos interpretativos.

Nem mesmo autores que vêem a interpretação das normas jurídicas como sendo de natureza essencialmente teleológica – como Maximiliano (1999) e Reale (1977) –, ousam defender a aplicação exclusiva do processo teleológico, apenas eles o têm como supremo regulador de todas as técnicas interpretativas.

Não tinha como importar repúdio, primeiro, porque na própria captação dos escopos, como visto, faz-se necessário apelar aos outros métodos. Há uma atuação conjunta deles na busca do fim, principalmente quando a finalidade primitiva foi alterada. Se rejeição houvesse, o exegeta, na busca dos fins, não teria limites, e, certamente, fins forasteiros seriam inseridos, levando a uma interpretação errônea.

Segundo, porque um dispositivo pode ter vários fins e um mesmo fim pode ser visado por vários dispositivos, o que importa dizer que o fim, por si mesmo, não será capaz de apontar para os meios postos à disposição, pelo legislador, para a sua consecução, necessitando da ajuda dos demais processos de interpretação.

⁸⁷ Este dispositivo não se limita a regular o direito civil. Aplica-se a todos os ramos do Direito.

2.2.1.7 Resultado do estudo dos processos

Percebe-se que ao interpretar um texto legal, não convém se apegar unicamente a um processo, pois, na maioria das vezes, o problema não será resolvido⁸⁸, e, o pior, correr-se-á o grande risco de gerar despautérios⁸⁹.

O ideal, portanto, como vem sendo repetido ao longo do trabalho, é vê-los não como processos autônomos e absolutamente independentes, mas como instrumentos que se relacionam e estão a serviço de um processo maior e muito mais complexo, o interpretativo. É por isto que os autores costumam defendem que, na interpretação de uma norma jurídica, deve-se recorrer a todos os métodos: literal, lógico, sistemático, histórico, sociológico e teleológico.

Não há uma fórmula exata a ser aplicada na interpretação de uma disposição legal. Pode ser que alguém argumente que se deva analisar separadamente o preceito sob cada ponto de vista – gramatical, lógico, sistemático, sociológico e teleológico –, para só depois reuni-los e chegar a uma conclusão. Outros, porém, podem entender que convém misturar tudo, desde o início, e vê no que dá. Há a possibilidade também de ser argumentado que, dentro dos procedimentos referidos, deve-se dar prioridade sempre a um determinado método sobre os demais. Tem a probabilidade ainda de ser sustentado que a prevalência varia de um caso para o outro, de forma que em um haverá a superioridade do teleológico, em outro o sociológico, já em outro o sistemático, e quem sabe até o lógico ou mesmo o gramatical.

Um dos caminhos mais interessantes foi apresentado por Carreiro (1976). Segundo, ele, na interpretação jurídica, todos os processo deverão sempre ser considerados, visto que todos trazem uma parte da lei, o gramatical, por exemplo, transporta as palavras, e o teleológico, por sua vez, a finalidade. Mas, segundo ele, esse considerar todos os métodos não significa sair catando o que há de bom em cada

⁸⁸ Caso o intérprete analisasse, por exemplo, só o §1º do art. 158 do CC, e não observasse sequer o *caput*, a seguinte indagação ficaria no ar: *Que direito?* O referido parágrafo, por si só, mostra-se sem sentido.

⁸⁹ Se no exame do *caput* do art. 927 do CC, o exegeta voltasse sua atenção só para tal dispositivo, acreditaria que toda responsabilidade civil é subjetiva.

um e depois juntar, nem pegar tudo de todos e somar, pois a adição de todas as partes não representa o todo (a lei). Significa, sim, analisar todos dentro de uma relação dialética, na qual todos se fundem em um todo racional e harmônico. E, conclui, dizendo que ou se faz uma interpretação global dialética, ou não se faz interpretação alguma.

Reale (1977) tem basicamente o mesmo pensamento ao trata do que ele denominou de “Hermenêutica estrutural”. A diferença é que, segundo ele, a finalidade social da lei é que estabelecerá o elo entre “o todo da lei” e as “partes”, e possibilitará que se penetre na estrutura das significações particulares da lei. Outro ponto de diferenciação consiste nele não acreditar que o fato de cada um dos processos, por si só, não poderem dizer o que o Direito significa, impeça a apreciação de um texto à luz de um apenas, pois, argumenta Reale (1977, p. 288), “o essencial é que se tenha presente a correlação daquelas interpretações particulares como *simples momentos* do processo global interpretativo, em si uno e concreto.”

O recomendável mesmo é interpretar a lei como fazem Porto Carreiro e Reale, ou seja, como um todo, pois quem interpreta separadamente cada processo e depois soma os resultados, realmente perde algo – a ponte entre as partes e o todo –, podendo acarretar, por conseguinte, resultados injustos, absurdos, contrários à harmonia do sistema.

O liame entre as partes e o todo, realmente, deve ser a finalidade social da lei, pois o Direito só se justifica e subsiste em razão dela. Logo, ao interpretar uma norma não se deve perder isso de vista. Como o sentido é livre e inexaurível, caso se atribuísse um elo de ligação diverso dos fins sociais, haveria um grande risco do Direito perder o seu sentido social.

Como bem lembrou Falcão (1997, p. 94), a interpretação de uma norma jurídica é bem diferente da interpretação estética:

[...] se ele está interpretando, por exemplo, uma obra artística ou literária, pode perfeitamente dar asas ao sentido, pois o belo não cabe em prisão alguma e está estreitamente ligado a uma questão maior: a liberdade de manifestação do pensamento e da criação. Mas, se ele está interpretando uma norma jurídica, seu espírito embora continuando livre na geração do sentido, há de ser inspirado por determinados ideais, como o de justiça, de bem-estar coletivo, de solidariedade social, de respeito à dignidade humana, assim como deixar-se sensibilizar pelos postulados democráticos – nos quais, de resto, se

arrimam a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de criação -, e assim por diante.

Assim, o ato interpretativo livre por natureza, quando penetra no âmbito jurídico, é limitado, pois se prende aos fins sociais da lei. No entanto, permanece aberto: de uma norma continuam partindo diversos sentidos e alcances. Não tinha como ser diferente, do contrário, não seria necessário interpretá-la.

2.3 Interpretando o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil

Se à primeira vista o parágrafo único do art. 927 se mostra isento de controvérsias, a verdade é que isto não passa de aparência. A partir do momento que se joga, sobre ele, um olhar questionador, as dúvidas emergem – *O que é atividade? O que se entende por atividade normalmente desenvolvida? Quando uma atividade implica, por sua natureza, risco? Que risco: qualquer risco?* – e teses, muitas teses, surgem.

Toda esta incerteza é reflexo dos pilares básicos do Código Civil de 2002, pois o legislador visando que cada época venha a construir seu conceito, estabeleceu no dito dispositivo uma cláusula geral de responsabilidade objetiva cheia de conceitos indeterminados e não acompanhados de qualquer baliza para a sua aferição.

Seus contornos dependerão do trabalho do aplicador do direito, que deverá ter muito cuidado para não alargá-la ou restringi-la demais. Abrindo exageradamente, como toda atividade gera risco, haveria uma perturbação social. Por outro lado, fechando muito, correr-se-ia o risco de tornar o dispositivo com aplicabilidade reduzida a um ou dois casos, ou mesmo de acarretar a não execução da norma jurídica, e, como é sabido, a norma é criada para ser realizada. Vale lembrar, por sinal, que o dispositivo em questão já tem seu campo de aplicação reduzido, visto que muitas das hipóteses que poderiam ser abocanhadas por ele, já são tratadas por leis especiais.

O que se procurará fazer, no decorrer do presente tópico, é decifrá-lo, é apontar alguns dos caminhos já traçados pela doutrina.

Para uma melhor execução do intento, analisar-se-á o dispositivo por partes: I) responsabilidade independentemente de culpa; II) casos especificados em lei; III) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No entanto, adverte-se, desde já, isso não significa opção por uma interpretação exclusivamente gramatical, análise isolada das expressões da lei, não observação do resto do sistema jurídico, tábua rasa ao passado, fechar os olhos para a realidade social e para as conseqüências sociais das possíveis interpretações, virar as costas para os fins sociais da lei e as exigências do bem comum... Não, a divisão não representará isto.

2.3.1 Independentemente de culpa

Nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem, a responsabilidade não será subjetiva, mas objetiva. Isto decorre da presença da expressão “independentemente de culpa”.

Logo, para a configuração da responsabilidade civil a demonstração da culpa do autor do dano é dispensada, bastando apenas a comprovação da atividade de risco, do dano sofrido e do nexo causal entre um e outro.

Há, na doutrina, uma corrente que defende que caso a pessoa prove que tomou todas as medidas necessárias e adequadas para evitar a ocorrência do dano, ela não será responsabilizada.

Rodrigues (1999, p. 161), por exemplo, ao comentar o parágrafo único do art. 929 do Projeto de Código Civil de 1975⁹⁰, cujo texto já não mais trazia a ressalva “salvo

⁹⁰ Art. 929, parágrafo único, Projeto de 1975. Todavia, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas” presente no Anteprojeto do Código Civil de 1972 e na versão inicial do Projeto de Lei de 1975⁹¹, assim se manifestou: “Verdade que o texto é justificadamente tímido, pois a responsabilidade só emergirá se o risco criado for *grande* e não houver o agente causador do dano tomadas medidas tecnicamente adequadas para preveni-lo.” Considerações estas não mais encontradas na 19ª edição do seu livro.

Na mesma linha de interpretar o parágrafo único do art. 927 do CC com os olhos voltados para o agir com a cautela necessária, encontra-se Quintana (2004). A diferença é que enquanto os adeptos da corrente supra falam que o agir com os cuidados necessários para evitar o dano exclui a responsabilidade objetiva, ela entende que tomar as precauções devidas torna a responsabilidade subjetiva e o agir sem ela, faz com que a responsabilidade seja objetiva.

Ensina Quintana (2004, p. 28-29):

[...] não se pode perder de vistas que a vida moderna oferece riscos, daí porque a regra da responsabilidade civil objetiva deve ser vista com reservas. Dessa forma, somente se aquele que desempenha a atividade de risco não agir com as cautelas normais de segurança é que se poderia concluir pela aplicação da responsabilidade civil objetiva.

É bastante razoável dizer que a responsabilidade civil objetiva prevista no Código Civil em muito se aproxima com a figura do dolo eventual, em que o agente assume o risco de produzir dano, embora não o deseje. Caberá, então, ao julgador analisar todas as condições e circunstâncias que envolvem o caso submetido a julgamento a fim de verificar se o lesante avaliou o risco e tomou as medidas de segurança ordinárias a fim de evitar o dano.

Ocorre que tais teses, sem embargo do profundo respeito que merecem seus seguidores, não procedem. Acolhê-las, seria trazer, para o âmbito da responsabilidade objetiva, a culpa, e, com efeito, transformar uma responsabilidade que é independentemente de culpa em subjetiva, indo contra o próprio dispositivo da lei.

Se a responsabilidade é objetiva, isto significa que ela independe de culpa, não sendo então necessário investigar se houve ou não culpa, pois havendo ou não culpa a responsabilidade haverá.

⁹¹ Art. 986, par. único, Anteprojeto/1972 ou Art. 963, par. único, Projeto de Lei /1975. Todavia, haverá a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas.

Então, como é que se irá admitir a exclusão da responsabilidade caso o autor do dano tenha tomado todas as precauções adequadas e necessárias para afastá-lo? Ou como se condicionará o aparecimento da responsabilidade objetiva ao não agir com as cautelas idôneas a fim de evitar o dano?

Investigar isto é investigar se houve ou não culpa. Por conseguinte, aceitar que tomadas todas as precauções (= não agindo com culpa), a responsabilidade será afastada, ou nem sequer surgirá, é admitir que a responsabilidade depende de culpa. Não há, portanto, como compatibilizar a tese defendida por Quintana, bem como a aplaudida inicialmente por Rodrigues, com o parágrafo único do art. 927 do CC, que é claro ao dizer que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa”.

Ademais, não há disposição legal prevendo tal excludente de responsabilidade para o caso. Por sinal, até havia no Anteprojeto de 1972 e no Projeto de Lei de 1975. O parágrafo único do art. 963 deste e o parágrafo único do art. 986 daquele, que correspondem ao dispositivo em estudo, traziam a seguinte ressalva: “salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”. Tendo ela sido retirada, isto só fortalece a tese de que ela não exclui a responsabilidade objetiva.

Caso ela não tivesse sido eliminada, e fosse aceita, o parágrafo único do art. 927 não seria caso de responsabilidade objetiva, mas de presunção de culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva.

Comunga deste entendimento Beraldo (2004, p. 66, grifo do autor), que ao comentar aquele posicionamento inicial de Rodrigues, escreveu:

Sem embargo da incontestada autoridade doutrinária de SILVIO RODRIGUES e RONALDO BRÊTA DE CARVALHO DIAS, a posição por eles adotadas diante do dispositivo em comento, se nos afigura, *data venia*, está em atrito com a norma do direito positivo brasileiro. Isso porque, pelo que se pode facilmente depreender do referido artigo de lei, não estamos, sequer, discutindo culpa, conforme nos manifestamos no item 2. Logo, pelo fato de não ser possível debater o elemento culpa, vê-se, claramente, que estamos diante de responsabilidade *objetiva* e não *subjetiva*. Em face disso, tem-se que a asseveração daqueles juristas incorre em erro, tendo em vista que estão admitindo, como hipótese excludente de ilicitude, a comprovação feita pelo autor do dano de que tomou todas as medidas idôneas para se evitá-lo. E o que é que isso quer dizer? Simples: o autor do dano estaria, em outras palavras, dizendo que não teve culpa. Mas, como já exaustivamente dito, não é cabível a discussão de culpa em sede de responsabilidade objetiva. Ora, se essa tese fosse acatada no ordenamento jurídico atual, estaríamos contradizendo o próprio parágrafo único do art. 927 do CCB, que, expressamente determinou

que a reparação deverá ser feita, nestes casos, independentemente de culpa, ou seja, a responsabilidade é objetiva.

Portanto, concluindo esta parte, vê-se claramente que a excludente de ilicitude defendida pelos ilustres juristas mencionados não condiz com o nosso ordenamento jurídico, seja pela falta de disposição legal expressa, seja pela contradição que criaria no próprio dispositivo, de se discutir a existência ou não de culpa onde não é possível, por se tratar de responsabilidade objetiva ou sem culpa.

2.3.2 Nos casos especificados em lei

Como bem falou Beraldo (2004), ao mencionar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, o legislador quis deixar claro que as leis especiais continuam em vigor.

Assim, se a Lei X traz a responsabilidade objetiva para o caso y, e este caso y não se enquadra na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do CC, isto não significará que a responsabilidade para o caso y passou a ser subjetiva.

Também não representará mudança do fundamento da responsabilidade objetiva presente nas outras leis: se, por exemplo, a base da responsabilidade objetiva da Lei X, era o risco integral, este continuará sendo o seu alicerce. Não é porque a segunda parte do dispositivo em análise traz outro fundamento, que, agora, toda responsabilidade objetiva terá necessariamente que ser fundada nele.

O mesmo se diga para as novas leis que possivelmente vierem a surgir prevendo hipóteses de responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, Miguel (2003, p. 17):

Os casos especificados em lei sobre responsabilidade objetiva não precisam, necessariamente, estar vinculados à teoria do risco criado, podendo conter ligação estreita com as outras modalidades de risco (proveito, excepcional, integral ou profissional).⁹²

⁹² Mazzilli e Garcia (2005, p. 259) também enfatizam isso: “os requisitos especiais para a configuração da responsabilidade objetiva de que cuida o art. 927, parágrafo único (atividade normalmente desenvolvida somada à conduta naturalmente de risco), não são exigíveis para a configuração do instituto das normas especiais.”

Entre os casos de responsabilidade objetiva presentes em outros diplomas legais, citam-se: arts. 21, XXIII, 37, § 6º, da CF; arts. 12 e 14 do CDC; art. 268 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7565/86); art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81; art. 4º da Lei nº 6453/77; art. 26 do Decreto 2681/12; etc.

Cabe ser dito que o próprio Código Civil traz em seu bojo outros casos de responsabilidade civil objetiva, como, por exemplo, os arts. 931; 932 c/c 933; etc.

2.3.3 Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco ao direito de outrem

Neste ponto, várias são as polêmicas. Em virtude disto, dividir-se-á, em nome do flair mais enérgico do raciocínio, o presente item em quatro partes: teoria adotada; atividade; atividade normalmente desenvolvida; riscos da atividade.

Teoria adotada

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2003), a teoria adotada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, foi a do risco-proveito.

Já Cavalieri Filho (2006), Giordani (2004), Miguel (2003), Waldman (2005), Loures e Guimarães (2002) entendem que o dispositivo em questão consagra a teoria do risco criado.

Parece que a razão está com a segunda corrente.

Conforme já visto na subseção 1.4.2 do Capítulo 1, de acordo com a teoria do risco criado, todo aquele que, no exercício de suas atividades, gera riscos para outrem, deverá suportá-los. Já para a teoria do risco proveito, a pessoa só irá arcar com eles, se tirar proveito da atividade, ou almejá-lo.

Sabendo disso, e partindo para a leitura do dispositivo, percebe-se que, realmente, a teoria abraçada por ele foi a do risco criado, visto que ele não faz referência a qualquer proveito. Logo, para o brotar da responsabilidade não haverá necessidade de prova da ocorrência do proveito. Havendo ou não proveito,

responsabilidade haverá, e resultará da simples criação do risco e ocorrência do dano. Requerer prova do proveito seria exigir mais do que a lei pediu, seria dificultar a vida da vítima.

Atividade

Como reflexo da discussão em torno da teoria adotada, há divergências a respeito do sentido em que foi empregado o termo *atividade*.

Embora Cavalieri Filho (2006) entenda que o parágrafo único do art. 927 do CC consagra a teoria do risco criado, ele termina por vincular o termo “atividade”, presente no mencionado dispositivo, à atividade econômica.

Diz Cavalieri Filho (2006, p. 182, grifo do autor): “Aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim a *atividade* como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos”.

Para fundamentar sua posição, ele lança os seguintes argumentos:

- * não há que se falar em “atividade” no sentido de “ação” ou “omissão”, porque se este fosse o interesse da lei, assim ela teria se manifestado, pois destas palavras se valeu no art. 186 do CC;

- * a doutrina e a lei utilizam a palavra “atividade” no sentido de “serviços”;

- * quando da elaboração do Projeto do CC/02, o legislador visava às inúmeras atividades exploradas empresarialmente que geravam grandes riscos para a sociedade, mas cuja responsabilidade era subjetiva.

Pensamento parecido têm Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 156): “Em nosso entendimento, o exercício dessa atividade de risco pressupõe ainda a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito).”

Como se vê, a única diferença verificada, entre os dois posicionamentos mencionados acima, é que os últimos não limitam o proveito às vantagens pecuniárias.

Giordani (2004, p. 90), por sua vez, sustenta que, tendo sido consagrada a responsabilidade do risco criado, não há que se fazer a limitação realizada pelos autores supra, podendo a atividade ser “de cunho profissional, recreativa, de mero

lazer, não havendo, assim, necessidade de que resulte em lucro ou vantagem econômica para o agente para que haja caracterização de sua responsabilidade objetiva”.

Ao analisar a posição adotada por Cavalieri Filho, Giordani (2004) faz as seguintes críticas:

- * a expressão “atividade” não é empregada em sentido técnico e restritivo, mas no que lhe atribui o vernáculo, ou seja, ação, ocupação, conduta;

- * as limitações impostas à responsabilidade civil objetiva estão presentes no próprio dispositivo, nas expressões “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” e “implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”;

- * vincular o termo “atividade” à atividade profissional ou empresarial para fins econômicos seria consagrar a teoria do risco proveito, e tornar o dispositivo inócuo, já que trataria de situação já prevista e regulamentada pelo CDC e repetida pelo art. 931 do CC;

- * não importam quais eram as pretensões do legislador, principalmente porque a realidade da época da elaboração do anteprojeto do Código era outra, não tinha sequer o CDC.

Pela não limitação do termo atividade à atividade econômica também se posiciona Fichtner, ao atualizar a obra de Pereira (2005, p. 563):

Não parece ter a lei restringido as hipóteses para atividade econômica, pois expressamente utilizou apenas o termo atividade. Isso significa, portanto, que dirigir um automóvel constitui atividade que põe em risco o direito de outrem, sendo portanto a partir de agora a responsabilidade por acidentes de trânsito de natureza objetiva.

Se a teoria adotada pelo dispositivo for realmente a do risco criado, não há motivo para sustentar a aplicação dele apenas àquelas atividades voltadas para a obtenção de algum benefício.

Se bem que, caso se parta para a defesa da necessidade da atividade se dirigir a alguma vantagem, seja de que ordem for, não haverá que se falar tanto em limitação, pois se a pessoa analisar bem verá que toda atividade visa um proveito. Restrição realmente ocorrerá se for feita ligação aos fins econômicos.

No entanto, diferente do argumentado por Giordani, não significará tornar inócuo o parágrafo único do art. 927 do CC. Ele terá efeito, só que será muito limitado⁹³.

Atividade normalmente desenvolvida

Para que a atividade seja enquadrada no parágrafo único do art. 927 do CC, ela tem que ser normalmente desenvolvida pelo autor do dano, o que significa que deve haver regularidade, habitualidade. Por conseguinte, estão afastadas do dispositivo em questão aquelas atividades que são esporadicamente desenvolvidas pelo autor do dano (BERALDO, 2004; CAVALIERI FILHO, 2006; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003; GIORDANI, 2004; MIGUEL, 2003).

Afirmar Venosa (2003, p. 15-16): “O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica, eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância possa ser um ato de risco.”

Seguindo a técnica de ilustrar as idéias com exemplo, transcreve-se o caso vislumbrado por Beraldo (2004, p. 58-59):

Assim, por exemplo, imagine-se uma sociedade cujo único objeto é a venda de flores e plantas. Até aqui, vê-se que não existe nenhuma atividade de risco normalmente desenvolvida, certo? Mas vamos supor que essa sociedade tivesse um pequeno gerador de energia, movido a diesel, para o caso de falta de energia elétrica, e pudesse continuar trabalhando e, principalmente, manter refrigerado o seu estoque. Certo dia, o mencionado gerador explode, acarretando danos nos prédios vizinhos. Dessa forma, seria possível aplicação da regra do art. 927, parágrafo único, do CCB, tendo em vista a utilização de gerador de energia movido a diesel, que sabidamente é um produto altamente inflamável? Temos que a resposta seria negativa, uma vez que, na atividade normalmente desenvolvida por esta sociedade, não era necessário o uso de diesel, mas apenas e tão-somente em casos de emergência que era forçoso o uso do gerador. Contudo, é claro que o dono do empreendimento deve responder pelos danos ocasionados nos prédios vizinhos, mas não com base no dispositivo no art. 927, parágrafo único, do CCB.

Diferente, porém, seria se, buscando diminuir os gastos com energia elétrica, tal sociedade optasse pelo uso costumeiro, e não apenas eventual, do gerador.

⁹³ Ver APÊNDICE – Análise comparativa dos arts. 12, *caput*, §§ 1º, III, 3º, II, 14, *caput*, §§ 1º, III, 3º, I, CDC, 931, 927, parágrafo único, 2ª parte, CC

Riscos da atividade

Antes de tudo, cumpre informar que o termo risco é utilizado no sentido de probabilidade de ocorrência de dano.

Convém lembrar a segunda parte do texto do dispositivo em análise: “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem”.

Dar-se-á ao dispositivo uma interpretação restritiva, que abarcar apenas as atividades que geram risco por sua própria natureza, ou uma interpretação extensiva, de forma a englobar também as atividades que geram riscos pela natureza dos meios empregados?

A intenção da lei, certamente, foi a de tratar dos dois casos, tanto das atividades cujo caráter arriscado decorre da sua própria natureza (ex: fábrica de fogos de artifício), como daquelas em que ele resulta dos meios empregados (ex: floricultura que utiliza diariamente gerador de energia movido a diesel), pois, do contrário, estar-se-á dando tratamento desigual para casos semelhantes.

Caso a atividade não se enquadre em algumas dessas hipóteses, ficará livre da incidência da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do CC.

A lei não fala e não dá parâmetros, nem mesmo por meio de exemplos de que riscos seriam esses. Caberá, assim, à doutrina e à jurisprudência fixarem critérios para a definição do que a lei entende por o risco, e, conseqüentemente, por atividade que implica, por sua natureza, risco a direito de outrem.

Sobre este ponto, podem ser levantadas duas teses:

a) *Qualquer risco*. Tal entendimento decorre do fato do legislador ter excluído do Código Civil de 2002 a expressão “grande risco” constante no projeto⁹⁴. Ao fazer isto, passou a idéia de que a partir de então, para que o caso fosse abarcado pelo parágrafo único do art. 927 do CC, o risco não precisava ser grande, bastava qualquer risco.

⁹⁴ Art. 929, parágrafo único, Projeto do CC/02. Também haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas.

b) *Potencialidade lesiva além do normal*. Não será qualquer risco, pois do contrário englobada estaria qualquer atividade, uma vez que toda atividade é geradora de risco.

Tolomei (2002,355) fala em “alto risco” e em “risco maior que o normal”; Beraldo (2004, p. 60), em “potencialidade lesiva fora dos padrões normais”; Poli (2005, p. 298), em “risco acentuado”; ... ou seja, trata-se de um risco fora dos padrões normais.

Por saber que toda atividade gera risco, a sociedade estabelece que quando os riscos naturalmente gerados vão até \underline{x} , a potencialidade lesiva da atividade estará dentro dos padrões normais⁹⁵, e a atividade não terá sua responsabilidade regulada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Passando de \underline{x} , estará fora, e a atividade será abarcada pela segunda parte de dito dispositivo, caso não seja tratada por lei especial.

Porém, o fato da potencialidade lesiva estar dentro dos padrões normais não significará que havendo danos não haverá responsabilidade, mas apenas que a responsabilidade não será fundada na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Responsabilidade poderá haver, isto não se pode negar, só que a fundamentação legal será outra.

Em certos casos, será fácil identificar a atividade como sendo de risco acentuado – ex: atividades que necessariamente lidam com produtos inflamáveis, explosivos –, já em outros, será necessário um exame mais acurado do caso concreto.

O exame do risco da atividade deve ser realizado em cada caso concreto, pois pode muito bem ocorrer de uma atividade que, via de regra, não produz riscos além dos normais, em certas hipóteses ser considerada como geradora de potencial lesivo acentuado (ex: o caso da floricultura que elege, como fonte de energia principal, um gerador de energia, movido a diesel).

Ao juiz, portanto, caberá a tarefa de avaliar os riscos. Empreitada esta que não é fácil, e mostra-se ainda mais dificultosa quando vêm à mente os chamados riscos do desenvolvimento.

⁹⁵ O valor \underline{x} pode variar no espaço e no tempo, visto que ele está relacionado a fatores históricos, culturais, soviais. Para você ter uma idéia o valor hoje fixado não coincide com o do passado. Como os riscos da sociedade contemporânea são maiores do que os das sociedades de antigamente, ele tende a ser maior. Certamente, também não será igual ao fixado no futuro.

Do exposto, constata-se que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil é marcado por termos e expressões de difícil precisão, que podem ser preenchidos por conteúdos materiais diversos. É um campo propício para o cultivo do debate. Acarretando diversas correntes e diferentes autores sustentando posições divergentes.

2.4. A resposta à indagação inicial

Por ela [responsabilidade objetiva] seria suficiente a demonstração do nexos causal entre o ato médico e o dano para que a obrigação de reparar surgisse. Os avançados conhecimentos propendêuticos e terapêuticos de hoje não permitiriam a confusão entre uma evolução prognóstica e uma ação farmacológica com uma falha, um erro, uma idiosincrasia ou até eventos imprevistos. E isto é uma indicação segura de que sempre poderemos chegar à causa com muito mais justiça científica do que patentear uma culpa.

Algum tempo atrás, não poderíamos chegar a um resultado seguro na procura da causa, mas, hoje, com o desenvolvimento das ciências físicas e naturais que tem sido superior ao das ciências sociais, não precisamos, olvidar de termos a verdade ao nosso alcance.

Com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador, não se exigirá que vista o escafandro etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas.

Na era dos computadores todos os cálculos são possíveis para se determinar uma incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata. (ALCÂNTARA, 1971, p. 38)

O Código Civil de 2002 veio consagrar a elucubração feita por Alcântara em relação à responsabilidade médica?

A indagação inicial, levantada nas primeiras linhas do presente Capítulo, não se mostra sem fundamento. Diante da possibilidade de inversão do ônus da prova presente no art. 6º, VIII, do CDC, da costumeira tendência da doutrina de entender que sendo a obrigação médica de resultado será hipótese de presunção de culpa – havendo até mesmo quem sustente que o § 4º do art. 14 do CDC consagra, para todas as hipóteses abarcadas por ele, a culpa presumida e não a culpa provada –, bem como do fato da presunção ser um passo para a objetivação, tal possibilidade é plausível.

Os estudiosos, porém, são concordes em que não foi isso o que ocorreu, permanecendo a responsabilidade médica no âmbito da culpa (ALVES; DELGADO, 2005; LOURES; GUIMARÃES, 2002).

Os argumentos levantados são vários: especialidade do Código de Defesa do Consumidor; ressalva feita pela primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil; os riscos não são da atividade médica, mas da doença; engessamento do progresso econômico; art. 951 do Código Civil.

Procurar-se-á analisar cada um dos pontos supra, para no final, concluir se realmente ocorreu ou não a transformação da responsabilidade médica de subjetiva para objetiva.

Cavaliere Filho (2006, p. 190) sobre o assunto escreveu:

Aos profissionais que exercem atividade de risco no mercado de consumo não se aplica o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, por força do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que lhes estabelece responsabilidade subjetiva – norma essa que continua em vigor não só por sua especialidade, mas também em razão de expressa ressalva feita pelo Código.

Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 232) não discrepam ao opinarem:

Defendemos o entendimento, [...], de que a disciplina geral de responsabilidade civil dos profissionais liberais permanecerá de **natureza subjetiva**, uma vez que, embora seja o Código de 2002 “lei nova” em face do Código de Defesa do Consumidor, a regra constante nesse último diploma (art. 14, § 4º) não perderá vigência, por força do princípio da especialidade.

Acreditamos que esse seja o melhor entendimento da matéria, preservando-se a autonomia e a dignidade da atividade profissional.⁹⁶

Em relação à ressalva feita pelo Código, ela diz respeito não às hipóteses de responsabilidade subjetiva, mas aos casos de responsabilidade objetiva. Isto fica bastante claro quando se lê o dispositivo: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”.

Quanto à justificativa de ser o § 4º do art. 14 do CDC norma especial, conforme já visto anteriormente na seção 2.1, a especialidade não é, por si só, motivo forte para justificar a aplicação da lei consumerista. Havendo outra lei mais benéfica ao consumidor, afasta-se aquela e aplica-se esta. E o parágrafo único do art. 927 do CC por ser caso de responsabilidade objetiva, preenche o requisito “norma mais benéfica”.

⁹⁶ No mesmo sentido, Freitas e Silva (2004).

Conseqüentemente, convém continuar a busca pelo motivo impossibilitador da sua aplicação.

Um outro motivo argüido é o de que o risco, em princípio, não é criado pela atividade médica, mas decorrente da própria doença⁹⁷.

Souza (2003a) diz:

Não é possível considerá-lo como um comando para tornar objetiva a responsabilidade do médico, nos casos de erro médico, haja vista o risco não ser criado pela sua atividade. [...] A atividade médica não é a geradora do risco a que é exposto o paciente mas, isto sim, a atuação do médico consiste em empregar os meios possíveis, num determinado local e momento, para corrigir o desvio da sanidade física, ou mental, apresentado pelo paciente, o responsável pelo risco é a entidade nosológica – a doença – apresentada pelo paciente. Não há como transferir a responsabilidade pelo risco ao médico. Não é este o gerador do estado patológico do paciente com a prestação do seu serviço. O estado de doença, em que se encontra o paciente, apresenta seus riscos inerentes – e próprios a cada entidade – em termos de evolução e também riscos, igualmente decorrentes deste estado de doença, das investigações e tratamentos. Não é pois, por evidente e óbvio, o médico o criador deste risco ao paciente. A jurisprudência deve se direcionar neste sentido, permanecendo, bem definido, o caráter subjetivo da responsabilidade médica na visão jurídica do erro médico.

Na verdade, a fundamentação não é bem essa, pois o fato da doença, por si só, ocasionar riscos, não significa que a atividade médica não gere riscos. Além do risco decorrente da própria patologia, existe também o risco criado pela atividade médica. Há uma margem de risco inerente ao próprio exercício da profissão médica, basta lembrar da iatrogenia⁹⁸.

Neste sentido Giostri (1999, p. 134-135): “todo ato médico comporta risco, e ninguém desconhece o fato de que existem situações anômalas, quando uma simples

⁹⁷ Muitos dos autores, ao tratarem da responsabilidade médica, costumam enfatizar tal ponto. A propósito escreveu Kfoury Neto (2007, p. 61-62): “Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica riscos aos direitos do paciente – hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total”.

Idêntica observação é feita por Castro (2005, p. 60): “Nunca é demais ressaltar quanto ao exercício da medicina pelo médico não ser ele, ordinariamente, o causador da situação que coloca em risco a vida ou a saúde do paciente, mas a moléstia. O médico age para cortar a tendência nefasta imprimida pela doença e a cura ou melhora é, em regra, o resultado do trabalho desempenhado pelo profissional.”

⁹⁸ Doença provocada no paciente por intervenção médica ou medicamento, que pode acarretar graves seqüências (ex: perda de membro, morte, etc).

injeção ou um brando analgésico podem vir a causar graves complicações, inclusive a morte”.

Outra justificativa apresentada pelos autores para a não objetivação da responsabilidade médica reside na inviabilização da profissão. Dizem os autores: como os médicos só são chamados a intervir em situações duvidosas e arriscadas (BRANCO, 1996), e como a inexatidão e a imprevisibilidade são características próprias do organismo humano, o abandono da teoria subjetiva tornaria impraticável a profissão.

Ademais, sustentam alguns, como lembrou Kfoury Neto (2007), que os que se aventurassem por ela, buscando afastar o risco de demandas contra si, terminariam por não aplicar técnicas mais complexa ou de vanguarda, ou ainda deixariam de inovar, por conseguinte, as ciências da saúde se tornariam rotineiras, o que impediria o progresso científico e o desenvolvimento da Medicina.

Realmente, não se pode negar, a ciência médica é limitada, imperfeita, incerta, imprecisa, marcada pelo imprevisível e pelo imponderável, pois o âmbito de sua atuação é o corpo humano, seara altamente complexa e subjetiva, não totalmente conhecida e marcada pelo fator álea.

O mencionado no parágrafo anterior fica bem visível quando se tem em mente que:

- * novas enfermidades estão sempre a surgir;
- * por conta da seleção natural, vírus e bactérias se tornam cada vez mais resistentes aos medicamentos existentes;
- * muitas doenças apesar de serem conhecidas a muito tempo, ainda não tem cura (ex: raiva, AIDS, etc);
- * o conhecimento sobre a estrutura humana é limitado e parcial, atingindo, segundo Gomes (2003), se muito, numa visão otimista, 60% do total, pois o corpo humano não foi criado pelo homem, e não vem acompanhado de um manual de instrução;
- * o organismo humano é um campo altamente aleatório, tanto que a previsibilidade só vai até um certo ponto, passando-se dele entra-se no campo do imprevisível e do imponderável;

* o corpo humano é tão complexo que pode ocorrer do patológico se confundir com o normal, e vice-versa (ex: a pessoa pode não sentir dor e está doente; ou sentir e não está enferma, como na hipótese de dor de parto);

* nem sempre o que vale para um paciente valerá para outro, pois o corpo humano é uma seara muito subjetiva (ex: duas pessoas que têm o mesmo tipo de câncer e no mesmo estágio, recebem o mesmo tratamento, mas uma responder a ele e fica curada, e a outra não e termina morrendo).

Se não bastassem tais coisas, o quadro da saúde pública, no Brasil, não é dos melhores: a “saúde” está doente, e isto influi negativamente na atuação do médico.

Talvez seja por tudo isto que o Código Civil dispõe, no art. 951, o seguinte:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Dispositivo este que reconhece a responsabilidade subjetiva não só dos médicos, mas também dos enfermeiros, dentistas, fisioterapeutas etc, e ao fazer isto se mostra totalmente compatível com o § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que também estabelece a responsabilidade subjetiva dos médicos.

Como existe, no Estatuto civil, um dispositivo que trata expressamente da atividade médica, e como não se deve fazer interpretação isolada de um artigo, isto significa que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que consagra a responsabilidade objetiva, não abarca os casos de responsabilidade médica.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Se descumprir um contrato ou uma obrigação assumida, a pessoa responderá pelos prejuízos ocasionados. Se furtar, matar, lesionar, fraudar, etc, será responsável civil e criminalmente. Da mesma forma, se o médico no exercício da sua profissão cometer um erro médico, como por exemplo, se esquecer uma compressa de gaze no abdômen, ensejando uma infecção e posterior morte do paciente, sua responsabilidade será incontestável, podendo o cliente ou seus herdeiros invocar, por exemplo, a responsabilidade civil médica e pleitear a respectiva indenização.

As razões da responsabilidade médica são fáceis de compreender: Primeiro, o fato de exercer uma profissão, arte ou ofício apesar de gerar uma presunção de que a pessoa sabe o que está fazendo, e de que é habilitada e competente para tal tarefa, não a torna imune a falhas. Segundo, o médico é um profissional como outro qualquer, portanto, de suas relações podem advir situações ensejadoras da responsabilidade, e uma vez isso se concretizando, deverá pagar pelos danos perpetrados. Terceiro, “têm os médicos em suas mãos o bem mais sagrado do homem, sua saúde, e, pois, sua integridade física e psíquica, sua própria vida: é por suas mãos que vimos ao mundo, são elas que nos assistem no momento derradeiro” (CHAVES, 1985, p. 402). Por fim, a responsabilização médica é uma maneira de compelir os médicos ao constante estudo, aprimoramento e atualização, e a agirem com mais diligência e cuidado no exercício de sua profissão.

3.1 Histórico da responsabilidade médica

Para uma melhor compreensão do andar da responsabilidade médica, a presente seção foi dividida em quatro: nos primórdios da humanidade; nos tempos do médico de família; a era da relação impessoal; responsabilidade subjetiva.

3.1.1 Nos primórdios da humanidade

Escritos históricos comprovam que desde os primórdios da civilização há uma preocupação com a responsabilidade médica. E não poderia ser diferente, frente ao instinto natural do homem de auto-preservação. Os princípios da responsabilidade médica, diz Cardoso Júnior (1955, p. 82), “era o fruto do próprio instinto de conservação, ou melhor, um fruto do direito natural”.

Na Antiguidade Oriental, por exemplo, na Mesopotâmia, destaca-se o *Código de Hammurabi* (2005), que dedica os art. 215 à 223 à atividade médica e às obrigações dela decorrentes, os quais estabelecem normas bastante severas.

Art. 215. Se um médico fizer uma grande incisão com uma faca de operações e curar o paciente, ou se ele abrir um tumor (em cima do olho) com uma faca de operações, e salvar o olho, o médico deverá receber 10 shekels em dinheiro.

Art. 216. Se o paciente for um homem livre, ele receberá cinco shekels.

Art. 217. Se ele for o escravo de alguém, seu proprietário deve dar ao médico 2 shekels.

Art. 218. Se um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas.

Art. 219. Se um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro.

Art. 220. Se ele tiver aberto o tumor com uma faca de operações e ter tirado o olho (do tumor) ele deverá ser pago a metade do valor contratado.

Art. 221. Se um médico curar um osso quebrado ou uma parte maleável do corpo humano, o paciente deverá pagar ao médico cinco shekels em dinheiro.

Art. 222. Se ele for um homem libertado, ele deverá pagar três shekels.

Art. 223. Se ele for um escravo, seu dono deverá pagar ao médico dois shekels.

No Egito, havia o “*Livro Sagrado*”, ou seja, um livro contendo todas as regras que deveriam, obrigatoriamente, ser seguidas pelos médicos no exercício profissional, e uma vez respeitadas, isentavam-no de toda e qualquer punição, ainda que ocorresse o falecimento do paciente. Por outro lado, a não observância dos preceitos do texto, seguida de insucesso, qualquer que fosse ele, acarretaria a morte do médico.

Segundo Kfoury Neto (2001, p. 42), “considerar o médico imune à responsabilidade, por haver obedecido ao ‘Livro Sagrado’, corresponderia, hoje, a

nunca se responsabilizar o médico pelo simples fato de ser ele detentor do seu grau acadêmico”.

Passando, pela Antiguidade Clássica, avistam-se, em Roma, várias leis que voltam os olhos para as falhas médicas, dentre as quais destaca-se a *Lei Cornélia* que estabelecia vários delitos relacionados à prática da profissão médica e as referentes penas que deveriam ser impostas; punindo, inclusive com pena de morte, a negligência e a imprudência médica (CARDOSO JÚNIOR, 1955; KFOURI NETO, 2001); e a *Lei Aquília*, que introduziu a idéia de culpa e as primeiras noções da responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico culpado pelo cometimento de um erro profissional (GIOSTRI, 1999).

Na Grécia, há o Juramento de Hipócrates (2005), lendário personagem que as enciclopédias chamam de Pai da Medicina e que viveu na Grécia Antiga de 460 a.C a 355 a.C.

Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higeia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes.

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.

Conservarei imaculada minha vida e minha arte.

Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam.

Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados.

Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.

Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.

Diante dos vários dispositivos, até o momento, mencionados, constata-se que a maioria apresentava penas severíssimas, e que, não raras vezes, nenhuma importância atribuíam à culpa ou intenção do autor. Traziam, portanto, a

responsabilidade objetiva, na qual o mero fato objetivo do insucesso já vinculava o médico.

Acontece que apesar disso tudo, predominava o princípio da irresponsabilidade profissional do médico. O instituto legal da responsabilidade não tinha uso. Tanto não era aplicado com freqüência, que, conforme lição de Souza Lima, invocada por Cardoso Júnior (1955, p. 82), Plínio, referindo-se aos profissionais médicos e à Medicina, chegou a dizer “que o Sol alumiava seus sucessos e a Terra escondia seus erros e desastres”.

A inaplicabilidade do princípio da responsabilidade médica devia-se, dentre outros fatores, principalmente aos elementos míticos e místicos que envolviam a figura do médico.

Na antiguidade, a doença era vista como uma expressão material do pecado. Como a doença era um castigo dos deuses, o curar ou não o doente, e o salvar ou não a vida, dependiam deles. Só quem poderia curar e salvar era quem tinha o poder divino de expurgar o mal e de resgatar vida; e o médico era visto justamente como detentor deste poder excepcional e sobrenatural, pois era um representante das divindades. Logo, a profissão médica estava revestida de caráter religioso e mágico.

Ora, sendo um representante da divindade, não há que se cogitar que não seja ungido da virtude da perfeição. Por conseguinte, sendo perfeito, era um total despropósito pensar que o médico poderia errar, sobretudo no exercício da medicina⁹⁹.

A dificuldade de pensar e mais ainda de aceitar que o médico pudesse falhar, unido com a idéia de que a evolução desfavorável da doença decorria unicamente da vontade divina, sendo o médico apenas intermediário dela, terminavam inibindo os eventuais lesados de pleitearem indenização.

Ocorre que em virtude do empirismo, que marcou este período da medicina, os casos de erros médicos graves eram comuns no dia-a-dia das pessoas, e isso acabou ensejando o descrédito da classe médica: os médicos foram aos poucos perdendo seu caráter místico e mítico.

⁹⁹ Ressalvada a mitologia grega, cujos deuses reproduziam defeitos humanos, não há que se imaginar, ao longo da história religiosa, que a divindade ou o seu representante não sejam dotados da virtude da perfeição.

3.1.2 Nos tempos do médico de família

Com o tempo, entra-se na era do “médico da família”, profissional que além de cuidar da saúde física e psíquica de seus pacientes, envolvia-se também nos assuntos íntimos. Em virtude da forte relação médico-paciente, assentada na confiança irrestrita do cliente no médico, não se admitia dúvidas sobre a qualidade dos serviços médicos prestados. Conseqüentemente, somente um ou outro caso ia parar no Judiciário.

Para piorar, a *Academia de Medicina de Paris* proclamou, em 1829, ser a Medicina “um mandato ilimitado junto à cabeceira dos doentes, aos quais só pode aproveitar essa condição. Os médicos nunca deveriam ser legalmente punidos pelos erros que cometessem de boa fé no exercício de suas funções; sua responsabilidade é tôda moral, tôda de consciência. Nenhuma ação jurídica pode-lhes ser intentada, senão em caso de captação, de dolo, de fraude e de prevaricação” (apud FÁVERO, 1975, p. 963); e, em 1834, apregooou que “os médicos e cirurgiões não são responsáveis pelos erros que cometessem de boa fé, no exercício de sua arte. Os arts 1382 e 1383 do Código Civil¹⁰⁰ não lhes são aplicáveis nesses casos” (apud FÁVERO, 1975, p. 964).

Era aplaudida, então, a idéia de que a responsabilidade dos médicos deveria ser exclusivamente moral e não econômica, o que quase levou a extinção da responsabilidade jurídica e da necessidade do médico de reparar seus erros, pois a doutrina e a jurisprudência francesa aderiram a essa tese.

A tese da responsabilidade exclusivamente moral e não jurídica logo foi enfraquecida. Em 20 de maio de 1836, o Procurador-Geral, André Marie Jean-Jacques Dupin, da Câmara Civil do Tribunal de Cassação de Paris, ao examinar o caso do médico que, ao realizar um parto, amputou ou dois braços do feto, estabeleceu bem a necessidade de se submeter o erro médico à apreciação judicial (KFOURI NETO, 2001).

¹⁰⁰ Código Civil francês

Art. 1382. Qualquer feito da pessoa que cause a outra um dano, obrigará àquela por cuja culpa se causou, a reparar-lo.

Art. 1383. Cada qual será responsável pelo dano que cause não somente por sua atuação, mas também por sua negligência ou por sua imprudência.

O parecer de Dupin, citado por GIOSTRI (1999, p. 34) é um marco na história da responsabilidade médica, pois mobilizou a opinião pública, a doutrina, a jurisprudência e o legislador, desencadeou uma verdadeira revolução: além de ter modificado os rumos da jurisprudência francesa, influenciou o direito de outros países. Diante de tamanha importância, convém transcrever parte dele:

[...] o médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional é necessário que haja cometido uma falha nesse ato; que tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção: basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

Que os médicos se conforme: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega.

3.1.3 A era da relação impessoal

Outro fator importante na evolução da responsabilidade médica foi a alteração do relacionamento médico-paciente. Apesar de atualmente o médico continuar a ser reverenciado, respeitado, acatado e visto como benfeitor, houve um distanciamento entre ele e o paciente.

A proximidade marca registrada do “médico da família”, do “médicos de cabeceira”, deixa de existir.

O que contribuiu, em grande parte, para essa alteração, foram as pressões sociais decorrentes da filosofia vigente no mundo de que “tempo é dinheiro”, e da desvalorização econômica do trabalho médico, pois para ganhar amanhã o que recebe hoje pelo trabalho que faz, certamente terá que trabalhar mais, impulsionando-o a atuar em múltiplas atividades concomitantemente. Em virtude disso, o médico deixou de dispensar “a mesma atenção que antes concedia aos seus pacientes, limitando-se a diagnosticar e prescrever”, e o resultado disto foi que

a relação médico-paciente passou a ser “episódica, rápida, pontual, e desprovida de uma maior interação e empatia entre eles” (PANASCO apud STOCO, 1999, p. 286).

Outro fator significativo foi a extrema especialização em todos os ramos da Medicina. A necessidade urgente de especialização fez com que deixasse de ter lugar para o “faz de tudo”, ou seja, para o médico que exerce seu mister indistintamente em todos os ramos da Medicina. Assim, se antes quando a pessoa ficava doente, seja qual fosse a doença, ela procurava sempre o mesmo profissional (aumentando o contato entre eles), agora, se ela estiver com problema no rim, certamente não irá ao médico que cuidou de sua visão (oftalmologista), mas ou procurará um clínico geral (que também é uma especialidade), que o encaminhará a um nefrologista, ou buscará diretamente este, e caso ele constate que essa doença renal é um câncer, o recomendável será o acompanhamento de um oncologista. Caso venha a ser realizada uma cirurgia, o rol de médicos que irão estar envolvidos ampliará mais ainda: cirurgião, anestesista, etc.

3.1.4 Responsabilidade subjetiva

Antigamente, como já visto, não era levado em consideração a culpa ou intenção do médico. Consoante as normas da época, o médico deveria responder por todo e qualquer resultado que frustrava a expectativa do paciente. Logo, se o tratamento realizado não produzia o efeito pretendido, o médico deveria ser punido.

Com o passar dos anos, a doutrina, jurisprudência e legislação foram se libertando dessa visão. Começaram a ver que nem sempre o médico era culpado pelos resultados atípicos e indesejados; algumas vezes eles decorriam de circunstâncias alheias a atuação do profissional como, por exemplo, as limitações da arte médica, ou até mesmo o ato exclusivo do próprio paciente. Portanto, seria injusto e absurdo responsabilizá-lo nos casos em que não tivesse agido culposamente.

A partir daí, houve um abrandamento no rigor: passaram a não inculpar o médico desde logo. Reconheceram a necessidade de examinar as circunstâncias de cada caso, e só depois de comprovada a culpa do médico, é que imputariam a ele a pecha de responsável pelo evento danoso.

Dessa feita, conclui-se que a responsabilidade médica, de início objetiva, passou a ser subjetiva.

No Brasil, conforme visto no Capítulo anterior, a responsabilidade dos médicos é subjetiva, em face do art. 951 do CC e do art. 14, § 4º, do CDC. Assim, é preciso que haja culpa do agente.

No entanto, vezes haverá em que a responsabilidade médica será objetiva. Esta objetivação decorrerá do próprio diploma consumerista.

Como, em termos de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor, a regra geral é a da responsabilidade objetiva, como o § 4º do art. 14 do CDC refere-se unicamente aos casos de fato do serviço, e como nos casos de vício do serviço, e vício ou fato do produto não há igual ressalva, significa dizer que nestas hipóteses a responsabilidade não será subjetiva, mas objetiva¹⁰¹, pois regra de exceção e desfavorável ao consumidor não poderá ser interpretada extensivamente^{102, 103}.

¹⁰¹ O vício, de acordo com os arts. 18 e 20 do CDC, é a anomalia referente à qualidade ou quantidade que torne os produtos e serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhe diminuam o valor, bem como aquela decorrente da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária. Já o fato, segundo os arts. 12 e 14 do CDC, é a anomalia decorrente de defeito no produto ou serviço ou de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, que geram dano, não circunscritos ao produto ou serviço em si, indo mais além e atingindo o consumidor, causando-lhe danos material e/ou moral.

¹⁰² Almeida e Wada (2002); Bonatto e Moraes (2001); Garcia (2005); Gomes (2001); Lôbo (1998); Marques, Benjamin e Miragem (2003); Nogueira (2001); Nunes Júnior e Serrano (2005) entendem que a responsabilidade por vício do serviço do profissional liberal é idêntica à dos demais fornecedores de serviços, ou seja, é objetiva.

No 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado-RS, de 8 a 11 de março de 1998, foi aprovada no Painel IV, conclusão neste sentido (CONCLUSÕES..., 1998, p. 243): “3. A responsabilidade do profissional liberal por vício do serviço independe de verificação de sua culpa (aprovação por maioria).”

Em sentido contrário, sustentando a responsabilidade subjetiva por vício do serviço prestado por profissionais liberais, encontram-se Nunes (2006) e Silva (2004).

Já Ribar (2003) entende que tudo vai depender do tipo de obrigação contratada com o profissional liberal: se de meio, a responsabilidade por vício do serviço será subjetiva; se de resultado, a responsabilidade será objetiva.

¹⁰³ Convém informar que há autores considerando que como não há na Seção III do Capítulo IV do CDC referência expressa igual ou semelhante a presente na Seção II de dito capítulo – “independentemente da existência de culpa” –, isto significa que a responsabilidade consagrada naquela seção é subjetiva. Assim, para eles, a responsabilidade médica por vício do produto ou do serviço seria subjetiva, e não objetiva. Tal interpretação não deve prosperar, pois totalmente contrária ao espírito do CDC.

Benjamin (1991) e Diniz (2006) falam que a responsabilidade é subjetiva *juris et de jure*.

Manifestaram-se sobre o assunto Almeida e Wada (2002, p. 199):

“O argumento que procura apontar a responsabilidade do vício do produto ou serviço como sendo subjetiva se concentra na ausência de previsão expressa, conforme consignado nos arts. 12 e 14 do CDC.

Convém aqui transcrever as palavras de Lisboa (2006, p. 289, grifo do autor):

O Código de Defesa do Consumidor expressamente se refere ao profissional liberal em uma única passagem, imputando-lhe a responsabilidade por culpa (art. 14, § 4º), o que pode conduzir à falsa conclusão de que, em qualquer hipótese, a responsabilidade dele, como fornecedor, será subjetiva.

Ledo engano. Primeiramente, porque o art. 14, § 4º, somente se aplica nos casos de responsabilidade oriunda de um acidente de consumo, ou seja, de um evento danoso aos direitos personalíssimos do consumidor (dentre eles, em especial, a vida, a saúde e a segurança).

A responsabilidade subjetiva do profissional liberal somente se dá, no microsistema de defesa do consumidor, para o caso de *responsabilidade pelo fato do serviço*.

O que poderia ser questionado é se o art. 951 do Código Civil não consagraria a responsabilidade subjetiva para os casos em que o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva dos médicos.

Da leitura do art. 951 do Código Civil, constata-se facilmente que não tem como aplicá-lo às hipóteses de responsabilidade pelo vício do serviço ou do produto. Como ele fala em “exercício de atividade profissional, [...], causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”, é evidente que não se aplica para os casos de vícios do produto, pois causando morte ou lesionando vício não será, mas fato.

Também não englobará os fatos do produto, pois tal ressalva não consta no Código de Defesa do Consumidor – que prevê a responsabilidade objetiva para todo

Embora possíveis, nos afiguram por demais simplistas, pois realiza um ‘recorte’ no Código de Defesa do Consumidor, promovendo uma leitura fragmentada e isolada.

É possível considerarmos a responsabilidade objetiva, utilizando os seguintes argumentos:

1) A interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor, pois na Seção anterior – Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, quando pretendeu que a responsabilidade fosse subjetiva, o legislador expressamente consignou expressamente – ‘Art. 14, § 4º – A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’.

2) A regra geral estabelecida no art. 6º, VI, reconhece o princípio da responsabilidade objetiva.

Ademais, qual seria o sentido da responsabilidade subjetiva? Seria um grande contra-senso estabelecer um sistema protetivo do consumidor e ter como condição a avaliação da conduta culposa do fornecedor, pois, sabidamente, nas relações massificadas de nossa sociedade, essa verificação é extremamente difícil, quando não impossível. Difícil imaginarmos a apuração da conduta culposa – negligência, imperícia e imprudência do fornecedor para que ele tivesse a responsabilidade de reparar, por exemplo, uma televisão que, retirada da loja, tivesse deixado de funcionar – como apurar a conduta culposa do fornecedor, sua negligência, imperícia e imprudência, quando o consumidor sequer tem a compreensão do funcionamento do produto? Se a condição para a reparação for fundada na culpa, negar-se-ia, em última análise, a própria reparação do dano, suportando o consumidor o dano, de modo individual. Nesse sentido, nas hipóteses apresentadas para reflexão, teríamos uma negativa da cidadania, da dignidade do consumidor e seria obstada a construção de uma sociedade justa e solidária. Logo, não nos parece razoável a sustentação da responsabilidade subjetiva para caso de vícios de produtos ou serviços, no Código de Defesa do Consumidor.”

e qualquer caso de fato do produto (art. 12, *caput*) –, e conforme já mencionado na seção 2.1, o Código Civil não pode agravar a situação do consumidor. E transformar uma responsabilidade que é objetiva em subjetiva será dificultar a vida do consumidor, o que não é possível. Repetindo o que disse Tepedino (2005, p. 11): “enquanto estiver em vigor a Constituição da República, a promulgação de um Código Civil só poderá representar acréscimo aos níveis de proteção da pessoa humana, nunca sua redução”.

Resumindo: a responsabilidade médica só será subjetiva nos casos de fato do serviço. Tratando-se de vício do serviço, ou fato ou vício do produto, a responsabilidade médica não será subjetiva, mas objetiva ¹⁰⁴.

Além dos casos supra, alguns autores, equivocadamente, defendem, como se verá na seção seguinte, a responsabilidade objetiva para alguns casos de fato do serviço prestado pelos profissionais liberais: quando a obrigação assumida for de resultado.

3.2 Natureza da responsabilidade médica

A responsabilidade contratual está em marcha: ela afasta do seu caminho a responsabilidade delitual, e é lícito perguntar se, um dia, os tribunais não declararão o médico ou cirurgião responsável *contratualmente* pelos danos causados aos seus clientes por um tratamento contra-indicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz. A responsabilidade contratual ganha terreno; espalha-se como a mancha de óleo e não sabe onde se deterá, na sua marcha progressiva; ora, os seus progressos são também os da responsabilidade em geral, pois, graças a ela, a vítima dum dano obtém mais facilmente, mais seguramente, uma justa reparação. A teoria dita da responsabilidade contratual opera à maneira dum transformador de alta tensão; intensifica a corrente da responsabilidade, cuja natureza modifica. (JOSSERAND, 1941, p. 558, grifo do autor).

Responsabilidade médica: contratual ou extracontratual? – esta foi, no passado, uma questão que muita atormentou tanto a doutrina como a jurisprudência. Enquanto uns sustentavam a natureza contratual da responsabilidade dos médicos, outros entendiam ser ela extracontratual ou delitual. Havendo, ainda, os defensores de uma natureza mista (mistura de responsabilidade contratual e delitual).

¹⁰⁴ Em virtude dos objetivos da presente monografia, será examinada apenas a responsabilidade subjetiva dos médicos.

Inicialmente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante avistava na relação médico-paciente a responsabilidade civil extracontratual. Porém, não demorou muito, e o dia tão esperado por Josserand (1941) chegou. A doutrina reconheceu quase unanimemente a responsabilidade civil do médico como de natureza contratual. A jurisprudência, por sua vez, a partir do julgado da Câmara Civil da Corte de Cassação francesa de 20 de maio de 1936, firmou tal posicionamento.

No Brasil, a discussão foi apimentada com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, pois trouxe a responsabilidade médica no art. 1.545¹⁰⁵, dispositivo este situado na parte destinada à regulamentação da liquidação do dano oriundo de atos ilícitos. Dando margem a uma longa discussão acerca da natureza de tal responsabilidade. Gerando a manifestação dos mais ilustres doutrinadores brasileiros.

Dias (1997) e a grande maioria dos doutrinadores entendiam que não obstante ter sido tratada no capítulo referente aos atos ilícitos, a responsabilidade médica tinha natureza contratual, pois essa era a sua essência.

Vale, aqui, informar que os próprios partidários desta corrente, mesmo dizendo que a responsabilidade médica era contratual, deixavam em destaque que nem sempre os serviços médicos seriam prestados ao paciente em decorrência de contrato com este, porque fora da generalidade dos casos, poderia acontecer da prestação profissional ocorrer sem que antes tivesse havido qualquer acordo de vontade entre o paciente e o médico. Resultando dessas premissas que, em tais casos, a responsabilidade seria aquiliana (DIAS, 1997).

Em posição inversa, encontrava-se Santos (1958, p. 257): “Em face do nosso Direito, porém, a questão não pode ser objeto de controvérsia, por isso que o Código considera a culpa como aquiliana”.

Na verdade, a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário: não é possível colocá-la unicamente no campo contratual, nem exclusivamente no âmbito extracontratual, pois poderá revestir-se tanto de uma forma como de outra.

Apesar de normalmente ser contratual, pois, no geral, o paciente escolhe o médico e constitui previamente com ele um vínculo contratual, não se pode esquecer

¹⁰⁵ 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.

que por ter a atividade médica uma função social, haverá, independentemente da existência de contrato, um rol de deveres inerentes a própria profissão, cuja violação originará, no caso de ausência de contrato, uma responsabilidade extracontratual.

Calha a propósito a lição de Giostri (1999, p. 64):

As profissões, como um todo, são imbuídas de uma função determinada na sociedade. Contudo, algumas existem que por sua natureza e pelo seu exercício, passam a preencher uma certa função social. Resulta daí o fato de a jurisprudência e a doutrina reconhecerem a existência de obrigações legais para certas profissões, e por elas responde o profissional tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. Uma dessas profissões é a do médico.

Por conta disso, e para evitar qualquer restrição, não cabível, quanto a natureza da responsabilidade médica, o novo Código Civil, ao tratar do assunto, não mais o colocou no capítulo referente aos atos ilícitos, mas no capítulo “Da indenização”, do título “Da responsabilidade civil” – art. 951¹⁰⁶.

Em suma, dependendo do caso, a responsabilidade do médico poderá ser contratual ou extracontratual. Terá natureza contratual, caso decorra do descumprimento (não-cumprimento ou cumprimento defeituoso) de uma obrigação contratual preexistente, ainda que meramente tácita. Assim, inexistindo, entre o médico e o prejudicado, vínculo contratual válido, anterior a atuação médica, responsabilidade contratual não haverá.

Será extracontratual quando inexistir contrato preexistente. Resultará do inadimplemento normativo, ou seja, da violação de um dever legal (ilícito extracontratual).

Entre as hipóteses de responsabilidade médica extracontratual destacam-se:

a) a responsabilidade do médico em relação aos membros da família, que não contrataram e vieram, com a morte do parente, a ter prejuízo. Não pode ser vista como contratual, porque antes do dano, ou seja, da morte do paciente, não existia vínculo entre o agente causador do dano e os prejudicados, surgindo pela primeira vez com a ocorrência dele;

b) a oriunda de prestação profissional espontaneamente, sem intervenção alguma da vontade do paciente, como no caso do médico que dá assistência a pessoa desmaiada na rua;

¹⁰⁶ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

c) a resultante de serviço médico contra a vontade do paciente, como, na hipótese de suicida, que recebe assistência antes da consumação do ato.

Por fim, resta dizer que seja contratual, seja extracontratual, os efeitos serão os mesmos: *nascimento da obrigação de indenizar*. Além do mais, segundo a grande maioria da doutrina, seja contratual ou extracontratual, sendo a obrigação de meios, a culpa do médico não se presumirá, caberá ao paciente prová-la, e sendo de resultados, a culpa será presumida¹⁰⁷.

3.2.1 Responsabilidade médica contratual

Não há consenso na doutrina quanto à natureza jurídica do contrato médico. Diversas são as posições. Para uns, o contrato entre médico e paciente é um contrato de *mandato*. Tal corrente, que tem raízes no Direito Romano, onde o médico era visto como mandatário do enfermo, é criticada por Chaves (1985, p. 322, grifo do autor):

[...] não se pode falar verdadeiramente em *mandato*, caracterizado pela *função representativa*.

Não dá o cliente ao profissional qualquer poder para que este aja em seu nome, caráter essencial do mandato.

O médico, quando dá uma consulta, prescreve um tratamento, ou executa uma operação, da mesma forma que o advogado, o engenheiro, etc., não agem *em nome* do cliente, mas no seu próprio.

Outros, como Andrade (2001), Cardoso Júnior (1955) e Montenegro (1996), afirmam tratar-se de um contrato de *locação de serviços*, assumindo o médico o dever de prestar um serviço certo – atividade médica, tratamento médico –, e o paciente, o de pagar os honorários referentes à prestação.

Esta corrente também recebe críticas de Chaves (1985, p. 322, grifo do autor):

Entre o cliente e o profissional forma-se uma relação contratual para a prestação de serviço semelhante com a *locação de serviços*, mas que com ela não se confunde.

O médico, o advogado, o engenheiro, a parteira, o dentista não são meros prestadores de serviços, nem se subordinam, ao prestá-los, à

¹⁰⁷ A posição mencionada é a posição dominante. No entanto, Lôbo (1998) sustenta que sempre a culpa será presumida, seja contratual ou extracontratual, seja a obrigação de meios ou de resultados. Tal polêmica será analisada mais detalhadamente na subseção 3.3.1.

orientação do cliente; ao contrário, o cliente é que deve sujeitar-se às suas indicações.

De acordo com Chaves (1985), e ainda outros, dentre os quais Cavalieri Filho (2006) e Dias (1997), a avença celebrada entre médico e paciente é um contrato *sui generis*, inominado ou atípico, pois os médicos não se restringem a prestar serviços estritamente técnicos, executam também uma função de conselheiro, de guarda e protetor do doente.

Já no sentir de Venosa (2003, p. 95), “deve ser afastada qualquer classificação ímpar na teoria dos contratos. Dizer que o contrato é *sui generis* nada esclarece”.

Além dessas correntes, existem outras, como a que reconhece no contrato médico um contrato de empreitada, ou a que o enquadra no contrato multiforme ou proteiforme, etc.

Na prática, a adoção de uma ou outra teoria não alterará a responsabilidade médica. Ademais, consoante a posição doutrinária dominante, seja qual for a corrente seguida, sendo a obrigação de meios, a culpa do médico não se presumirá, caberá ao paciente prová-la. Já se a obrigação for de resultados, a culpa será presumida¹⁰⁸.

3.3 Natureza da obrigação médica

A classificação das obrigações, quanto ao objeto ou conteúdo, em obrigações de meio e obrigações de resultado, foi esboçado no Direito Romano, mas só pelos idos da década de vinte do século passado, graças ao jurista francês Demogue, embora outros autores (ex: Bernhoeft, Fischer) já observassem algo semelhante, veio a ser sistematizada e melhor definida.

Segundo a mencionada classificação, haverá *obrigação de resultado* quando o devedor comprometer-se a alcançar um resultado certo e específico. Por outro lado, a obrigação será de *meio* quando o devedor assumir, única e exclusivamente, o dever de conduzir-se de certa forma, no intuito de alcançar certa meta, sem, todavia, ter o compromisso de atingi-la.

¹⁰⁸ Para Lôbo (1998) a culpa sempre será presumida.

Doutrinadores há, consoante Iturraspe, que consideram artificial e arbitrária tal classificação, argumentando que, na realidade, toda obrigação importa em um resultado a ser obtido e em meios adequados para alcançá-lo (apud KFOURI NETO, 2001).

A classificação em questão enseja conseqüências importantes tanto no plano material, influenciando as configurações da prestação devida e do inadimplemento, como no plano processual, operando uma total revolução no ônus da prova.

Nas *obrigações de meio*, como o compromisso do devedor esgota-se no emprego dos meios adequados, rumo a um fim almejado, mas não integrante da obrigação, a frustração desse fim não terá o condão de por si só configurar o inadimplemento contratual, e acarretar o dever de indenizar. Para ser indenizado, o credor ou os seus herdeiros deverão demonstrar que o resultado danoso decorreu de culpa do devedor.

Já na *obrigação de resultado*, ou se chega no resultado convencionado ou configurar-se-á o inadimplemento com todos os seus efeitos. Para se ter uma idéia, de acordo com Demogue, se mesmo agindo com toda a diligência e prudência, ainda assim o devedor não atinge o resultado avençado, não se terá por adimplida a obrigação, e ocorrerá presunção de que a não obtenção do resultado decorreu de atuação culposa do contratado (GIOSTRI, 1999; KFOURI NETO, 2001; LIRA, 2004). Portanto, o credor não precisará provar que o devedor agiu com culpa. A mera demonstração da existência de um contrato, e do descompasso entre o combinado e o resultado final, será suficiente para determinar a responsabilidade do devedor. Responsabilidade essa que só será elidida, caso prove que o resultado foi alcançado ou a ocorrência de alguma excludente de responsabilidade.

Por conseguinte, sendo a obrigação de resultado, o ônus probatório será bem mais brando para o credor/lesado, e mais severo para o devedor.

Frente as considerações acima arroladas, observa-se que a classificação das obrigações quanto ao conteúdo, gira em torno da vontade das partes: se quiseram e contrataram um resultado determinado, a obrigação será de resultados; já se quiseram e contrataram apenas uma atividade tendente a atingir um fim excluído do âmbito da relação obrigacional, a obrigação será de meio.

Ocorre que nem sempre a vontade das partes apresentar-se-á de forma clara e precisa.

Deparando-se com uma situação desta, será necessário investigar a vontade das partes, e nesta investigação, segundo Patrice Jourdain, citado por Giostri (1999), levar-se-á em consideração os seguintes critérios:

a) análise do objeto da obrigação: caso a execução da obrigação dependa apenas do devedor, a obrigação será de resultado. Dependendo de qualquer outro fator, presume-se que o devedor não se obrigou a atingir determinado resultado, mas apenas a tentar alcançá-lo, sendo, por conseguinte, de meio sua obrigação.

b) interpretação da vontade das partes: devem ser levados em consideração o fator álea e o papel do credor na execução da obrigação. De forma que sendo a execução de natureza aleatória ou tendo a vítima papel ativo na execução da obrigação, aumentando a álea, a obrigação será de meio, pois se acredita que o devedor não assumiria riscos, não se comprometendo, portanto, em atingir um resultado específico. Do contrário, isto é, podendo o resultado querido pelo credor ser atingido sem grandes dificuldades, a obrigação será de resultado.

c) oportunidade e equidade: referem-se às atividades potencialmente perigosas e aquelas em que o devedor fornece ou utiliza material e produto para o exercício de sua obrigação, ou, ainda, quando exerce sua atividade sobre objeto que lhe é confiado. No primeiro caso, tratar-se-á de obrigação de meio, e nos demais de resultado.

Aguiar Júnior (1995) leciona que não é a vontade das partes, mas o fator álea o grande determinante da natureza da obrigação. Chegando mesmo a dizer que ainda que o devedor prometa atingir determinado resultado, presente o elemento aleatório, a obrigação será de meio, pois uma simples promessa não tem força para modificar a natureza da obrigação.

É chegado o momento da análise da natureza da obrigação médica.

Embora para a grande maioria dos pacientes e da sociedade a Medicina seja vista como um compromisso com o sucesso, a obrigação assumida pelo médico, via de regra, não é de cura, obrigação de resultado – apesar de evidentemente ser esse o objetivo perseguido também pelo médico –, mas de meios, ou seja, prestação dos serviços médicos com consciência, dedicação, diligência, prudência, perícia e zelo, em consonância com as regras e métodos da arte médica, exigidos pela situação, e salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições científicas e tecnológicas da profissão.

A responsabilidade da obrigação de meios está consagrada no art. 2º do Código de Ética Médica, que dispõe: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

A razão do médico geralmente não assegurar o fim de sua própria atividade, decorre da limitação da arte de curar. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, é incompleta, imperfeita, imprecisa e incerta.

Vem a propósito a lição de Forster (1997, p. 84), sobre o assunto:

[...] a ciência médica é, por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia desbrava novas fronteiras, defrontando-se com enfermidades até então desconhecidas, talvez na mesma medida em que vai descobrindo os meios de curar muitas delas. Numa visão radical da questão, exigir do médico obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência divina, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. Como, infelizmente, os seres humanos continuam a morrer, e isso ocorre também com os médicos, é evidente que a cura nem sempre é possível. Logo, tal resultado não poderia ser exigido de nenhum ser humano, nem mesmo do médico.

Sendo a obrigação de meio, conclui-se que o fato do resultado final não ser o esperado pelo doente ou seus familiares – cura ou melhoria – não significará que o contrato foi inadimplido, e, por conseguinte, não acarretará a responsabilidade médica. O médico só se tornará responsável, se a morte ou ausência de melhoria decorrer de culpa sua. E caberá ao paciente ou seus herdeiros provarem que o profissional agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Conforme sustentado pelos autores, sem a comprovação da culpa, ainda que o médico não tenha sido feliz no resultado, responsabilidade civil não existirá (AGUIAR JÚNIOR, 1995; ANDRADE, 2001; BLOISE, 1997; CAVALIERI FILHO, 2006; DIAS, 1997; LEAL, 2003; LIRA, 2004; MARTINS, 2004; MONTENEGRO, 1996; PEDRASSI, 1998; RODRIGUES, 2002; SCAVONE JUNIOR, 2000; SILVEIRA, 1991; SOARES, 1996; SOUZA, 2003b; STOCO, 1999; WALD, 2000).

Veze haverá, no entanto, em que a prestação médica reverter-se-á de caráter de obrigação de resultado.

Como vaticinou Jean Penneau, apud Giotri (1999), isto ocorrerá ou quando a lei ou a vontade das partes assim determinar, ou quando o resultado da prestação médica subordinar-se unicamente ao desempenho do facultativo.

a) *Natureza da prestação.* Se a natureza da prestação exclui toda a álea, de forma que o serviço profissional dependa apenas da atuação e deliberação

profissional, a obrigação será de resultado (ex: realização de exames laboratoriais; radiografias; tomografias; ressonâncias magnéticas; etc)¹⁰⁹.

Pedrassi (1998) vai mais longe e entende haver obrigação de resultado em outras situações, tais como nas cirurgias de apendicite, cesariana e eliminação de miopia.

Discorda-se deste ponto de vista, pois apesar de tais procedimentos médicos serem perfeitamente conhecidos, fáceis e simples, como os atos médicos são praticados no corpo humano, o fator álea estará presente. Só será possível falar que se tratam de obrigações de resultado, se assim tiverem estipulado as partes.

b) *Imposição legal*. A lei pode determinar que certa obrigação seja de resultado.

c) *Vontade das partes*. A obrigação será de resultado quando as partes convencionarem que a prestação médica terá tal natureza. Ocorrerá, portanto, em duas hipóteses:

c.1) *Quando o facultativo comprometer-se a executar certo ato em dado momento, ou prometer realizar pessoalmente tal ato*. Ocorre, por exemplo, quando o médico compromete-se a fazer uma visita, uma operação, etc.

c.2) *Quando o médico garantir um resultado certo e determinado*. Em razão das limitações da ciência médica e da incerteza dos fatos biológicos, a deontologia médica aconselha os médicos a não assegurarem, em dadas circunstâncias, o resultado favorável do tratamento ou operação, e considera leviano e temerário o profissional que assim age.

Porém, se o médico desconsiderando qualquer valoração ética da sua profissão, bem como os demais fatores que interferem em um tratamento clínico ou cirúrgico, enveredar-se pelos caminhos da promessa da cura do mal ou de chegar a determinado resultado (ex: a um nariz bonito, a uma orelha menor, etc), isto afetará sua obrigação, que passará a ser de resultado.

Para Aguiar Júnior (1995, p. 40), a obrigação continua sendo de meio, porque a promessa, em si, não tem o condão de alterar a natureza da obrigação, que permanece carregada de risco. E prossegue dizendo que o que poderá ocorrer

¹⁰⁹ Giostri (1999, p. 100) admoesta que “se o exame de laboratório comportar uma álea, em razão de sua interpretação delicada, a obrigação não será senão de meio, com base na falibilidade humana e na subjetividade de seu ser”.

é um maior rigor no exame do elemento culpa. São suas as palavras transcritas abaixo:

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. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposos da obrigação de meios.

Na verdade, se o profissional garante chegar ao final do tratamento ou operação com o paciente são e salvo, estará assumindo uma obrigação de resultado.

Neste diapasão vai a posição de Teresa Ancona Lopez (apud STOCO, 1999), acompanhada nesses passos também por Forster (1997).

Idêntico é o pronunciamento de Gistri (1999, p. 99-100):

A vontade das partes pode conferir à obrigação do médico a natureza de obrigação de resultado em circunstâncias diversas, porém bem precisas, a saber:

.....
b) quando o médico *promete* que sua intervenção terá um *resultado certo e determinado*.

É o caso das cirurgias estéticas: se o cirurgião demonstra, por *croquis* ou por promessa, como ficará o nariz de sua cliente, ele está, sem dúvidas, se comprometendo a uma obrigação de resultado.

Quanto ao argumento apresentado pelo ilustre Aguiar Júnior (1995), ele é facilmente derrubado, pois o critério determinante da natureza da obrigação é a vontade das partes, sendo o fator álea apenas um elemento que poderá vir a influenciá-la. Logo, se a vontade das partes aponta para o comprometimento do médico em alcançar um dado resultado, sua obrigação será de resultado. Conseqüentemente, o facultativo será presumidamente culpado caso não o atinja.

Na hipótese de obrigação de resultado, o médico fica obrigado a atingir o objetivo específico a que se propôs. E, falhando no seu intento, será presumidamente culpado.

Para vir a ser indenizado, restará ao paciente/lesado demonstrar, além da existência do contrato, seu inadimplemento. Caberá ao facultativo/devedor

demonstrar, por exemplo, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou culpa exclusiva da vítima, quando se exonerará da responsabilidade.

Há quem entenda – como Bolson (2002); Bonatto e Moraes (2001); Leal (2003); Nery Júnior e Nery (2005); Santos (1999); Séllos (1994) – que sendo a obrigação de resultado, a responsabilidade não será subjetiva, mas objetiva. Tal entendimento, todavia, contraria o ordenamento jurídico, pois da análise do arts. 951 do CC, e 14 do CDC, constata-se que referidos dispositivos não diferenciam, seja a obrigação de meio ou de resultado, a responsabilidade sempre será subjetiva.

3.3.1 O parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e a presunção de culpa

O § 4º do art. 14 do CDC prevê a responsabilidade subjetiva para os casos de fato do serviço prestado pelos profissionais liberais. Em torno de tal dispositivo, giram várias controvérsias, dentre as quais, a de saber se a responsabilidade será subjetiva para todo e qualquer caso, e se ele se refere a culpa provada ou presumida.

De um lado, estão os que sustentam que a presente disposição legal consagra a responsabilidade subjetiva apenas para as obrigações de meio. De outro lado, estão os que defendem que ocorrendo fato do serviço a responsabilidade sempre será subjetiva.

Os partidários da *primeira corrente*, fazendo uso da classificação tratada no tópico anterior – obrigações de meios e obrigações de resultado –, perfilham o entendimento que a regra do § 4º do art. 14 do CDC só será aplicada nas situações em que o profissional assumir obrigação de meios, pois caso se comprometa em atingir um resultado, tal dispositivo será afastado, e a responsabilidade será objetiva.

Falam que caso a intenção do Código de Defesa do Consumidor fosse estabelecer a responsabilidade subjetiva tanto para as obrigações de meios como para as de resultado, ele não teria tratado dos profissionais liberais; teria apenas deixado a questão sob a égide do Código Civil. Como tal não foi seu escopo, sendo o referido preceito uma regra de exceção, deve-se dar não uma interpretação literal,

mas uma exegese restritiva e consoante os princípios do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se manifesta Bolson (2002, p. 129, grifo nosso):

A melhor doutrina entende que a exceção prevista no parágrafo 4º aplica-se tão-somente às obrigações de meio, isto é, àquelas em que tudo o que se exige de seu prestador é o emprego de determinado meio sem assegurar o resultado (aquela em que o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação), a responsabilidade do profissional liberal será objetiva [...]

Entretanto, existe divergência doutrinária quanto à responsabilidade objetiva dos profissionais liberais. Há juristas que entendem que, mesmo para as obrigações de resultado, há a necessidade da apuração da culpa. Discordamos de tal posicionamento, pois ficaria sem sentido a inclusão dos profissionais liberais no rol dos prestadores de serviço do Código, bastaria, então, continuar como estava, qual seja, com a continuidade do Código Civil a tutelar as relações entre profissionais e seus clientes.

De fato, mesmo com a mitigação do princípio da responsabilidade civil objetiva adotada pelo CDC, a exegese que se deve fazer do art. 14, parágrafo 4º, é a de uma *parte* (um parágrafo) em relação ao *todo* (o Código), ou seja, o *todo* tem o claro objetivo da defesa dos consumidores, não poderia uma *parte*, portanto, destoar do *todo*.

O objetivo do Código é o de proteger o consumidor daquele profissional liberal cuja prestação do serviço previa uma obrigação de resultado. Se não fosse assim, o CDC não precisaria tratar da matéria. Ademais, uma das grandes inovações do CDC foi a adoção do instituto da responsabilidade civil objetiva e mesmo na hipótese do parágrafo 4º do art. 14, a leitura que se deve fazer é a que se alinha com a tutela diferenciada ao consumidor dos serviços dos profissionais liberais.

Mencionam também que como a situação de um profissional liberal que assume apenas uma obrigação de empregar todos os esforços possíveis não é a mesma daquele que garante um resultado, feriria o princípio da isonomia, dá a ambos os casos o mesmo tratamento. Ademais, outra não poderia ser a exegese frente aos demais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor: oferta e publicidade vincularem o fornecedor; repressão à concorrência desleal; etc.

Ao tratar da questão, Moraes (1999, p. 79) cita, para ajudar no desenvolvimento do seu raciocínio, o seguinte exemplo:

Um profissional médico diz que fará uma cirurgia plástica de nariz para tentar fazê-lo mais formoso. O paciente, com a promessa de que seria uma “tentativa”, mas não uma “certeza”, poderá optar entre assumir o primeiro compromisso (de meio) ou recusá-lo. Recusando, encontra outro profissional que promete obrigação de resultado positivo, demonstrando, no computador, como ficará, o que faz com que o vulnerável aceite por causa da “garantia” oferecida nesta última situação. Pergunta-se: As situações são as mesmas? Os mesmos critérios de oferecimento do serviço foram apresentados? O segundo médico operador oferece ou não um diferencial em termos de concorrência em relação ao primeiro? Por último: Como tratar igualmente um médico que promete fazer o máximo e sempre cumpre o que promete, exceto quando se provar que agiu com culpa, e um outro que promete determinada coisa específica e não a alcança?

Faz-se, então, a interpretação sistemática, com base nos artigos 4º, inciso VI (repressão aos abusos, concorrência desleal), artigos 18 e 20 (o último – “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que tornem impróprios ao consumo...”) e 30 (“toda informação ou publicidade... obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”), todos do CDC, para chegar à conclusão de que a promessa do segundo médico passou a ser cláusula rígida da contratação, respondendo, independentemente da existência de culpa, pela não consecução dos objetivos prometidos, tendo em vista que a regra geral da Lei Consumerista é a da responsabilidade objetiva, somente sendo aquiliana quando expressa.

Em virtude do exposto, Santos (1999, p. 8) conclui que “o dispositivo do art. 14, § 4º, da Lei do Consumidor, disse menos do que deveria dizer”, mas “ainda que o artigo acima mencionado dispunha sobre a responsabilidade subjetiva, não se deve afastar a responsabilidade sem culpa dos profissionais liberais cuja execução de serviço se vincula ao resultado”.

E prossegue:

[...] A interpretação literal do dispositivo poderá servir de meio para os maus profissionais livrarem-se da responsabilidade de reparação de danos pelo fornecimento de serviços viciados e defeituosos, o que não é o objetivo da Lei do Consumidor.

Aplicar regra contida no Código do Consumidor que contraria seus próprios princípios é, antes de tudo, desconhecer as regras de interpretação, mas também um caminhar para mácula do bom senso e a prática de injustiça social. Além do mais, o intérprete não pode dar sentido à norma sem levar em consideração as diretrizes básicas da boa interpretação.

Outros adeptos de tal pensamento são Bonatto e Moraes (2001); Nery Júnior e Nery (2005); Séllos (1994).

A *segunda corrente*, por sua vez, aplaude o entendimento que frente a um fato do serviço prestado pelos profissionais liberais, a responsabilidade sempre será subjetiva, não tendo que distinguir os profissionais uns dos outros segundo a atividade que desempenham.

Não poderia ser diferente, pois o § 4º do art. 14 do CDC não diferencia, seja a obrigação de meio ou de resultado, a responsabilidade sempre dependerá da verificação da culpa. Não há, portanto, responsabilidade objetiva neste tema.

Veja o que dispõe Nascimento (1991, p. 81):

[...] o legislador, na regra do parágrafo 4º do art. 14 do Código do Consumidor, não permite esta diferença. Basta ser profissional liberal e não há necessidade de culpa para a verificação da responsabilidade civil. A

responsabilidade objetiva é só para os fornecedores não profissionais liberais.¹¹⁰

Além do mais, falam os autores, a classificação em obrigações de meios e de resultados só tem lugar no âmbito da responsabilidade subjetiva.

Nos dizeres de Stoco (1999, p. 83):

[...] a Teoria do Resultado não rompe com a Teoria da Culpa. Significa dizer que, não obstante o alcance que a obrigação tenha (de meios ou também de resultado), impõe-se a existência de culpa do obrigado civil, seja presumida ou demonstrada pelo credor.

As divergências não terminam nesse ponto. Além da discussão que há entre as duas correntes supra, dentro da segunda corrente, a qual se filia o presente trabalho, há controvérsias em saber se é caso de culpa provada ou culpa presumida.

Predomina entre os autores, o entendimento de que sendo a obrigação de meio, a culpa terá que ser provada pelo consumidor, mas se for de resultado, haverá presunção de culpa¹¹¹.

Até mesmo os defensores da primeira tese não falam em culpa presumida para os casos de obrigação de meio, salvo se houver aplicação do art. 6º, VIII, CDC.

O que Lôbo (1998) propõe é a presunção sempre, seja a obrigação de meio ou de resultado, e independentemente do art. 6º, VIII, do CDC.

Lôbo (2005, p. 35) está entre os autores avessos à classificação das obrigações em obrigação de meios e obrigação de resultados. Segundo ele, a dicotomia não tem fundamento, pois “é da natureza de qualquer obrigação negocial a finalidade”, tanto que ninguém procura um profissional – advogado, engenheiro, médico, etc – objetivando apenas que ele utilize os meios adequados, quer também o resultado na maior probabilidade¹¹².

Diz Lôbo (2005, p. 36):

¹¹⁰ Cavalieri Filho (2006, p. 518, grifo do autor) segue o mesmo raciocínio: “Como ficam, entretanto, aqueles casos em que o profissional assume uma *obrigação de resultado*? Com a vênia dos respeitáveis entendimentos em contrário, estou convicto de que nada mudou. O Código não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de suas responsabilidades continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*”.

¹¹¹ Neste sentido: Lisboa (2006); Sanseverino (2002); Saad, Saad e Castelo Branco (2006); Ribar (2003).

¹¹² O autor adverte que não se deve confundir o resultado provável com o resultado necessariamente favorável.

Todo aquele que procura o serviço médico persegue um resultado: a cura, o alívio da doença, extirpar a dor. Este é o interesse para adimplemento que está sempre presente. Toda obrigação tem por objeto um plano, um projeto, um programa de prestação, em outras palavras, um resultado, ainda que sejam considerados outros fatores aleatórios ou circunstâncias de fato que alteram os melhores propósitos do devedor, sua atuação prudente ou diligente, frustrando o resultado esperado, e, conseqüentemente, exonerando-o da responsabilidade, sem necessidade de recurso à qualificação da obrigação como de meio.

E prossegue: sem contar que frente a um suposto caso de responsabilidade, olha-se inicialmente não para a conduta do profissional, mas para a frustração do resultado pretendido.

Transcrevendo as palavras do autor: “Não é menos certo que, antes de toda investigação sobre a conduta do médico, há de se saber se o paciente curou-se ou não, ou se seu mal foi agravado ou apenas aliviado” (LÔBO, 2005, p. 35).

Ademais, argumenta o autor, ao ser aplicada a dicotomia em questão no âmbito da responsabilidade civil, ela acaba por desaguar em conseqüências violadoras do princípio da isonomia, visto que “estabelece uma inaceitável desigualdade na distribuição da carga da prova entre as duas espécies” (LÔBO, 2005, p. 34) – sendo a obrigação de meio, a vítima, para ver concretizada a reparação, além de demonstrar os requisitos da responsabilidade civil (dano, fato causador, nexos de causalidade e imputabilidade), terá que provar a inadequação técnica dos meios empregados ou a falta de cautela.

Isto gera “dificuldades quase intransponíveis para as vítimas de prejuízos causados pelos profissionais liberais, quando não conseguem provar que a obrigação por eles contraída é de resultado” (LÔBO, 2005, p. 34), vez que a prova da desconformidade técnica ou da falta de cuidado envolve informações especializadas, que o profissional dispõe e a vítima não.

Não se pode deixar de mencionar que “gera um ônus adicional ao credor de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional”. Por conseguinte, “restam danos sem indenização, na contramão da evolução da responsabilidade civil”, que aponta para a primazia do interesse da vítima e para a ampla reparação (LÔBO, 2005, p. 34-35).

Além de não concordar com tal divisão, o que de certa forma já prejudica a tese defendida pela maioria – de que sendo a obrigação de meios será caso de culpa provada, já se a obrigação for de resultado, será hipótese de culpa presumida –, ele entende que o § 4º do art. 14 do CDC consagra a culpa presumida para todos

os casos, porventura, abarcados por ele – responsabilidade dos profissionais liberais pelo fato do serviço prestado por eles. Presunção esta que independe do inciso VIII do art. 6º do CDC (LÔBO, 1998).

Segundo ele, entendimento diverso inviabilizaria a defesa do consumidor e violaria a Constituição Federal.

Transcrever-se-á a lição de Lôbo (1998, p. 161-162, 164-165, grifo nosso):

[...] 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.

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, mas de inteligência dos termos empregados pelo § 4º, 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 contraprová-la. Repita-se: é inquestionável a compatibilidade desse preceito com o artigo 6, VIII, que impõe o direito básico do consumidor a inversão do direito à inversão do ônus da prova.

Não contemplaria o mandamento legal de “facilitação da defesa dos 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. [...]

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.

E conclui:

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 artigo § 4º do artigo 14 é compatível com o direito básico disposto no artigo 6, 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).

Sanseverino (2002, p. 186), manifestando-se sobre a opinião de Lôbo, escreve:

Essa opinião extremada se apresenta em completo desacordo com a regulamentação procedida pelo CDC, que manteve os profissionais liberais submetidos a um regime de responsabilidade civil marcadamente subjetiva em que há necessidade de comprovação de sua culpa pelo consumidor.

Parece que a melhor interpretação e a mais condizente com a Constituição Federal e com o Código de Defesa do Consumidor é a defendida por Lôbo, ou seja, a de que o dispositivo em análise consagra hipótese de culpa presumida para todos os casos, e não a de que ele traz culpa presumida apenas para as obrigações de resultado, e culpa provada para as obrigações de meio.

Como é sabido, o Código do Consumidor trouxe várias novidades para os âmbitos obrigacional e da responsabilidade civil: a) referidos campos passaram a ser de ordem pública e de interesse social (art. 1º); b) reconheceu a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I); c) adotou como regra geral a responsabilidade objetiva do fornecedor (arts.12, 14, 18, 20), ou seja, sistema diverso do tradicional previsto no Código Civil vigente na época, que era o da responsabilidade subjetiva; d) estendeu a cadeia de responsabilidade até o fornecedor originário; e) deixou de lado a discussão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual (arts. 17, 29); f) estabeleceu a possibilidade de inversão do ônus da prova, a favor do consumidor (art. 6º, VIII); g) foi a primeira lei brasileira a prevê a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, §§ 2º a 5º); h) criou o período de reflexão (art. 49, *caput* e parágrafo único); etc.

Diante do caráter revolucionário e protetor do Código de Defesa do Consumidor – trazendo, dentre outra coisa, a responsabilidade objetiva como regra geral, e reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor – seria meio ilógico, incoerente, acreditar que ele se contentaria com a simples responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais e com a regra da obrigação de meios e de resultados, ainda mais que, geralmente, a obrigação assumida por eles tende a ser

de meios, tanto que há autores, sustentando que a diferenciação de tratamento deve-se a tal característica das obrigações¹¹³.

Ademais, vindo o consumidor a defender que a obrigação contratada foi de fim, ele teria, na grande maioria das vezes, apenas em tese sua situação favorecida.

Se de acordo com o defendido pela corrente majoritária apenas nas obrigações de resultados é que ocorrerá a presunção da culpa, e se, conforme já visto, é a vontade das partes que vai determinar o tipo de obrigação assumida, isto significa que para o consumidor se ver livre da prova da culpa, terá primeiro que provar que a obrigação contratada era de resultado. Prova esta que não é fácil, e que se torna mais difícil no âmbito das atividades em que o resultado final depende não apenas da atuação do profissional liberal (ex: médico, advogado, etc).

Voltando as atenções para a Medicina, pode-se dizer que como a atividade médica se processa no corpo humano, seara altamente complexa, subjetiva, imprevisível e marcada pelo fator álea, não convém ao médico assumir uma obrigação de resultado, tanto que, via de regra, ele apenas assume uma obrigação de diligência e prudência. E mesmo que venha assumir uma obrigação de fim, como ele sabe que, via de regra, não tem como garantir o resultado, além do que, caso ele não venha a ser alcançado, terá sua situação agravada, facilmente se conclui que dificilmente ele documentará, por exemplo, a promessa de cura ou da cirurgia perfeita. A promessa, quando ocorre, é feita no ambiente particular do consultório e na frente apenas do paciente¹¹⁴. Daí já dá para perceber a dificuldade que será para o consumidor a prova de que a obrigação contratada era de fim. Por conseguinte, tomando como base a tese defendida pela maioria, em poucos casos haverá a presunção de culpa.

Em termos de prova, a culpa médica também não é fácil de ser comprovada pelo consumidor. A dificuldade decorre não só do fato do paciente está debilitado

¹¹³ Gomes (2001, p. 68) leciona: “A obrigação dos profissionais liberais é qualificada como obrigação de meio. [...] Devido a este caráter da obrigação, preferiu o legislador não sujeitá-la a responsabilidade objetiva”.

¹¹⁴ A mencionada jura, apesar de absurda, não é vista como tal pela grande maioria da população. As pessoas, via de regra, acreditam nestas promessas, pois têm uma visão distorcida da obrigação médica: esperam que da prestação de serviços médicos sempre resulte a promoção, restauração ou preservação da saúde e da vida. Em outros termos, exigem dos médicos obrigação de resultado: a cura do mal, a cirurgia perfeita... A idéia social distorcida a respeito da obrigação médica é estimulada por um segmento da imprensa – a mídia sensacionalista – que usa a frustração do resultado pretendido pelo paciente ou seus familiares, para propósitos comerciais de aumentar a audiência ou de vender mais jornais ou revistas.

pela doença e abatido pela ocorrência, por exemplo, do suposto erro médico, mas também por não ter conhecimento técnico para apontar a falha humana¹¹⁵.

Para piorar, não se pode deixar de mencionar, há o chamado espírito de corpo. Muitas histórias de pessoas que deram entrada em hospital em busca de cura, e saíram com seqüelas irreversíveis ou terminaram falecendo misteriosamente foram, no passado, e são, no presente, acobertadas sob o escudo de um corporativismo extremo, que para manter tudo em segredo, não só se cala diante dos erros médicos, em respeito a lei do silêncio, como também descaracterizam-no, impedindo que se chegue a verdade. A solidariedade de classe é tão excessiva que, vulgarmente, ela é denominada de “máfia de branco”.

Como se vê, as dificuldades em provar a culpa médica tornam remotas as chances do paciente/vítima/consumidor ter reconhecido seu direito à reparação. Conseqüentemente, impor a ele tal ônus será negar-lhe qualquer reparação, será obrigá-lo a suportar os prejuízos sofridos.

Oportunas são as palavras de Josserand (1941, p. 551), ao tratar da teoria tradicional da responsabilidade e do ônus probatório nos acidentes de trabalho e de trânsito, e que podem ser aproveitadas no caso ora em estudo:

Impor à vítima ou aos seus herdeiros demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só.

O exposto só demonstra que a interpretação que vê a responsabilidade subjetiva com culpa provada para os casos de obrigações de meios e culpa presumida para as hipóteses de obrigação de resultado, não é compatível com o caráter revolucionário e protetor do Código de Defesa do Consumidor.

A interpretação do § 4º do art. 14 do CDC defendida pela corrente dominante, não deve prosperar, visto que não se mostra adequada para as relações de consumo. Como não leva em conta a vulnerabilidade do consumidor, permanece o desequilíbrio entre as partes. A presunção de culpa gerada pela obrigação de resultado, apenas muda a dificuldade, em termos probatórios, de localidade: em vez do consumidor ter a dificuldade de provar a culpa, terá a dificuldade de provar que a obrigação era de resultado. Ao exigir que o consumidor prove a culpa nas

¹¹⁵ O médico está em melhores condições para demonstrar a não ocorrência de culpa de sua parte.

obrigações de meios, esquece que o consumidor é um leigo, que o fornecedor apresenta-se em melhores condições de provar que não houve culpa.

Caso a lei quisesse a interpretação aplaudida pela maioria, bastaria ter dito que nos casos de responsabilidade dos profissionais liberais pelo fato do serviço as regras aplicadas seriam as da responsabilidade subjetiva do Código Civil.

Só que este não foi o seu querer, seu caráter inovador e paternalista não poderia se contentar com tão pouco, ou melhor, não poderia deixar os consumidores vitimados pelo fato dos serviços prestados por tais profissionais na mesma situação em que se encontravam anteriormente a entrada em vigor da lei consumerista.

Explicando: Ao analisarem as motivações que levaram o Código de Defesa do Consumidor a não atribuir, aos casos de responsabilidade pelo fato do serviço prestado por profissionais liberais, a responsabilidade objetiva e sim a responsabilidade subjetiva, os autores costumam falar que isto se deveu ao fato deles não se encontrarem nas mesmas condições dos demais fornecedores: a atividade de prestação de serviços liberais é explorada fora do padrão da sociedade de massa – risco/custo/benefício. Assim, adotar a responsabilidade objetiva seria lançar sobre os ombros deles um ônus muito pesado, o que terminaria por inviabilizar a atividade. Ademais, dizem eles, os contratos celebrados entre eles e os consumidores envolvem, geralmente, confiança que atenua sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo¹¹⁶.

Transcreve-se a lição de Bonatto e Moraes (2001, p. 126-127):

Compreende-se a maior dificuldade de responsabilizar estes agentes do mercado, posto que suas atividades se caracterizam,

¹¹⁶ Diz Sanseverino (2002, p. 181-182):

“O motivo da manutenção do sistema tradicional de responsabilidade civil, nesse tópico, derivou de um juízo de razoabilidade de parte do legislador, atendendo à natureza das atividades exercidas dos profissionais liberais. Estas se diferenciam daquelas prestadas pelos demais fornecedores de serviços, observando-se peculiaridades nas relações de consumo entres esses profissionais e seus clientes. Em síntese, o legislador atentou para a chamada “natureza das coisas”.

.....
No caso dos profissionais liberais, valorou-se a natureza peculiar das suas atividades, que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva. De outro lado, houve a preocupação com a inviabilização da atividade desses profissionais, pois, se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais. De outro lado, os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. Isso reduz o grau de vulnerabilidade do cliente, enquanto consumidor, frente aos profissionais liberais, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo.”

prevalentemente, por uma atuação personalizada, na qual a contratação *intuitu personae* predomina.

Além deste aspecto, a forma, diga-se de maneira caricata, “artesanal”, deste tipo de serviço não pode ser entendida como integrante das grandes atividades prestadoras de serviços de massa, pelo que não seria justificável que fossem adotados os mesmos critérios de responsabilização, em alguns casos.

Salienta-se, ainda, que nas empresas que exercem a prestação de serviços em larga escala já existe todo um planejamento prevendo os custos das possíveis indenizações a serem pagas, custos estes que são automaticamente repassados para o preço final pago pelos consumidores. Esta estrutura organizacional, de um modo geral, não existe no campo das profissões liberais, pelo que não é praticada a socialização dos prejuízos antes comentada, ficando estes individualizados na pessoa do profissional liberal.

Feito este paralelo, fica fácil entender os motivos da diferenciação feita no CDC, o qual, antes de qualquer coisa, visa a harmonizar o mercado de consumo, e não a inviabilizá-lo.

Tomando por base tais argumentos, constata-se que o tratamento diferenciado visou atender ao princípio da isonomia.

Não tinha como ser diferente, pois apesar do Código de Defesa do Consumidor ser uma lei de proteção do consumidor, ele não representa uma luta anti-empresas e anti-profissionais liberais, ele não veio para gerar desequilíbrio. Como expresso no próprio inciso III do art. 4º do referido diploma legal, ele tem como objetivo a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Se o Código de Defesa do Consumidor veio para equilibrar e por isto estabeleceu a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, não é de se negar que em nome desta mesma harmonização deve-se dar ao § 4º do art. 14 não a interpretação dominante (culpa provada para os casos de obrigação de meio, e culpa presumida para as obrigações de resultado), mas a exegese defendida por Lôbo (culpa presumida sempre).

Se nas relações de consumo que envolvem profissionais liberais a vulnerabilidade persiste, e se a prova da culpa, na maioria das vezes, é essencialmente técnica, e o consumidor desconhece aspectos específicos da atividade do profissional, significa dizer que, na maioria das vezes, ele terá extrema dificuldade de prová-la. Logo, exigí-la do consumidor seria apenas mudar o desequilíbrio de foco: se a responsabilidade fosse objetiva para os profissionais

liberais, haveria um ônus muito grande para ele; se a responsabilidade for subjetiva, mas com culpa provada a cargo do consumidor, o ônus será muito grande para o consumidor.

Do mais, ainda com base no princípio da igualdade, não teria sentido a Lei consumerista adotar dois sistemas diferentes de prova para situações que, de uma forma ou de outra, geram conseqüências danosas aos consumidores.

Como se vê, a lei vendo a situação de vulnerabilidade dos consumidores e não esquecendo que os profissionais liberais encontram-se em situação diversa dos demais fornecedores, excluiu eles da regra geral da responsabilidade objetiva, mas não os colocou na regra comum da responsabilidade subjetiva, estabeleceu a responsabilidade subjetiva com presunção *juris tantum* de culpa para todos os casos.

Mas por que complicar, ou seja, partir para tal interpretação, se o próprio Código de Defesa do Consumidor traz de forma expressa a possibilidade de inversão do ônus da prova no inciso VIII do seu art. 6º?

Na tese defendida por Lôbo a inversão do ônus da prova em relação à culpa será automática em todos os casos de responsabilidade pelo fato do serviço prestado pelos profissionais liberais (art. 14, § 4º), o mesmo não ocorrendo em relação à inversão prevista no art. 6º do CDC, que dependerá de circunstâncias concretas – hipossuficiência, verossimilhança das alegações – a serem apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, nem sempre ocorrendo.

Sem contar que, não tendo que partir para o inciso VIII do art. 6º da Lei consumerista, a pessoa termina não entrando nas diversas controvérsias que, como se verá na subseção 3.4.2.1, giram em torno deste dispositivo.

A tese defendida por Lôbo torna sem efeito o inciso VIII do art. 6º do CDC?

Não. Primeiro, porque a inversão prevista neste dispositivo não foi criada apenas para os casos de responsabilidade subjetiva. Serve também para os casos de responsabilidade objetiva. Segundo, porque o fato de se dizer que o § 4º do art. 14 consagra caso de culpa presumida, não impede que se aplique o inciso VIII do art. 6º aos demais pressupostos da responsabilidade civil. O consumidor só não terá que provar a culpa do profissional liberal, mas terá que provar a relação de consumo, o dano e o nexo causal entre a conduta do profissional e o dano. No

entanto, uma vez configurada as hipóteses do inciso VIII do art. 6º, a inversão do ônus da prova em relação aos demais pressupostos se mostrará cabível.

Convém, por fim, enfatizar que a interpretação dada, no presente trabalho, ao § 4º do art. 14 do CDC, não dá a dito dispositivo os mesmos efeitos da responsabilidade objetiva. Os efeitos seriam os mesmos caso estivesse sendo defendida a presunção *juris et de jure*, e não a *juris tantum*. Como a posição defendida é a segunda, isto significa que a presunção de culpa será afastada quando o fornecedor demonstrar que não agiu com culpa, algo inimaginável nos casos de responsabilidade objetiva e presunção *juris et de iure*, pois neles o fato, por si só, do fornecedor não ter agido com dolo, imprudência, negligência ou imperícia, não elide a responsabilidade.

Resumindo: partindo-se do caráter inovador e protecionista do Código de Defesa do Consumidor não se pode chegar a outra conclusão – **a responsabilidade prevista no § 4º do art. 14 do CDC é subjetiva, mas a culpa sempre será presumida, seja a obrigação de meios ou de resultados.** Esta é a exegese que possibilita a efetiva proteção do consumidor, porque leva em conta a vulnerabilidade do mesmo, e a necessidade de se alcançar a igualdade real e concreta.

3.4 Pressupostos da responsabilidade civil médica

Para a constituição da responsabilidade civil médica é necessária a verificação dos seguintes pontos:

a) *Agente médico.* Para ser argüido de falta de responsabilidade médica, o agente deve preencher todos os requisitos legais exigidos para o exercício da Medicina, que vão desde a diplomação em curso universitário, até a inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Logo, contra os que exercem ilegalmente a profissão, não pode ser levantada responsabilidade médica. Porém, isso não quer dizer que ficarão isentos de responsabilidade. Responsabilidade haverá, só que será de outro tipo.

b) *Ato profissional.* Os atos abarcados por essa responsabilidade são apenas os praticados pelo médico no exercício da profissão médica e violadores dos

deveres médicos. Assim se o facultativo vai a uma festa beneficente, e lá, por descuido, tropeça e derruba um vaso valioso que estava sendo leiloado, responsabilidade haverá, mas não será médica.

c) *Culpa*. É necessário que a culpa médica esteja exteriorizada através do dolo, imprudência, imperícia ou negligência.

Apesar das pessoas ligarem sempre a responsabilidade médica ao erro médico, este só se configurará nos três últimos casos, porque erro pressupõe culpa *stricto sensu*.

Havendo intenção de lesionar ou matar o paciente, não se poderá falar em erro médico. Contudo, não significa que responsabilidade civil não existirá, pois haverá, só não será decorrente de erro médico.

Como exemplo de dolo médico, cita-se o seguinte caso: No dia 23 de maio de 2004, por volta das 21h, a médica Annetiene e seu marido Eljolmo saíam do cinema quando foram abordados por Pedriotes, que apontando um revólver para a cabeça dela, exigia que eles entregassem o que tivessem de valor. Como a médica e o marido tinham apenas um celular modelo antigo e R\$ 52,00, Pedriotes, insatisfeito, descarregou a arma contra eles. Nenhuma das balas atingiu Annetiene; a mesma sorte, porém, não teve seu marido que foi baleado no coração e morreu no local. Três anos após o ocorrido, numa noite de plantão agitado no hospital público Vida Vida Sempre Vida, a médica plantonista Annetiene tem a maior surpresa ao perceber que o paciente que acabara de entrar em estado grave no hospital e que ela iria atender era o próprio Pedriotes. Neste momento, o ódio, a raiva e o espírito de vingança falam mais alto do que o juramento de Hipócrates, e Annetiene não pensa duas vezes, e no lugar de realizar a conduta necessária e adequada ao caso, faz procedimento que aumenta o sofrimento de Pedrioste e gera a morte do mesmo.

O erro médico, conforme já mencionado, realizar-se-á por meio da imprudência, negligência ou imperícia.

A *imprudência*, modalidade de culpa por ação, ocorre quando o médico dispõe de conhecimentos e aptidões necessários para realizar o ato, mas age de forma precipitada, sem a cautela necessária, como o facultativo que diagnostica e receita por telefone, ou o que realiza em poucos minutos, cirurgia que, normalmente é realizada em horas.

Na *negligência*, há também a inobservância, por quem tem conhecimento e habilidade exigidos para desempenhar a tarefa, das medidas ou precauções

necessárias, só que aqui ela decorre de uma conduta passiva (omissiva). São exemplos de negligência: esquecimento de instrumental cirúrgico (ex: pinças; gazes; etc) no campo cirúrgico; abandono do paciente no pós-operatório.

A *imperícia* é a inobservância, por falta de conhecimentos e habilidade práticos ou técnicos, das cautelas aconselhadas pela experiência comum ou pelas exigências particulares da prática médica, para realizar determinado ato¹¹⁷. Dá-se, por exemplo, quando um médico (diplomado e inscrito no CRM) não especializado em cirurgia plástica estética e nem filiado a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, realiza operação embelezadora e agrava a situação do paciente.

Sabendo que há a evolução natural e os riscos da própria moléstia, e que a Medicina é uma ciência limitada, imperfeita e imprecisa, os autores, dentre os quais Giostri (1999), Cunha Gonçalves (apud KFOURI NETO, 2001), Pereira (1998b) e outros, vêm escrevendo que, diante de um suposto caso de culpa, deve o juiz, para saber se houve culpa médica, confrontar o comportamento do acusado com as normas, deveres e métodos indicados pela ciência médica para o caso e, por conseguinte, com o comportamento dos demais profissionais médicos, da mesma categoria, em iguais circunstâncias.

Desde que o julgador entenda que a norma fixada foi respeitada, que outros médicos, em situação idêntica ao do indigitado, comportar-se-iam da mesma forma, responsabilidade médica não haverá. Já se constatar que a norma foi violada e que a conduta seria diversa, deverá condená-lo à reparação.

Na apuração da culpa médica, o juiz deve ter em mente os seguintes pontos:

I - *A apuração da culpa deve ser feita no caso concreto*, pois pode ocorrer de uma conduta ser considerada culposa numa situação e não ser em outra. O que significa dizer, por exemplo, que o simples fato do médico não ter aplicado a melhor técnica existente não significará, desde já, que ele tenha agido com culpa.

Para se ter uma idéia apesar de nos casos de emergência cardíaca o desfibrilador aumentar consideravelmente as chances do paciente sobreviver, o fato

¹¹⁷ França (1998) e Zampieri Júnior e Zampieri (2003) sustentam que como o médico é portador de um “diploma de doutor” e de um registro que lhe confere o livre exercício da profissão, e como tais documentos são a prova da sua habilidade, ele não pode ser considerado imperito. Porém, tal posicionamento não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência pátria, que admitem a imperícia médica. Entre os defensores da possibilidade de ocorrência de imperícia médica, encontram-se, dentre outros, Kfoury Neto (2001), Fávero (1975) e Viana (1996). Ademais, o próprio Código de Ética Médica, no seu art. 29 prever a imperícia, ao dispor: “É vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

dele não ser usado e o paciente morrer, não significará que houve culpa médica. É o caso, por exemplo, de Irtineildo que ao andar pela rua, sofre uma fibrilação ventricular (arritmia cardíaca) e cai na calçada, e o médico Jorinaldo que ia passando no momento vendo a situação, presta assistência, fazendo tudo o que estava ao seu alcance – respiração boca-a-boca e massagem cardíaca – e pedindo para chamarem uma ambulância. Vindo Irtineildo a morrer, não haverá que se falar que como Jorinaldo não utilizou aquele dito aparelho, ele agiu com culpa.

O mesmo não se diga se, estando Irtineildo em um hospital equipado com tal aparelho, o médico Jorinaldo diante do mesmo quadro e frente às recomendações da arte médica de utilização do desfibrilador no caso em questão, não faz uso do mesmo.

II - *A culpa terá que ser certa, mas não precisará ser grave.* A culpa levíssima é suficiente para obrigar o médico a reparar o dano sofrido pela vítima¹¹⁸,
119.

III - *O erro de diagnóstico só irá gerar responsabilidade médica se evitável.*

O diagnóstico é a identificação da moléstia que acomete o paciente, suas características e suas causas. É a partir do diagnóstico que se escolherá o tratamento adequado. Daí porque, como bem disse Branco (1996, p. 62), “talvez seja o momento mais importante da intervenção médica, pois um erro neste momento poderá comprometer não só a possibilidade da cura, como também poderá trazer danos não previsíveis para aquela situação”.

O erro de diagnóstico irá se materializar ou pela não identificação da doença ou pela identificação de uma doença inexistente. Como exemplo do primeiro erro, cita-se o caso de Marfêlio que por está com febre, dor no corpo e na cabeça, náuseas e manchas vermelhas pelo corpo, procurou o médico, mas este não diagnosticou doença alguma; como os sintomas não desapareciam e só pioravam, ele foi a outro médico que, diante dos sintomas, e por estar ocorrendo muitos casos de dengue na cidade, desconfiou que o paciente estava com tal doença, e por isto requisitou a realização de exame de sorologia para dengue, levando a confirmação das suspeitas. Já para o segundo tipo de erro, menciona-se o caso de Marnabelina que foi ao médico, este diagnosticou câncer, em estágio avançado, na mama direita;

¹¹⁸ Neste sentido: Aguiar Júnior (1995); Gonçalves (2006); Kfoury Neto (2001); etc.

¹¹⁹ Cardoso Júnior (1955) não é partidário da culpa levíssima para os casos de responsabilidade médica.

marcada a cirurgia foi removida toda a mama; levado o material retirado para biópsia, constatou-se que não havia qualquer sinal patológico; tendo havido, portanto, remoção desnecessária.

Contudo, não é todo e qualquer erro que gerará a responsabilidade. Como a Medicina é limitada, incerta, imperfeita, insuficiente, conjectural – tanto que apenas uma pequena parcela da etiologia das doenças é conhecida –, e como muitas enfermidades apresentam sintomas similares, reconhece-se que o médico trabalha com probabilidade, e não com certezas absolutas. Por conseguinte, vindo o médico, em virtude da insuficiência da Medicina, a se equivocar no diagnóstico (erro inevitável), sua conduta não será culposa, portanto, não estarão abertas as portas para a responsabilidade médica.

O erro de diagnóstico evitável decorre de culpa médica no proceder ao diagnóstico, e não seria cometido por qualquer outro médico da mesma categoria, atuando em iguais circunstâncias. Ao contrário do erro inevitável, envolve responsabilidade civil médica.

Porém, se do erro de diagnóstico evitável não decorre dano ao paciente, nenhuma responsabilidade poderá ser imputada ao médico. É o que ocorre, por exemplo, quando um paciente com quadro claro de apendicite (dor abdominal periumbilical, incaracterística, precisa e localizada na fossa ilíaca direita, febre e sinais de irritação peritonal na fosse ilíaca direita), comparece duas vezes no mesmo dia a um hospital, sendo que na primeira vez, o médico sem ao menos examiná-lo, prescreve um antiinflamatório, por entender que se tratava apenas de uma dor muscular; e só na segunda, identifica a apendicite e realiza a cirurgia, salvando a vida do paciente, que sobrevive sem qualquer seqüela.

Com base no exposto, conclui-se que o erro de diagnóstico por si só não é suficiente para gerar responsabilidade médica, sendo necessário ainda um erro de conduta evitável ao diagnosticar (ex: não utilização de todos os recursos que tem a sua disposição para a investigação do mal) e um dano.

Se por causa da limitação da Medicina o médico engana-se no diagnóstico, não haverá responsabilidade. Mas se depois, mesmo vendo que o quadro apresentado pelo paciente é incompatível com o diagnóstico inicial, o médico persiste no tratamento e, conseqüentemente, o paciente vem a ter sua situação agravada e a morrer, pode-se imputar responsabilidade ao médico.

IV - *O erro de tratamento*¹²⁰ *para acarretar o dever de indenizar, deverá ser ocasionador de prejuízo, bem como fruto de uma conduta culposa do médico.*

De acordo com a definição dada por Dias (1997, p. 265), tratamento é “a soma dos meios empregados para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor”.

Como o organismo humano é um âmbito altamente aleatório e subjetivo, o resultado do tratamento não dependerá apenas da atuação médica. Logo, o simples fato dele não ter gerado os resultados desejados e esperados não significará, por si só, ainda que haja dano ao paciente, a ocorrência de erro quanto à escolha do tratamento.

Um dos primeiros pontos a ser visto é se o tratamento adotado era recomendado para o caso. Se era proibido, não era compatível com o diagnóstico feito (ex: médico trata pessoa que está com dengue com remédio que tem na sua composição ácido acetilsalicílico) ou desnecessário (ex: médico realiza cirurgia não emergencial sem os instrumentos necessário, submetendo o paciente a riscos que poderiam ser evitados), culpa haverá.

Se era recomendado, mas existiam outros tipos de tratamento para o caso, Godoy (2000, p. 102) entende que

[...] desde que o tratamento adotado pelo médico tenha respaldo científico, devidamente indicada a fonte, estará o profissional isento do dever de ressarcir danos ocorridos, ainda que a outra parte possa provar a existência de outras linhas terapêuticas.

Diante de um tratamento que apresenta respaldo científico, o que poderá ser questionado é se ao longo do tratamento ocorreu alguma falha médica, ou seja, se ele não foi corretamente aplicado (ex: médico coloca o gesso tão apertado que ocorre gangrena e a perna do paciente tem que ser amputada).

Tendo sido mal aplicado ainda haverá de se indagar se o médico tinha experiência necessária para realizá-lo. Sendo afirmativa a resposta, significará que houve erro. Sendo negativa, e se no caso concreto havia a possibilidade de encaminhar o paciente a profissional habilitado e não o fez, ocasionando dano ao paciente, surgirá o dever de repará-lo. Já se, embora não habilitado, assim agiu

¹²⁰ Trata-se de um erro muito freqüente, tanto que, segundo informa Chaves (1985), 5% (cinco por cento) das camas de hospitais gerais de todo o mundo estão ocupadas por pessoas cuja doença é fruto não de uma enfermidade mas de um tratamento. É o que se chama de iatrogenia. Ademais, o erro de tratamento é o que fundamenta grande parte das ações de responsabilidade civil médica.

porque as circunstâncias exigiram, responsabilidade embasada em tal argumento não haverá.

Para a configuração da responsabilidade civil do médico é necessário também que haja dano.

Conclui-se, então, que erro de tratamento indenizável haverá nos casos em que o tratamento for vetado, discordante com o diagnóstico, dispensável ou mal aplicado, e desde que, em todos os casos, gere dano.

V - *Do médico especialista exige-se mais que do médico generalista.* A respeito deste ponto escreveu Holder, citada por Gonçalves (2006, p. 373):

Ao médico que diz ter conhecimento e habilidade especiais para o tratamento de um órgão ou doença ou ferimentos específicos, é exigido desempenhar seu dever para com o paciente, empregando, como tal especialista, não meramente o grau normal de habilidade possuído pelos praticantes em geral, mas aquele grau especial de habilidade e cuidado que os médicos de igual posição, que dedicam especial estudo e atenção ao tratamento de tal órgão, doença ou ferimento, normalmente possuem, considerando-se o estágio do conhecimento científico àquele tempo.

VI - *O médico de uma localidade de pequeno porte deve ser tratado com maior benevolência que o médico de uma grande cidade.* Naturalmente por isto escreveu Giostri (1999, p. 41) que não se deve “esperar, ou exigir, que um médico radicado no interior tenha o mesmo conhecimento, o mesmo desempenho e se utilize das mesmas técnicas e práticas atualizadas, que seriam exigidas de um seu colega que – vivendo em grande centro urbano – pudesse dispor de moderno e completo aparato hospitalar”.

VII - *A responsabilidade por dano deve ser avaliada com maior rigor nas intervenções não emergenciais do que nas de urgência,* pois “é diversa a posição do médico que teve tempo para refletir sobre o problema de seu paciente e erra, daquele que comete um erro ao atender um acidentado com grave hemorragia, com uma parada respiratória ou outra situação emergencial” (GIOSTRI, 1999, p. 42).

d) *Dano.* Para a existência da responsabilidade médica não basta uma ação ou omissão culposa, é necessário que esta conduta cause um dano a outrem (ao paciente ou seus herdeiros) de qualquer tipo ou espécie: físico ou corporal (ex: agravamento da doença), material (ex: despesas médico-hospitalares, medicamentos, lucros cessantes), ou morais (ex: dor e tristeza gerada pela deformidade advinda de ato desastrado do médico). Não havendo dano, não haverá lugar para a responsabilidade.

e) *Relação de causalidade entre o dano e a ação do agente.* Acerca da necessidade do liame causal, pronunciaram-se os Mazeaud e Tunc, citados por Kfoury Neto (2001, p. 105-106):

[...] não é suficiente, para que seja exigível a responsabilidade civil, que o demandante haja sofrido um prejuízo nem que o demandado tenha agido com culpa. Deve reunir-se um terceiro e último requisito, a existência de um vínculo de causa e efeito entre a culpa e o dano; é necessário que o dano sofrido seja conseqüência da culpa cometida.

Inexistindo ligação de dependência entre a conduta médica e o prejuízo suportado pelo paciente, não será o médico considerado responsável.

3.4.1 Excludentes da responsabilidade

A responsabilidade médica será afastada, uma vez comprovado o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

a) *Culpa exclusiva da vítima.* Como exemplo de tal excludente de responsabilidade, cita-se o caso de Amistrópeles, alérgico a dipirona sódica, que ao ser indagado pelo médico se tinha alergia a algo, principalmente a algum medicamento, esquece que tem hipersensibilidade a tal substância e responde negativamente, em razão disto o médico receita Cefaliv, remédio que possui na sua composição dipirona sódica. Amistrópeles toma o remédio, sofre reação alérgica, tem edema de glote e falece.

b) *Fato de terceiro.* Convém advertir que este terceiro tem que ser pessoa que não tenha sua atuação subordinada à direção do médico, pois do contrário, ou seja, recebendo ordens e instruções, e advindo prejuízo a paciente, o responsável por tais danos será o médico. Mas, havendo dolo ou culpa por parte do subordinado, poderá o médico demandar, posteriormente, ressarcimento ao seu empregado (direito de regresso).

Haverá a excludente fato de terceiro no seguinte caso: o paciente informa que tem histórico de hipersensibilidade a dipirona. Em virtude disto o médico no lugar de receitar Algirona injetável, prescreveu Alginac solução injetável. A receita médica apresenta-se em letra legível. Ao apresentar a receita na farmácia para

compra e aplicação do medicamento, o funcionário aplicou Algirona, ocasionando a morte da pessoa.

c) *Caso fortuito ou força maior.* Hipóteses há em que mesmo não existindo atuação culposa do profissional médico, da vítima ou de terceiro, danos ocorrem como conseqüência de fatos inevitáveis.

É a hipótese, por exemplo, de morte em decorrência de reação alérgica a medicamento, corretamente receitado, e que no passado era tolerado pelo organismo do paciente. Ocorrida a reação e tendo o médico feito tudo o que estava a seu alcance para evitar o fenômeno morte, responsabilidade médica não haverá.

Como assim, caso fortuito e força maior excluem a responsabilidade, se na subseção 1.6.4.5.1 foi dito que no âmbito do consumidor eles, via de regra, não eliminariam? O exemplo supra não seria enquadrada no que se acostumou chamar de fortuito interno?

Realmente, salvo o fortuito externo, caso fortuito e força maior não elidem a responsabilidade objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor não arrola os casos de exclusão da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Porém, o silêncio deve ser visto não como ausência de possibilidade de excludentes ou aplicação unicamente das hipóteses de exclusão da responsabilidade objetiva (art. 14, §3º, CDC), pois do contrário de responsabilidade subjetiva não se trataria, pois se chegaria, equivocadamente, a entender que a ausência de culpa não levaria a exclusão.

Diante da ausência, aplicar-se-á, no campo da responsabilidade civil do § 4º do art. 14 do CDC, as regras do Código Civil relativas à responsabilidade subjetiva. Contudo, adverte-se, desde já, as demais regras do Código de Defesa do Consumidor continuam sendo aplicadas ao caso.

Finalizando, a presente subseção, convém informar que, conforme visto na subseção 1.6.4.5.4, o médico não poderá por meio de estipulação contratual exonerar-se da responsabilidade, pois a cláusula de irresponsabilidade ou de não-indenizar nenhuma eficácia tem no âmbito do Direito do Consumidor. Nem mesmo limitação da responsabilidade poderá ocorrer (art. 51, I, CDC).

3.4.2 Prova dos pressupostos

Nos termos do § 4º, do art. 14 do CDC e do art. 951 do CC, constata-se que a responsabilidade médica é subjetiva, dependendo, portanto, para que surja da presença dos seguintes pressupostos: agente médico, ato profissional, culpa, dano e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

O art. 333 do CPC, consagrador da norma de ouro da distribuição do ônus da prova, dispõe que ele caberá “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”; e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Não se pode deixar de reconhecer que a prova do erro médico não é fácil de ser produzida; constituindo, mesmo, uma tormentosa tarefa para as vítimas. Esta dificuldade decorre da própria natureza da relação médico-paciente e dos atos que ela engloba, visto que, como bem leciona Aguiar Júnior (1995, p. 38),

os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que está pelas condições próprias da doença, é um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos pra avaliar causa e efeito, sequer compreendendo o significado dos termos técnicos.

Além disso, apesar de todo o procedimento médico constar no prontuário médico¹²¹ e o acesso ao mesmo ser um direito do paciente¹²², há grande dificuldade em obter tal documento, não sendo raro o desaparecimento ou alteração do mesmo.

Se não bastasse isso, o Judiciário é bastante severo e rigoroso na exigência para a aferição da culpa e do nexo de causalidade; exigindo prova absolutamente inquestionável. É o que se constata da leitura do caso relatado por Rodrigues (2002, p. 249-250):

A ação foi proposta pela viúva da vítima, que faleceu quando lhe foi aplicada injeção de Novalgina, medicamento ao qual era ela alérgica. A inicial proclama que tanto o paciente como a autora advertiram o médico e o enfermeiro quanto à existência de alergia daquele para com tal droga; e o voto vencido observa que, sendo o doente sócio do hospital, onde de há muito se tratava, teria havido imprudência do médico, que, ao receitar a

¹²¹ Art. 69, CEM. É vedado ao médico deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente.

¹²² Art. 70, CEM. É vedado ao médico negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros.

Novalgina, assim provocando o choque anafilático e o óbito, não podia ignorar a idiossincrasia do paciente para com aquele medicamento.

O acórdão exonerou o médico de responsabilidade, por entender: a) que a medicação prescrita era, em tese, adequada ao tratamento; b) que os autores não lograram provar que o médico tinha conhecimento de que a vítima era alérgica a analgésicos e calmantes; ou c) que os autores não conseguiram demonstrar que o medicamento prescrito foi a causa da morte (RT, 357/196).

Para completar, há o chamado “espírito de corpo”, tão destacado pela doutrina (AGUIAR JÚNIOR, 1995; CAVALIERI FILHO, 2006; GIOSTRI, 1999; PEDRASSI, 1998; PODESTÁ, 1997). A “conspiração do silêncio” atua também no âmbito da perícia judicial. Como o assunto em torno do qual gira uma ação de responsabilidade por erro médico é, na maioria das vezes, essencialmente técnico e de alta indagação científica, e como tal matéria escapa a competência do Judiciário, necessária se mostra a produção da prova pericial. Daí o motivo pelo qual Venosa (2003, p. 100) diz que “o perito são os olhos e o conhecimento técnico do juiz”.

Ora, se a perícia judicial será realizada por outros médicos, ou seja, por colegas de profissão do acusado, e se o “espírito de classe” é um fato, constata-se que a situação da vítima, em termos de produção de prova, poderá ser ainda mais agravada.

Deve o juiz, portanto, ficar atento à perícia, analisando sempre as explicações, fundamentações e conclusões constantes no laudo, e, por fim, decidindo se o acata ou não, pois, como é sabido, ele não vinculará o juiz, que poderá fundamentar sua decisão em outras provas encontradas nos autos. Podendo, inclusive, decidir contrário ao laudo pericial (art. 436, CPC¹²³).

A propósito, escreveu Theodoro Júnior (1999, p. 44): “Se fosse inatingível a conclusão do técnico, este, e não o magistrado, seria o verdadeiro Juiz da causa e anulada restaria a função jurisdicional do último”.

¹²³ Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

3.4.2.1 Inversão do ônus da prova

Espera-se que a “inversão do ônus da prova” sirva ao processo socialmente justo e, tal como a pólvora que foi utilizada para mudar o mundo, transforme-se em modelo de construção de sentenças que cicatrizem, pela reparação civil, as seqüelas do erro médico comprovado, pela culpa, ou não explicado pela ciência, permitindo que se projete, nesses casos, a luz da justiça. (ZULIANI, 2003, p. 158)

Consoante o exposto no tópico anterior, sendo o paciente o autor da ação competirá a ele provar os fatos constitutivos do seu direito.

Ocorre que em virtude da situação de vulnerabilidade do consumidor, muitas vezes a regra supra se transforma em verdadeiro empecilho a reparação dos danos.

O legislador, tendo consciência disto, e ciente que o fornecedor é litigante habitual, estando em situação mais cômoda, dispondo de um maior número de meios para se defender, tendo inclusive acesso a elementos de prova que interessam à espécie, resolveu o problema gerado pela regra processual da distribuição probatória e trouxe, no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova.

O dispositivo supramencionado estabelece que é direito básico do consumidor “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 experiência”.

Em suma, percebe-se que a inversão do ônus da prova, surgida para facilitar a defesa do consumidor e garantir sua efetiva proteção, transfere a carga probatória do consumidor para o fornecedor, em razão deste está em melhores condições de cumprir tal dever; liberando, portanto, aquele da obrigação de provar.

Conforme já mencionado na subseção 3.3.1, apesar do § 4º do art. 14 do CDC trazer a hipótese de culpa presumida para todos os casos de fato do serviço prestado por profissionais liberais, ainda assim é possível falar na aplicação, em tais hipóteses, do inciso VIII do art. 6º do mesmo diploma legal em relação aos demais pressupostos da responsabilidade civil.

Se, como entendem muitos, o § 4º do art. 14 do CDC realmente consagra-se a culpa provada para os casos de obrigações de meios, seria possível ocorrer a

inversão do ônus da prova? Em outros termos: sabendo que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, e que, de acordo com muitos autores, tanto na responsabilidade médica extracontratual como na contratual advinda de obrigação de meios, a situação da vítima frente ao ônus da prova é mais séria, tendo que provar a culpa médica, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta culposa e a lesão, poder-se-ia falar em inversão do ônus da prova?

Para Nascimento (1991, p. 82), não pode haver inversão do ônus da prova em relação à culpa do profissional liberal, mas apenas no que tange a ocorrência do fato objetivo e do relacionamento causal entre este e o dano ocorrente, vinculados à autoria, pois, “caso contrário, a garantia da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais poderia ser revogada por ato judicial”. Este entendimento é acompanhado por Almeida (2006).

Porém, Branco (1996), Cavaleiri Filho (2006), Grinover et al. (2005), Nery Júnior (1992), Nunes (2006), Ribar (2003), Sanseverino (2002) e Venosa (2003) apontam para a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Bortowski (1993, p. 112), partidário da última tese, argumenta:

A circunstância de ter o legislador adotado a responsabilidade subjetiva no concernente ao fornecimento de serviços pelo profissional liberal não impede, a nosso juízo, a inversão do ônus probatório.

A uma, porque presentes os pressupostos do inciso VIII, do art. 6º, a inversão da carga probatória apenas obriga o profissional liberal a demonstrar que não laborou com culpa, em quaisquer das modalidades. Ora, esse procedimento não retira o caráter subjetivo da responsabilidade; apenas transfere o encargo ao próprio demandado. A ele caberá a demonstração de que não houve culpa.

Sem desmerece os defensores da primeira corrente, parece que a razão – caso não se admitisse a tese defendida no presente trabalho de que o § 4º do art. 14 do CDC consagra a responsabilidade subjetiva com culpa presumida para todos os casos por ele englobados – está com os partidários da segunda tese.

O Código de Defesa do Consumidor não limita expressamente a inversão do ônus da prova aos casos de responsabilidade objetiva. Tal limitação não existe nem mesmo implicitamente, e isso fica bem visível quando se parte para a análise da finalidade do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, do instituto da inversão do ônus da prova: facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Finalidade esta que se mostra de forma expressa, no próprio texto do dispositivo:

Art. 1º, CDC. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Art. 6º, CDC. 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 experiência;

Se vai ter direito a tal aplanamento quando a responsabilidade do fornecedor for objetiva, por que não teria quando ela fosse subjetiva, se por sinal, as dificuldades que se apresentam ao consumidor na segunda situação são bem maiores do que na primeira?

Nas relações envolvendo consumidor e médico as dificuldades com as quais a vítima/consumidor/paciente se depara na hora de comprovar os fatos constitutivos do seu direito – desinteresse do profissional médico em fornecer os dados e informações necessárias para elucidação do caso; aproveitamento, pelo médico, do fato das ciências da saúde serem imprecisas e incertas, para lançar mãos de teses mirabolantes; “espírito de corpo”; etc – podem ser tamanhas que vários são os casos em que apesar da ocorrência de dano indenizável, a vítima fica em situação de total desamparo, e ocorre a consagração, pela “justiça”, da perpetuação da injustiça.

Além de não ter o dano reparado, a vítima ainda corre o risco de ser condenada ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios.

Como se vê, as barreiras que se colocam diante do consumidor/paciente podem inviabilizar a busca da verdade real, e gerar injustiças.

Como a inversão do ônus da prova tem o poder de afastar tais empecilhos, isto significa que ganha a verdade, ganha a Justiça, ganha a vítima da conduta médica dolosa ou culposa.

Diferente do argumentado por alguns, admitir a inversão do ônus da prova em relação à culpa, não significa desconsiderar o § 4º do art. 14 do CDC, e transformar a responsabilidade médica de subjetiva em objetiva, pois uma coisa é fundamento da responsabilidade, e outra é inversão do ônus da prova, tanto que o médico elidirá a responsabilidade caso demonstre que não agiu com culpa.

Portanto, não há razão para limitar a inversão do ônus da prova aos casos de responsabilidade objetiva. Entender de modo contrário seria ir contra o espírito protetor do Código de Defesa do Consumidor, e contra os ideais de Justiça.

No entanto, não significa que sempre acontecerá a inversão do ônus da prova. O simples fato da parte que tem o ônus da provar ser consumidora não implica, por si só, em inversão do ônus da prova, sendo necessário o preenchimento dos requisitos do inciso VIII do art. 6º do CDC: hipossuficiência do consumidor; verossimilhança das alegações.

Alegação verossímil é aquela afirmação que tem probabilidade de ser vista como verdadeira.

Ao tratar do assunto Andrade (2003, p. 93) escreve:

O juízo de verossimilhança é formado, [...], a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser consequência ordinária. Há, em tal caso, simples *praesumptio hominis* realizada pelo julgador. Mas sem esse indício mínimo, não há de onde extrair a verossimilhança da alegação.

Logo, a alegação verossímil não é fruto unicamente da palavra do consumidor. Para que se possa falar nela é preciso que nos autos haja indícios.

Alegação verossímil = palavra do consumidor + indícios

Daí porque Nunes (2006, p. 739) adverte que:

Para sua avaliação não é suficiente, é verdade, a boa redação da petição inicial. Não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Isto é, não basta relatar fatos e conectá-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial.

É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura se possa aferir, desde logo, forte conteúdo persuasivo.

A respeito da hipossuficiência convém ser dito que ela não se confunde com a vulnerabilidade. Tanto não são sinônimos que o inciso VIII do art. 6º do CDC fala naquela como requisito para a inversão do ônus da prova. Se significassem a mesma coisa, não haveria necessidade de tal dispositivo fazer menção à hipossuficiência, já que o inciso I do art. 4º do mesmo diploma legal reconheceu a vulnerabilidade do consumidor.

A hipossuficiência, diferente da vulnerabilidade, não é uma qualidade de direito ligada a todos os consumidores. Logo, apesar de todos serem vulneráveis, nem todos serão hipossuficientes.

Para os fins do dispositivo em análise, hipossuficiência deve ser entendida como a impossibilidade real do consumidor de desincumbir-se do ônus de provar

fato constitutivo do seu direito, quando autor da demanda, ou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do fornecedor, quando réu na ação.

Quando se fala em impossibilidade de produzir provas, logo vem à mente a idéia de impossibilidade econômica, porém, não se deve dar à hipossuficiência interpretação tão restritiva, pois seria limitar a vontade da lei.

O objetivo da lei é proteger o consumidor que tem dificuldades em produzir a prova, e elas existirão não só frente à insuficiência econômica. Ainda que o consumidor tenha alto poder aquisitivo, permanecerão as dificuldades de provar, por exemplo, que o produto que comprou apresenta vício de fábrica, caso ele não tenha o menor conhecimento sobre a fabricação do produto, suas propriedades, etc.

Ademais, como lembrou Nunes (2006), para beneficiar o carente economicamente no processo, não precisaria ocorrer a inversão do ônus da prova, bastaria a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produziria a prova e o fornecedor a pagaria. E continua ele: sem contar que para os pobres, na acepção jurídica do termo, existe, de acordo com a Lei n° 1060/50, a justiça gratuita que isenta o beneficiário das custas judiciais, mas não o libera do ônus da prova^{124, 125}.

Conclui-se, então, que o termo hipossuficiência não está condicionado a insuficiência de recursos econômico. Portanto, pode ocorrer, de acordo com o caso concreto, da inversão ser concedida em favor de um consumidor de elevado poder aquisitivo, e não ser deferida em benefício de um consumidor de baixa renda.

A falta de conhecimentos técnicos referentes ao produto ou ao serviço pelo consumidor, e necessários para provar o alegado, também pode acarretar a situação de hipossuficiência.

O termo conhecimento não está sendo empregado apenas no sentido de acesso material às informações. Há dados que, apesar de disponibilizadas pelo fornecedor, apresentam-se em níveis tão técnicos que a sua compreensão dependerá do grau de instrução, formação, cultura do consumidor, não sendo, portanto, compreendidos por todos. Logo, se a prova que o consumidor tiver que

¹²⁴ No mesmo sentido Carvalho Filho (2003).

¹²⁵ Segundo Araújo Filho (2002, p. 15), não se pode dar ao conceito de hipossuficiência o significado de necessitado previsto na Lei n° 1060/50, “primeiro, porque isso restringiria injustificadamente a interpretação da norma do CDC; segundo, porque a referência do inciso VIII às regras ordinárias de experiência se mostra incompatível com a idéia de utilização de uma definição legal pretérita, como a do parágrafo único do art. 2° da Lei 1.060, para a aplicação da regra do Código do Consumidor”.

produzir depender deles, óbvio que o fornecedor terá melhores condições para produzi-la.

Por outro lado, há informações sobre os produtos ou serviços que não são disponibilizados aos consumidores, estando em poder dos fornecedores. Muitas das quais são tão importantes para a solução da demanda, que caso o perito não tenha acesso a eles, será impossível a emissão de qualquer laudo. Sendo tais dados relevantes para a lide, e cabendo o ônus da prova ao consumidor, isto significará que ele não terá condições técnicas de produzir a prova, por conseguinte, caracterizada estará sua hipossuficiência.

Certa, portanto, está Matos (1994, p. 166) ao dizer que “torna-se necessário compreender o conceito de hipossuficiência como diminuição da capacidade do consumidor, não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma do acesso à informação, educação, associação e posição social”.

Constata-se então que a hipossuficiência referida pelo inciso VIII do art. 6º do CDC só será aferível diante de uma relação de consumo concreta.

Há divergências quanto à necessidade ou não do preenchimento dos dois requisitos, verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, para a ocorrência da inversão do ônus da prova.

Alvim et al. (1995), Andrade (2003), Araújo Filho (2002), Cavalcanti (1995), Grinover et al. (2005), Matos (1994), Nery Júnior (1992), Nunes (2006) e Rocha (2000) defendem que como o CDC no inciso VIII do art. 6º utilizou a partícula “ou”, significa dizer que não é necessário que as duas circunstâncias estejam presentes, sendo suficiente a existência de uma ou outra para a ocorrência da inversão do ônus da prova.

Já Alvarez (2006) entendem que a inversão só poderá ocorrer quando os dois requisitos forem preenchidos, posto que admiti-la diante de apenas um dos requisitos seria desvirtuá-la, pois a verossimilhança ou a hipossuficiência por si só não caracterizam o desequilíbrio entre as partes, o que poderia levar a resultados absurdos e contrários ao sistema jurídico de proteção do consumidor, como a preponderância dos interesses do consumidor frente aos do fornecedor .

Outras polêmicas existem em torno da inversão do ônus da prova, como, por exemplo, saber se, uma vez preenchidos os requisitos legais, o juiz terá a obrigatoriedade ou a discricionariedade em determiná-la; bem como sobre o momento em que ela deve ocorrer. Contudo, frente aos objetivos do presente

trabalho, elas não serão examinadas, ficando, quem sabe, debates mais profundos e outras discussões para uma futura monografia.

CONCLUSÃO

O Código Civil traz no parágrafo único do art. 927 uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, que colocou dita responsabilidade, em termos de importância, na mesma situação da responsabilidade subjetiva, não sendo mais possível falar, que no referido diploma legal, há uma regra geral de responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva.

No entanto, a cláusula do parágrafo único do art. 927 é marcada por muitos conceitos indefinidos e indeterminado, que dificultam sua aplicação e requerem um trabalho criterioso da doutrina e da jurisprudência, a fim de não ampliar muito o seu campo de aplicação, nem restringi-lo demasiadamente, a ponto de torná-lo quase inaplicável.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil traz, em seu bojo, a responsabilidade independentemente de culpa para os casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Em virtude disto, e por ser a atividade médica uma atividade que envolve riscos, houve quem vislumbresse nele instrumento transformador da responsabilidade médica em objetiva e, por conseguinte, mecanismo facilitador da situação do paciente, que além de abatido pelo dano, se deparava com uma verdadeira via crucis na busca da prova do agir culposo do médico, e terminava muitas vezes não logrando êxito.

Embora os contornos do parágrafo único do art. 927 do CC ainda estejam sendo desenhados pela doutrina e jurisprudência, sendo, portanto, movediço o caminho, pode-se afirmar com certeza que ele não afastou a aplicação do § 4º do art. 14 do CDC aos médicos, pois o próprio Estatuto civil consagra, no seu art. 951, a responsabilidade subjetiva dos médicos. Logo, o art. 951 do CC está em total harmonia com o § 4º do art. 14 do CDC.

Assim a tão desejada, por certas pessoas, objetivação da responsabilidade médica por fato do serviço não se concretizou.

Como há no novo Código Civil dispositivo que trata diretamente da responsabilidade médica – art. 951 –, e como ele considera ela subjetiva, continua

sendo aplicado, ao caso, o § 4º do art. 14 do CDC, que também consagra a responsabilidade subjetiva.

Para a configuração da responsabilidade médica será necessário, então, o preenchimento dos seguintes pressupostos:

a) agente legalmente habilitado para exercer a Medicina: exercendo ilegalmente a profissão, não será caso de responsabilidade médica;

b) ato profissional: se o dano provocado pelo médico resultar de culpa sua fora do exercício da Medicina, poderá ser que exista responsabilidade, mas ela não será médica;

c) culpa: a culpa profissional poderá se exteriorizar por meio do dolo, imprudência, negligência ou imperícia;

d) dano real, efetivo e concreto: a ausência de dano acarreta a ausência de responsabilidade;

e) nexo causal entre conduta e dano: se o dano nada mais for que resultado das limitações da Medicina, excluída estará a responsabilidade do médico.

Em relação à prova dos pressupostos, especialmente da culpa médica ela é de difícil caracterização. Dificuldade esta que decorre, dentre outros fatores, do fato do paciente ser leigo no que se refere à ciência médica, da dificuldade de obtenção dos prontuários médicos e da existência do espírito de corpo.

No entanto, como ficou demonstrado no presente trabalho, o § 4º do art. 14 do CDC estabelece a responsabilidade subjetiva com presunção *juris tantum* de culpa para todos os casos, porventura, abarcados por ele – responsabilidade dos profissionais liberais pelo fato do serviço. Presunção esta que independe do inciso VIII do art. 6º do CDC.

Ainda que se aceitasse a tese de culpa provada para os casos de obrigações de meios, o que se admite apenas no limbo imaginário das suposições, haveria a possibilidade de inversão do ônus da prova, que ocorreria, segundo o inciso VIII do art. 6º do CDC, nas hipóteses de hipossuficiência do consumidor e verossimilhanças das alegações.

Apesar dos arts. 951 do CC, e 14, § 4º do CDC apontarem para a responsabilidade subjetiva dos profissionais da Medicina, como eles não abarcam todos os casos de responsabilidade médica, hipóteses existirão de responsabilidade médica objetiva (ex: vícios do serviço prestado pelo médico).

APÊNDICE – Análise comparativa dos arts. 12, *caput*, §§ 1º, III, 3º, II, 14, *caput*, §§ 1º, III, 3º, I, CDC, 931, 927, parágrafo único, 2ª parte, CC.

Há quem entenda que frente ao arts. 12, *caput*, §§ 1º, III, 3º, II, 14, *caput*, §§ 1º, III, 3º, I, todos do Código de Defesa do Consumidor, e do art. 951 do Código Civil, dar ao termo *atividade*, presente na 2ª parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, o sentido de *atividade profissional ou empresarial para fins econômicos*, seria tornar este dispositivo inócuo. Este posicionamento, como será visto, não procede, pois ainda que se dê ao termo *atividade* tal sentido, a 2ª parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil continuará tendo efeito.

ART. 12, CAPUT, §§ 1º, III, 3º, II, CDC — ART. 931, CC: Apesar do art. 12 do CDC e o art. 931 do CC disciplinarem a mesma matéria, o alcance é diferente: o primeiro será aplicado nos casos em que a vítima for consumidora ou equiparada ao consumidor (art. 17, CDC); já o segundo, abarca, via de regra, as hipóteses em que a pessoa atingida pelo evento danoso não for consumidora, nem equiparada ao consumidor.

Ademais, pode-se visualizar no dispositivo do CC uma ampliação da proteção do consumidor: alargamento em dois pontos.

** Inclusão dos riscos do desenvolvimento:* Os riscos do desenvolvimento são aqueles riscos impossíveis de serem conhecidos pelos mais avançados conhecimentos científicos e técnicos existentes na época de seu lançamento, vindo a serem descobertos apenas tempos depois (ex: caso da talidomida). Como não há no CDC dispositivo que trate expressamente dos riscos do desenvolvimento surgiu na doutrina duas correntes, uma favorável e outra contrária à responsabilização do fornecedor. A primeira fundamenta sua posição nos arts. 6º, VI, e 12, § 3º, I a III, do CDC: sustenta que os riscos do desenvolvimento não estão entre as causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor arrolados pelo §3º do art. 12. Ademais, argumentam os seus defensores, o art. 6º, VI, do CDC dispõe que o consumidor tem direito “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos e difusos”. A segunda corrente fundamenta sua posição no art. 12, § 1º, III, § 3º, III, do CDC: diz que como o produto estava dentro dos padrões de segurança da época, ele não pode ser considerado defeituoso, por conseguinte, cai na excludente do inciso III do §3º do art. 12 do CDC.

A contribuição do art. 931 do CC: Como o Código Civil não traz nenhuma ressalva, conclui-se que os riscos do desenvolvimento são englobados pelo art. 931 do CC, o que fortalece a tese dos que, acertadamente, defendem a responsabilização dos fornecedores pelos riscos do desenvolvimento.

** Transformação da responsabilidade do comerciante:* O comerciante que, de acordo com o CDC, via de regra, não respondia pelo fato do produto, só sendo chamado a responder nas hipóteses previstas nos incisos do art. 13 do CDC, com a entrada em vigor do art. 931 do CC, passou a integrar, desde já, em todo e qualquer caso, a cadeia de responsabilidade.

ART. 931, CC — ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, 2ª PARTE, CC: O art. 931 não engloba a prestação de serviço, trata apenas dos produtos colocados em circulação.

ART. 927, PAR. ÚNICO, 2ª PARTE, CC – ART. 14, CAPUT, §§ 1º, III, 3º, I, CDC: Apesar do art. 14 do CDC e da 2ª parte do parágrafo único do CC disciplinarem a mesma matéria, o alcance é diferente: o primeiro será aplicado nos casos em que a vítima for consumidora ou equiparada ao consumidor (art. 17, CDC); já o segundo, abarca, via de regra, as hipóteses em que a pessoa atingida pelo evento danoso não for consumidora, nem equiparada ao consumidor.

Ademais, pode-se visualizar no dispositivo do CC um alargamento da proteção do consumidor. Como a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do CC não faz qualquer ressalva quanto aos riscos do desenvolvimento, visualiza-se, por conseguinte, um favorecimento à tese da responsabilidade do fornecedor por tais riscos.

CONCLUSÃO: Ainda que seja dado ao termo “atividade” a idéia de “atividade econômica”, o parágrafo único do art. 927 do CC não será uma repetição do art. 931 do CC, nem dos arts. 12 e 14 do CDC.

Art. 927, parágrafo único, CC ≠ Art. 931, CC ≠ Art. 12, CDC ≠ Art. 14, CDC

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigos6.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2007.

_____. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade médica: perante o paciente, o médico, o jurista, o seguro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de; WADA, Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor: aspectos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 41, p. 185-204, jan./mar. 2002.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor como garantia básica do sistema. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 57, p. 165-182, jan./mar. 2006.

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz Delgado. *Código Civil anotado: inovações comentadas: artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 48, p. 89-114, out./dez. 2003.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Procura da poesia*. Disponível em: <<http://www.memoriaviva.com.br/drummond/poema025.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

ANDRADE, Maria José Rodrigues de. Erro médico: aspectos processuais da ação de responsabilidade. *Meio Jurídico*, São José do Rio Preto, ano IV, n. 47, p. 44-49, jul. 2001.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Uma nova introdução ao direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. direito processual (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119). São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Hermen de Vasconcellos e. Arts. 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 22-138.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 do Código civil e alguns apontamentos do direito comparado. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 31, p. 56-72, set./out. 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 7. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1943, v. 4.

BÍBLIA. N. T. II Coríntios. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução; Centro Bíblico Católico. 102 ed. São Paulo: Ave Maria, 1996. Cap 3, vers. 6.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v. 1.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Contornos gerais do dever de indenizar no Código Civil de 2002. In: PASCHOAL, Frederico A; SIMÃO, José Fernando (Org.). *Contribuições ao estudo do novo Código Civil*. Campinas: Millennium, 2004. p. 21-28.

BLOISE, Walter. *A responsabilidade civil e o dano médico: legislação, jurisprudência, seguro e o dano médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. principiologia, conceitos, contratos atuais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 7, p. 101-118, jul./set. 1993.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e dano médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 733, p. 53-75, nov. 1996.
- BRASIL. *Anteprojeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BRASIL. *Código Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 12 abr. 2007.
- BRASIL. Lei n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9393.htm>. Acesso em: 12 abr. 2007.
- BRASIL. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BRASIL. *Projeto de Lei n° 634, de 1975*. Disponível em: <<http://www.2camara.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2007.
- CARDOSO JÚNIOR, Meroveu. *O exercício legal da medicina e os honorários médicos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.
- CARREIRO, Carlos Haroldo Porto. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 807, p. 56-81, jan. 2003.
- CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CASTRO, João Monteiro de Castro. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.
- CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. *Responsabilidade civil: por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. A atividade empresarial e a qualidade do fornecimento de bens e serviços. In: _____: *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 245-307.

CONCLUSÕES do 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: A sociedade de serviços e a proteção do consumidor no mercado global, Gramado-RS, de 08 a 11. 03. 1998. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, p. 237-248, abr./jun. 1998.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM n. 1246/88. Código de ética médica. Brasília: CFM, 1996.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Breve introdução à dogmática da responsabilidade civil extracontratual no novo Código*. Disponível em: <<http://unibrasil.com.br/publicacoes/direito/02/B.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2007.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. Direito Comparado e Globalização. *Prim@facie*, João Pessoa, ano 2, n. 3, p. 30-41, jul./dez. 2003, p. 38 e 39. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

_____. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.

DIAS, Maria Berenice. Ponto-e-vírgula. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4177>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

_____. Ponto final: art. 1829, inciso I, do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 168, 21 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade e o novo Código: contributo para uma revisitação conceitual. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.).

Questões controvertidas no direito das obrigações e nos contratos. São Paulo: Método, 2005. v. 4. p. 433-469.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 10. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 738, p. 83-89, abr. 1997.

FRANÇA. *Código civil*. Disponível em:
<http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm>. Acesso em: 15 jan. 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1998.

FREITAS, Gilberto Jorge Ferreira de; SILVA, Marcos Aurélio Lopes da. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: ASSIS, Inajara Silva de; OLIVEIRA, Francisco de Assis (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: abrangendo o Código Civil de 1916 e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código comentado de direito do consumidor*. Niterói: Impetus, 2005.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999.

GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 777, p. 87-116, jul. 2000.

GOMES, Júlio César Meirelles. *Erro médico: reflexões*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v2/reflerro.html>>. Acesso em: 07 abr.2003.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONTIJO, Naylor Salles. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GRINOVER, Ada Pellegrine *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HAMMURABI, Rei da Babilônia. *O código de Hammurabi*. Disponível em: <

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HIPPÓCRATES. *Juramento de Hipócrates*. Disponível em: <<http://www.gineco.com.br/jura.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2005.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 1. t. 2.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-559, jun. 1941.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. _____. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LACERDA, Ronald Ayres. *Manual para a elaboração das monografias do IDP*. Disponível em: <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

LEAL, Carlos Renato Coutrim. *Aspectos relevantes da responsabilidade civil do médico*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/rescivmed.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

LIRA, Ricardo Pereira. *Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica: análise dogmática*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/ricardo_lira/rl_1.html>. Acesso em: 14 jan. 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LISPECTOR, Clarice. *Os desastres de Sofia*. Disponível em: <<http://www.derze.med.br/claricelispector/osdesastresdesofia.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

LYRA, Afranio. *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Vellenich, 1979.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, p. 159-165, abr./jun. 1998.

_____. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1.

_____. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações, responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 5.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANU. *Código de Manu*. Disponível em: <<http://www.marcelobaez.com.br/materias/CODIGO%20DE%20MANU.doc>>. Acesso em: 27 abr. 2004.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: conceitos e noções básicas*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander C. *Anotações ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRA, Sílvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 6. pt. 1.

MIGUEL, Alexandre. *A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações*. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 809, p. 11-17, mar. 2003.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 57, p. 77-128, jan./mar. 2006.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

NASCIMENTO, Tubinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor: Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 200-221, mar. 1992.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante: atualização até 15 de janeiro de 2005*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, p. 96-110, jul./set. 2002.

PEDRASSI, Cláudio Augusto. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Faculdade de Direito de Pinhal*, Pinhal, v.1, n. 1, p. 25-34, jan./dez., 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

_____. *Instituições de direito civil: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

_____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 1997.

POLI, Leonardo Macedo. Ato ilícito. In: FIUZA, César (Coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 291-308.

PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

QUINTANA, Luciana Hernández. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil brasileiro: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 77, p. 25-29, jul. 2004.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil. In: _____; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35-45.

_____. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

RIBAR, Georgia. *O sistema da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2003.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

_____. _____. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. *Código de Defesa do Consumidor comentado: Lei n. 8.078, de 11.9.90*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: introdução e parte geral* (arts. 1-42). 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1.

_____. *Código civil brasileiro interpretado: direito das obrigações* (arts. 1.533-1.571). 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 21.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. *Responsabilidade civil na defesa dos direitos individuais do consumidor: técnica e teoria, doutrina, prática forense, ementário, glossário, legislação*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SÉLLOS, Viviane Coêlho. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 144-161, abr./jun. 1994.

SHARP JÚNIOR, Ronald. *Código de Defesa do Consumidor anotado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, Gustavo Passarelli da. A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4045>>. Acesso em: 26 fev. 2007.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Responsabilidade objetiva: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 53, p. 68-77, jan./mar. 2005.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 674, p. 57-62, dez. 1991.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Erro médico e o novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.microsafety.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.

_____. *Responsabilidade civil no erro médico*. Disponível em: <<http://www.filosofiaderecho.com/cedj/numero0/erro2.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2003.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil subjetiva como regra geral no novo Código Civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_respcivil.doc>. Acesso em: 26 fev. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 191-216.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

_____. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 760, p. 40-48, fev. 1999.

_____. Dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. t. 2.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 345-365.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. v. 5.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 56, p. 183-201, out./dez. 2005.

ZAMPIERI JÚNIOR, Sydney; ZAMPIERI, Alessandra Moreira. *Erro médico: semiologia e implicações legais*. Disponível em: <<http://www.smc-riopreto.med.br/artigo14.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil fundada em erro médico: inversão do ônus da prova. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 26, p. 135-161, nov./dez. 2003.