



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

HUGO CÉSAR SOARES LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM FACE DA CIRURGIA  
PLÁSTICA: UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO

SOUSA - PB  
2010

HUGO CÉSAR SOARES LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM FACE DA CIRURGIA  
PLÁSTICA: UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB  
2010

HUGO CÉSAR SOARES LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM FACE DA CIRURGIA PLÁSTICA:  
UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria dos Remédios Lira Barbosa

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria dos Remédios Lira Barbosa – UFCG

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_ - UFCG

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_ - UFCG

Dedico aos meus pais, Marçal e Ilma, fonte primeira e indescritível de amor. Agradeço por toda a renúncia feita para que este sonho ganhasse corpo e por me ensinarem tudo o que, de fato, tem valor na vida. À minha irmã Juliana (*in memoriam*) por todos os momentos que dividimos e por todos que dividiremos, pois, mesmo não mais fisicamente, me acompanha em todos os momentos da vida. Esta conquista é dividida em parte igual com ela. Sem vocês, este ou qualquer outro sonho realizado não teria sentido.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me mostrar sentido para vencer as difíceis imposições feitas pela vida e por me emprestar força para enfrentar e superar tais barreiras. Também por me ter concedido tudo que concedeu.

Aos meus pais, Marçal e Ilma, pelo amor incondicional dispensado a mim, e por nunca questionar a realização desta conquista, mesmo sabendo o quão difícil ela seria. Por todas as renúncias feitas em nome dos meus objetivos.

À minha irmã Juliana (*in memorian*), por dividir momentos inesquecíveis de descobertas, alegria e amor. O destino cruel e precipitadamente me furtou de mais felizes momentos, mas jamais há de levar o seu sorriso, que sempre estará presente em meu coração.

Ao meu tio Wellington, por todas as formas de presença. Pela atenção, pelo carinho, pelos ensinamentos, pelas reiteradas lições de ética e por me servir de exemplo de profissional ideal a ser seguido.

À minha avó Arlinda (*in memorian*), pela forma simples, mas verdadeira de distribuir o seu amor.

À minha avó Nanci.

À minha tia Dilma, por tantos motivos.

Aos meus primos Diogo, Nanci, Wellington Filho e Michelle que, para meu contentamento, a vida nos aproximou e me deu o privilégio de conviver com eles como se irmãos fôssemos.

Aos amigos de longas datas e aos que aqui ganhei, tais quais: Alyson Medeiros, Marcel Sá, Veriney, Erick, Ítalo, Ariana, Alexandre, Diego Deline, Felipe Sampaio, Raonny, Wiliton,

Thiago Guedes, Raul, André Murilo, Felipe Mênese, Danielly, Margela, Bianca e tantos outros aqui não citados, pelas inesquecíveis horas de convivência e amizade.

À minha namorada, Islânia, pelos incontáveis momentos de alegria e carinho por ela proporcionados, e por representar um ponto de aconchego e ternura nesses corridos dias que antecederam a entrega deste trabalho.

Ao meu inesquecível amigo Rafael Linhares, que prematuramente nos deixou mas que eternamente será lembrado pela sua particular forma pueril e sincera de externar a amizade e pela grandeza do seu coração. Divido com ele este sonho realizado.

A todas as pessoas que conviveram ao longo da minha vida e que quando das suas presenças somaram algo ao meu existir.

A todos os colegas de sala, aqui representados pelos mais próximos, Rafael, Felipe, Alyson, Basílio e Diego, por tantas horas divididas, por todo o companheirismo que marcou nossa convivência e fez mais prazerosa esta caminhada.

À minha professora-orientadora, Maria dos Remédios Barbosa, que contribuiu de forma significativa na construção deste trabalho, e pela atenção sempre dispensada a mim.

A todos os funcionários desta casa.

*Diante de Deus, somos todos igualmente sábios e igualmente tolos.*

*Albert Einstein*

## RESUMO

O estudo da Responsabilidade Civil é de extrema importância e aplicação prática na sociedade atual, tendo em vista que seu objetivo é a recomposição de uma harmonia quebrada pelo dano. Em época de dias tão conflituosos, viver sem tal instituto seria caótico. Com as inovações trazidas pelo decurso do tempo, em praticamente todas as áreas científicas, aumentaram-se os casos que necessitam do instrumento Responsabilidade Civil. Assim o é, por exemplo, quando se pensa no caso do médico cirurgião plástico. No presente trabalho, será apresentada a evolução histórica do instituto em comento, serão destrinchados seus elementos e espécies, para em seguida se adentrar nos conceitos médicos (especialmente no que tange à cirurgia plástica estética) e as suas respectivas implicações legais. Falar-se-á ainda, sobre a relação médico-paciente acima citada, do ponto de vista contratual, evidenciando-se assim, o tratamento jurídico dado pelo Diploma Consumerista à supra seara médica. Distinções serão feitas no que concerne às duas atuais espécies de cirurgia plástica, mostrando, inclusive, a dicotomia legal existente em face do fim para o qual cada uma se propõe. Buscar-se-á trazer elementos legalísticos, doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema. Ainda serão trazidos à baila ensinamentos da doutrina alienígena sobre a cirurgia plástica, buscando-se ressaltar o tipo de obrigação assumida pelo cirurgião plástico ante a execução do seu ofício, nos respectivos ordenamentos. Através do que será disposto em todo o corpo do trabalho, é que se tentará demonstrar o porquê do entendimento que a cirurgia plástica estética – assim como todos os demais ramos médicos -, deve ser tratada como obrigação positiva de meio, e não de resultado. Deve ser assim, por força da impossibilidade de previsão que reveste seu objeto trabalho, qual seja, o corpo humano.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Dano. Cirurgião Plástico Esteta. Obrigação de meio.



## ABSTRACT

The study of Liability is of main importance and practical application in current society, since that its purpose is the restoration of harmony shattered by the damage. In times of days so conflicting, living without such an institute would be chaotic. With the innovations brought by the passage of time, in practically all areas of science, also increased the cases that need the instrument Liability. So it is, for instance, when one considers the case of the plastic surgeon. In this paper it'll be demonstrated the historical evolution of the institute under discussion, it will be showed its elements and species, and then we will be entering in medical concepts (especially about aesthetic plastic surgery) and their respective legal implications. It'll also be explained the doctor/patient relationship mentioned above, from the contractual point of view, demonstrating then the legal treatment given by the Diploma Consumerism to care. Distinctions are made regarding the two current species of plastic surgery, showing even the legal dichotomy in the face of the existing legal order to which each is proposed. Search will bring legal elements, doctrinal and jurisprudential-related theme. It'll still be brought lessons of alien doctrine about plastic surgery, seeking to point out the kind of obligation assumed by the plastic surgeon, before the execution of their office in their respective jurisdictions. Through what will be provided throughout all the paper, does it attempt to show why the understanding that aesthetic plastic surgery - as well as all other medical branches - must be treated as a positive obligation of means, not of result. It must be so because of the impossibility of forecasting that covers the object of his work, namely, the human body.

**Keywords:** Liability. Plastic Surgery. Damage. Aesthetic Plastic Surgeon. Obligation of means.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 LINEAMENTOS GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	13
2.1 CONCEITO .....	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	16
2.2.1 Direito Romano .....	17
2.2.2 Direito Francês .....	19
2.2.3 Direito Português .....	20
2.2.4 Direito Brasileiro .....	21
2.2.4.1 O Código Criminal de 1830 .....	22
2.2.4.2 As Consolidações .....	23
2.2.4.3 Os Códigos Penais de 1890 e 1940 .....	23
2.2.4.4 O Código Civil de 1916 e o Código de Obrigações .....	24
2.2.4.5 Código Civil de 2002 .....	24
2.3- NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	24
2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS TEMPOS ATUAIS .....	26
<b>3 DAS ESPÉCIES, DOS PRESSUPOSTOS E DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	28
3.1 ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	28
3.1.1 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva .....	28
3.1.2 Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual .....	30
3.1.3 Responsabilidade Direta e Responsabilidade Indireta .....	32
3.2 REQUISITOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	33
3.2.1 Ação ou omissão do agente .....	33
3.2.2 Culpa do agente .....	34
3.2.3 Relação de Causalidade .....	36
3.2.4 Dano sofrido pela vítima .....	38
<b>4- CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	39
4.1- A MEDICINA .....	40
4.2- A CIRURGIA PLÁSTICA .....	42

4.2.1- Cirurgia Plástica Reparadora e Cirurgia Plástica Estética .....	44
4.2.2- Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado .....	45
4.3- ERRO MÉDICO .....	46
4.4. A CIRURGIA PLÁSTICA E O DEVER DE INDENIZAR .....	48
4.4.1- Dano Moral .....	49
4.4.2- Dano Material .....	50
4.4.3- Dano Estético .....	51
4.4.4 Responsabilidade civil decorrente de atividade profissional – o dever indenizatório do médico cirurgião plástico .....	52
4.4.5 – A responsabilidade do médico cirurgião plástico em face do Código de Defesa do Consumidor .....	54
4.5 A RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DIREITO COMPARADO .....	55
4.6- CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA - UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO .....	57
5 CONCLUSÃO .....	62
6 REFERÊNCIAS .....	66
7 ANEXO A .....	68

## 1- INTRODUÇÃO

A questão da responsabilidade, nos dias atuais, se confunde com o objetivo do próprio direito, vez que o escopo precípua dela é o restabelecimento de uma harmonia quebrada após uma ação danosa a alguém.

A primeira codificação que tratou sobre a matéria foi o Código Civil Francês, disseminando-se daí para todas as codificações posteriores. Porém, o homem traz em si o sentimento de reparação de dano causado injustamente, desde os mais remotos tempos.

O estudo da responsabilidade civil é tema altamente dinâmico, já que surgem inúmeras novas teorias e pensamentos jurídicos, mas não só jurídicos, já que o tema está intrinsecamente ligado às novas necessidades sociais.

Atualmente, não se pode imaginar a convivência social sem o citado instituto. Em tempos de tanta instabilidade no trato social, seria caótico se a vítima não sentisse o seu prejuízo reparado pelo causador do ilícito. Ressalte-se, que se busca com a responsabilização civil, não só a reparação do dano experimentado pela vítima (quando possível ao estado anterior ou ainda uma indenização pecuniária proporcional ao prejuízo), mas também o seu ressarcimento de ordem moral, pois, ao se reconhecer a necessidade de reparação por parte do agente causador da lesão, reconhece-se o direito ferido do paciente, o que, indubitavelmente, causa neste um sentimento de compensação. Demais disso, lembre-se que a responsabilidade civil tem, para o autor do ilícito, um cunho pedagógico, repressivo, e que visa a desestimular que tal agente cometa ato de tal natureza novamente.

A escolha pelo presente tema encontrou abrigo na relevância e na latente discussão do seu estudo. A responsabilidade civil como gênero, e a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico enquanto espécie, ganham musculatura dia após dia e, demasiadamente, necessário e importante são os seus conhecimentos e atualizações, principalmente para os estudiosos do Direito. Na pesquisa ora apresentada serão destacados aspectos mais debatidos e questionados acerca da matéria.

As intensas inovações tecnológicas e científicas, as marcantes mudanças nos costumes, e o próprio decurso do tempo, trazem para a sociedade mudanças de proporções inimagináveis. Assim o é, quando se traz à baila, por exemplo, a ciência médica. Aquela medicina de outrora, que muitas vezes era confundida com dom divino, hoje passa por transformações gigantescas. A medicina que servia única e exclusivamente para curar dos

enfermos, em tempos atuais, tem a força de reabilitar aquele que já pensava que tinha perecido, tem o condão de modificar até mesmo as linhas da face de seu paciente.

Em sendo assim, aumentou de forma avassaladora a procura por intervenções cirúrgicas, sejam elas de natureza reparadora, sejam de cunho meramente estético.

Em decorrência disso, e, também, pelos maiores acesso e conhecimento aos direitos individuais e coletivos, cresceu, de maneira igualmente gritante, o número de demandas em sede de responsabilidade civil contra o médico cirurgião.

Causaram também, os declinados aumentos, uma maior necessidade de conhecimentos jurídicos sobre o tema. Necessidade de se conhecer a responsabilidade contratual entre paciente e médico; se houve, de fato, responsabilidade do último em relação ao dano; e, afora tantas outras, a de limitar a responsabilidade do clínico e seu conseqüente ressarcimento à vítima.

Serão traçados no trabalho ora apresentado, os lineamentos históricos da Responsabilidade Civil, desde as mais remotas eras aos dias atuais, debatendo-se acerca de suas espécies, dos seus pressupostos, das mais diversas classificações, da fundamentação legal no ordenamento pátrio, além de se buscar jurisprudências e classificações doutrinárias no que concerne à sua natureza obrigacional, se é ela obrigação de meio ou se é de resultado, no que tange ao ofício do cirurgião plástico esteta.

Importantíssimo tecer-se comentário no que diz respeito ao caráter contratual da citada relação paciente-médico. Toda e qualquer intervenção cirúrgica deste naquele, trará consigo um vínculo, que poderá assumir caráter diverso de acordo com a sua finalidade, se tem finalidade de reparação ou se existe a intenção embelezadora (ponto de maior relevância e discussão na doutrina).

Utilizar-se-á na realização deste trabalho os métodos exegético-jurídico e o sistemático, objetivando sempre fazer correlação com o ordenamento legal pertinente. No que versa sobre a técnica a ser empregada, ela será a pesquisa bibliográfica e documental, igualmente tentando atrelar aos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais que trata do tema. Com a análise de instrumentos teóricos (doutrina e lei), e também com a aplicação empírica do instituto em comento, através de julgados, análise de casos práticos, dentre outros, buscará discutir a questão central do trabalho, qual seja, o tipo de obrigação que assume o médico cirurgião plástico quando da sua atividade laboral, se de meio ou de resultado.

O trabalho irá ser organizado em três capítulos, dispostos da seguinte forma: O primeiro versará sobre a Responsabilidade Civil de em linhas gerais. Seu conceito, evolução

histórica, natureza jurídica e aplicação do instituto nos dias atuais, dando o necessário preâmbulo para o prosseguimento do estudo.

O segundo capítulo, para fins de didática e melhor organização do trabalho, abarcará aspectos relacionados às espécies, requisitos, necessidade de reparação, dentre outros pontos da responsabilidade civil, fazendo o alicerce da construção do feito, vez que a partir de então, se adentrará nas questões da cirurgia plástica e seus efeitos no mundo do direito.

O terceiro e último, por seu turno, adentrará nos aspectos da responsabilidade civil ante à cirurgia plástica, tais quais, a distinção entre a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica com fins estéticos, a distinção entre obrigação de resultado e de meio, o erro médico, o direito comparado em sede de responsabilidade civil nos mais diversos ordenamentos jurídicos, o dever de reparação do clínico esteta, o posicionamento dos tribunais em relação a natureza da obrigação do médico na atividade da cirurgia plástica, bem como a discussão central do trabalho: se a obrigação do cirurgião estético é de meio ou resultado.

Como acima já fora dito, é tema de maiores discussões e mais variados teores de julgamentos e legislação nos tribunais do mundo afora.

Após o derradeiro capítulo será exposta a conclusão do trabalho, lugar onde se fará um breve balanço acerca de todo o estudo do tema em comento. Ainda haverá um anexo, que através de números elucidará a realidade brasileira concernente à cirurgia plástica.

Isto posto, ratifica-se que o tema é de inquestionável importância para o estudo do direito, pois, os avanços conseguidos pela discutida seção médica e a gigantesca democratização da cirurgia plástica trazem um enorme aumento de pacientes que batem às portas do Poder Judiciário com o intuito de ver o seu alegado dano vir a ser reparado pelo suposto clínico infrator.

De imprescindível relevância também é o cuidado que o dito poder deve ter quando do julgamento de tais pleitos. Isto porque, existe uma verdadeira torrente de ações infundadas, sustentadas apenas pelos escusos fins de seus autores em perceber indenizações indevidas. Por isso, deve o Judiciário fulminar qualquer pedido em que não reste, exaustivamente, comprovada alguma modalidade de culpa do médico cirurgião plástico no seu provir laboral, para que seja preservada a real função da responsabilidade civil e não seja distorcido o sentido do liame obrigacional de reparação, qual seja, o dever de reparação por um dano, de fato, causado a outrem.

## 2- LINEAMENTOS GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como brevemente citado acima, o instituto da responsabilidade civil remonta às mais antigas civilizações, ainda que em muitas delas não tivessem tal nomenclatura. O tema em comento é indispensável em toda e qualquer sociedade, tendo em vista o seu caráter compensatório, buscando recuperar uma relação quebrada pelo dano.

Neste espaço serão demonstrados os elementos primeiros da responsabilidade civil, os seus conceitos mais antigos, bem como a evolução que o instituto sofreu ao longo do tempo.

### 2.1 CONCEITO

Várias são as definições para a palavra “responsabilidade”. E assim o é, por força das inúmeras teorias acerca do termo. Há os que defendem ser ela uma expressão dotada de cunho científico. Outros alegam que ela tem acepção sociológica. Alguns ainda vislumbram o caráter meramente obrigacional do termo. Afora essas várias definições teóricas sobre a expressão, a origem da palavra encontra substrato no vocábulo latino *spondeo*, gerado no direito romano, onde servia para exprimir, solenemente, a ligação do devedor ao credor nos contratos verbais. *Respondere* é o verbo latino que deu origem à expressão. Indicava tal verbo, a idéia de recompor, de obrigação de restituir, ressarcir.

Responsável, responsabilidade, ou termos afins, têm, no nosso vernáculo atual, genericamente, o mesmo sentido, qual seja, o de uma contraprestação, o de uma correspondência, o de um dever de satisfazer.

Nesse sentido, afirma Aguiar Dias (apud, GAGLIANO e PAMPLONA, 2008, p. 1) “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.

Responsabilidade, portanto, antes de ser um fenômeno da vida jurídica o é da vida social.

Já o vocábulo “civil” indica, segundo o minidicionário Aurélio (2001, p. 157) “relações dos cidadãos entre si, reguladas pelo direito civil.”

Juntando-se, pois, as duas referidas palavras, já analisadas acima de forma separada, têm-se o termo “Responsabilidade Civil”, que é o gênero (da espécie

responsabilidade civil médica) e objeto do presente estudo. Depois de longos tempos de evolução e, com isso, modificação e amadurecimento, a expressão supracitada pode ser definida, segundo a professora Diniz, como (2007, p. 35):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Logo, debruçando-se sobre o conceito acima declinado, entende-se que a responsabilidade civil é fruto de uma ação ou omissão lesiva a direito de outrem, quer seja de ordem moral, quer patrimonial, que acarreta para seu autor a necessidade obrigacional de reparar o dano experimentado pela vítima. Tal reparação pode ser efetivada através de quantia a ser paga em pecúnia ou por meio de ações que levem a vítima à situação anterior ao dano sofrido (*statu quo ante*).

O instituto em comento, como já dito, experimentou uma enorme transformação. Nos tempos primeiros, a compensação se dava de forma coletiva contra a pessoa ou integridade física do agente infrator.

A maturidade da responsabilidade civil, todavia, não se deve a um maior refinamento no sentimento de justiça da civilização atual. O objetivo dela é o mesmo de outrora, o de estabelecer norma limitadora à atividade humana. O que mudou foi a forma de aplicá-la. Demais disso, o direito, nos dias vividos, é bem mais solicitado do que antigamente.

As legislações recentes da maioria dos países, em sede de responsabilidade civil, afastaram, peremptoriamente, a concepção de recomposição fundada em desmedidas agressões de ordem física.

Hoje, busca-se a satisfação do liame obrigacional por meio de uma aproximada equiparação ao estado anterior ao cometimento do ilícito. Por exemplo, aquele que dirigia seu veículo e suportou uma colisão de outro motorista que guiava de forma imprudente terá o direito de ser ressarcido em seu prejuízo, espontaneamente ou por meio judicial. Bem como tem o direito de ser recompensado aquele que participa de um contrato que teve norma contratual desobedecida pela outra parte.

O ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no Código Civil, versa sobre a matéria. Os art. 186, 187 e 927 do dito Diploma de 2002 trazem de forma cristalina a



tipificação do ilícito de dano, quer seja ele de natureza patrimonial, quer meramente moral. No decorrer do trabalho, estas e outras previsões legais serão mais detalhadamente dissecadas.

Carlos Roberto Gonçalves, nesse sentido, prescreve que (2008, p. 2):

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Oportuno faz-se nesse mister, a diferenciação entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal. Na primeira, como já muito comentado, o interesse na reparação do dano experimentado recai sobre o interesse privado, ou seja, é pretendida a reparação para que o patrimônio (material ou moral) seja recomposto, quando possível, ou compensado. Na seara da segunda, o ato infringente fere ao interesse da coletividade, é um ato que, por mais que seja perpetrado contra uma única pessoa, contraria a harmonia social, e por isso, deve ser punido pelo Estado.

Nesse sentido aponta o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, (apud, GAGLIANO E PAMPLONA, 2008, p. 3):

Responsabilidade. S. f. (Lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado.

Existe ainda a responsabilidade moral, que não se confunde com nenhuma das duas espécies supracitadas. Esta não encontra substrato legal, uma vez que o seu ato, supostamente ilícito, é reprovável somente no terreno subjetivo e, em sendo assim, foge das sanções positivadas.

A responsabilidade civil, portanto, deve ser buscada por aquele que sofreu o dano, já que o Estado só garantirá a reparação da ofensa quando provocado pela parte prejudicada, dado o cunho privado de tal encargo.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde os mais remotos tempos até hoje, toda e qualquer sociedade imprime como objetivo maior a ser buscado o bem comum, a paz, as justiça e harmonia sociais. Porém, nem sempre é possível que a paz e a serenidade nas relações humanas imperem.

Em decorrência disso, nasce a necessidade de se buscar soluções para os conflitos brotados.

Nos tempos pré-romanos, a efetivação da reparação se dava através da vingança coletiva. Nela, havia uma reação em conjunto contra o ofensor pela agressão a um membro do grupo.

Em seguida, houve uma modificação para a vingança privada, quando os homens passaram a fazer justiça com as próprias mãos, respaldados pela famosa Lei de Talião, que prescrevia a tão debatida reparação do mal pelo mal, sucintamente representada pelas expressões do “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”, segundo Maria Helena Diniz (2006).

O papel do Poder Público, à época, era tão somente o de decretar se havia e como deveria ser exercido o direito de retaliação do ofendido contra o ofensor, impondo uma equiparação entre o dano primeiro e o que seria experimentado pelo agressor. Neste período o caráter da responsabilidade era objetivo.

Passado outro lapso temporal, teve vez a fase da composição, onde o agente infrator poderia satisfazer sua obrigação reparatória por meio do pagamento da *poena* (quantia certa em dinheiro), a ser arbitrada pelo poder público, se praticado contra direitos públicos, ou pelo próprio ofendido, se se tratasse de delito privado.

Fora, indiscutivelmente, uma grande evolução no instituto da reparação, vez que a retaliação não trazia uma compensação, e sim, somente um novo dano, este último à pessoa do ofensor.

Foi com o advento da *Lex Aquilia de damno* que a idéia de que a reparação do dano deveria ser suportada pelo patrimônio do agente infrator ganhou terreno.

O valor da reparação patrimonial alhures, deveria ser proporcional ao da *res* lesada, e o fundamento basilar de tal responsabilidade seria sempre a culpa, a tal ponto de o transgressor se tornar isento de responsabilidade se provasse que não havia incorrido em culpa. “Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente”, diz Diniz (2007, p. 11).

A mesma autora ensina nesse sentido que (2007, p. 11):

A *Lex aquilia damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnu iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre responsabilidade civil e penal.

Já foi na Idade Média que se fez possível a distinção entre responsabilidade civil e pena. Diferenciação possível graças ao melhor entendimento na idéia de dolo e culpa em sentido estrito, e também de uma maior sistematização nos estudos da culpa.

A seguir, adentrar-se-á em algumas passagens de legislações que tiveram maior relevância para o tema da responsabilidade civil, a fim de mostrar o desabrochar do instituto em tela.

### 2.2.1 Direito Romano

Na responsabilidade civil, bem como em inúmeros outros temas jurídicos, é indispensável se deitar sobre o manto do direito romano para entender seus fundamentos e seus conceitos primeiros.

Como discorrido em páginas passadas, nesse direito se sentiu evoluções apuradíssimas acerca do assunto. A substituição da vingança coletiva para a privada e, em seguida, para a composição. A intervenção do Estado participando do arbítrio de tais acordos. As primeiras raízes da responsabilidade extracontratual também se encontram plantadas nessa fase do direito, mais precisamente quando do surgimento da declinada *Lex Aquilia de damno*.

Esmiuçando-se mais acerca de algumas dessas inovações acima citadas, foram os romanos quem trouxeram, para a legislação da época, o instituto da vingança privada em permuta ao da vingança coletiva.

Naquela espécie de vindicta, em linhas gerais, o agente agressor era atacado por um grupo indeterminado de pessoas, como forma de imprimir uma represália ao ato praticado

contra um de seus membros. Os romanos substituíram tal vingança pela privada, na qual o indivíduo que tivesse sofrido o dano teria o direito de perpetrar a mesma ação contra o agressor, como forma de compensação, amparado pela Lei de Talião.

Notando a ineficácia da supra modificação, por força do seu caráter violento e, percebendo que ao final, nada trazia de benefício ao seu possuidor, ela foi trocada pela figura da compensação.

Esta representou uma mais sensata forma de revanche, pois, nela o agressor e o ofendido poderiam transigir no que tange ao objeto de reparação do dano.

Se o ilícito versasse sobre direito que envolvia coisa pública, porém, o Estado trazia para si o condão de arbitrar o valor do dano a ser pago à vítima. Em contrário, se estivessem diante de um caso que tratasse de delito contra direito privado, deixava as partes acordarem à vontade.

Nesse momento, o Estado romano traçou uma marcante e formidável modificação entre os institutos da “pena” e da “reparação civil” (embora ainda não manifestada nesses termos).

E assim o foi porque ao abarcar a competência para julgar os ilícitos públicos para si, o Estado estava elencando crimes que mereciam ser fulminados de forma mais rigorosa por ele, justamente por se tratar de delinqüências de maior sobressalto social. Ao passo que deixou para os cidadãos comuns o poder de dirimir conflitos privados que, pela sua dimensão *inter partes*, causavam uma menor repercussão na coletividade.

Nota-se, nesse mister, que quando o Estado começou a interferir nas relações que cuidassem de delitos de maior gravidade, e trouxe para si, de forma exclusiva, a responsabilidade de punir os agentes dessas infrações que causavam um maior repúdio social, ele fez surgir um divisor de águas no que versa sobre direito público e privado. Com efeito, nascia o Jus Puniendi.

É, então, a *Lex Aquilia* quem introduz um conceito inicial sobre o liame obrigacional de reparar, pois, ainda que de forma primária e sem uma maior organização conjugada, deu corpo ao instituto da responsabilidade civil. Em conseqüência, doou muita substância à problemática da matéria e engrandeceu a jurisprudência clássica.

Demais disso, representa a declinada lei o primeiro galho dessa robusta árvore que hoje se chama culpa extracontratual ou, em deferência a ela, aquiliana.

Nesse sentido, preceitua Gonçalves (2008, p. 5):

É na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se conheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico.

A citada lei, como já discorrido, trouxe, portanto, uma substituição do objeto usado na reparação do dano. Como também inovou tal previsão legal quando da introdução de questões de mensuração à referida lesão. Para finalizar o presente subtópico, traz-se ao estudo, interessante observação, nesse sentido, abordada por Alvino Lima (apud, GAGLIANO E PAMPLONA, 2008, p.11):

A lei Aquilia não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo, a princípio, ao valor venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado.

### 2.2.2 Direito Francês

O direito ora em debate também deu uma admirável contribuição ao estudo e evolução da responsabilidade civil.

O legislador da antiga Gália imprimiu uma fase de aperfeiçoamento dos passados preceitos dos juristas romanos, tornando cristalino o instituto da responsabilidade civil. Ademais, de forma marcante, esqueceu-se do critério de enumerar os episódios de composição obrigatória, visto a crescente demanda social que tornou impossível fazê-lo.

Na França desses idos tempos, a Lei Aquília conheceu uma maturação profunda. Passava-se ali, a proteger a figura da vítima contra danos que não exteriorizassem seus efeitos. Nessa linha de raciocínio, Aguiar Dias faz uso das falas dos irmãos Mazeaud para endossar esta máxima (2006, p. 30):

Os Mazeaud, ressaltando a conquista francesa, fazem o confronto: A Lei Aquilia nunca pode abranger senão o prejuízo visível, material, causado a objetos exteriores,

ao passo que daí em diante se protege a vítima também contra atos que, sem acarretar depreciação material, dão lugar a perdas, por impedirem ganho legítimo.

Com o advento do Código Napoleão, restou consagrado que a responsabilidade civil encontra alicerce na culpa. Tal afirmação, em seguida, foi disseminada para as legislações de todo mundo.

É unânime o reconhecimento da importância do direito em tela para o instituto da responsabilidade civil. O civilista Aguiar Dias, de forma sucinta, registra tal adágio, ao dizer (2006, p. 30, 31):

A evolução do direito francês nos tempos modernos dispensa considerações mais longas. Basta recordar que se deu através da mais extraordinária obra de jurisprudência de todos os tempos. A tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e criando um direito rejuvenescido, foi tão impressionante que não há quem a desconheça, na audácia fecunda que é um dos encantos do gênio francês.

Isto posto e, transcrita a citação do professor Dias, encerra-se o subtópico que trata sobre o direito francês, deixando novamente registrado que àqueles legisladores, todas as cortesias são devidas, pela substancial contribuição ao engrandecimento da responsabilidade civil.

### **2.2.3 Direito Português**

O direito português, diga-se de antemão - não tanto quanto os dois acima estudados -, também teve sua relevância no estudo do tema, apesar das poucas notícias sabidas dele.

O mais antigo fato relatado sobre o instituto é contemporâneo à invasão dos visigodos a origem da embrionária legislação portuguesa, com caráter germânico e influenciado pelos ventos do cristianismo.

Em seguida, ocorreu a transmutação do Código visigótico ao *Fuero Juzgo*, que foi usado na Espanha, servindo como base legal até idos do século XIX. Aquele era uma organização imiscuída, ora aplicava a composição, ora os meios penais dos romanos.

Aguiar Dias cita as preleções de Vicente Azevedo para demonstrar o desenvolvimento nem tão acentuado do instituto no direito português. Prescreve o autor (2006, p. 31):

Vicente de Azevedo diz que os visigodos, ao contrário do que já foi sustentado, não conseguiram jamais estabelecer a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal, embora considerassem o homicídio involuntário, não sujeito a pena alguma, como gerador de reparação civil, em favor dos parentes da vítima, porque a *composição* era considerada como pena.

Após a invasão árabe, aplicou-se muito a composição como meio de solução de litígios causados por danos. Porém, os pretórios lusitanos ainda admitiam as penas corporais, permitindo assim, que o instituto da vingança privada ganhasse fôlego.

O *Fuero Juzgo* ainda traz em si os traços de brutalidade do sistema germânico. Igualmente apresenta positivado o princípio do talião.

Com as Partidas, elencaram-se alguns casos de responsabilidade civil, a saber, por exemplo, responsabilidade de terceiros por pessoas que não têm total discernimento acerca do ato ilícito.

As Ordenações do Reino, direito usado no Brasil à época de colônia, fez válida distinção entre reparação, pena e multa, ainda que de forma imprecisa.

#### **2.2.4 Direito Brasileiro**

Pelo fato de serem relatos históricos do Brasil e, em respeito a isso, foi feito um maior detalhamento acerca de institutos jurídicos que se revelaram importantes para a atual fase de amadurecimento do nosso direito. Em breves linhas, serão traçadas legislações de vulto expressivo no que cerca à evolução do ordenamento legal brasileiro.

#### 2.2.4.1 O Código Criminal de 1830

O Código Criminal de 1830, com data de seis anos após a Constituição Imperial, é tido como uma grande obra do direito brasileiro, digna dos mais acalorados louvores.

Nele, estava contido o capítulo intitulado “Da satisfação”, que, em linhas gerais, tratava da matéria relativa à responsabilidade civil.

Estavam ali prescritas a reparação natural, a garantia da indenização, a solidariedade, a hipoteca legal, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, dentre outras previsões de cunho reparador, conforme Aguiar Dias (2006, p. 33).

Lá, o senhor tinha a faculdade de abandonar o seu escravo caso não quisesse pagar a indenização por dano cometido por este, o que, dependendo da escolha do dominador, poderia representar a liberdade do serviçal. Resquícios de uma evolução jurídica romana.

Há, porém, um ponto que segundo Aguiar Dias, “destoava o sistema da sua superior inspiração: em subordinar a reparação, em princípio, à condenação [...]” (2006, p.34).

Havia também a possibilidade, no sistema legal em estudo, de uma reparação por meio das forças de trabalho do agente do dano, caso este não tivesse meios outros para adimplir a obrigação. Porém só seria possível tal conversão, quando existisse a condenação criminal e não a de natureza civil.

Aguiar Dias faz uso das palavras de Vicente Azevedo para sintetizar o valor que o Código Criminal brasileiro de 1830 tem, e o não reconhecimento deste relevante trabalho nas legislações posteriores inclusive na atual, nos seguintes termos: (2006, p. 33)

Vicente de Azevedo, no completo histórico em que traça a evolução do problema da responsabilidade civil, registra o imerecido abandono a que foram votadas as salutaras disposições do Código Criminal sobre a reparação de dano, indicando como causas dessa ineficácia o excessivo rigor das normas aí compendiadas ou o desconhecimento, por parte do legislador, das necessidades do país.

#### 2.2.4.2 As Consolidações



Nessa passagem do direito brasileiro, merecem um maior registro as Consolidações de Teixeira Freitas e a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho.

Os juristas acima citados tiveram uma relevante participação no evoluir do direito civil pátrio. Eles, em certos temas, foram mais precisos e sensatos do que o próprio Código Civil de 1916, em particular, no art. 1523 desta codificação, que foi uma previsão pobre, haja vista que o Código Civil de 2002 trouxe o cunho objetivo às pessoas elencadas no artigo substituto do acima citado, qual seja, o atual artigo 932.

#### 2.2.4.3 Os Códigos Penais de 1890 e 1940

O primeiro, exceto algumas novéis previsões, encarregou-se tão somente de transcrever o que havia sido apregoado pelo Código Criminal de 1830, ainda, com uma redação confusa que ocasionou danos à sua limpidez.

Já o Código Penal de 1940, trouxe inovações ao direito brasileiro, mesmo conservando a raiz tradicionalista do nosso direito no que tange à sentença criminal em sede de indenização. Novidades como a exequibilidade, na seara civil, da condenação pronunciada no crime contra o agente do dano; a preclusão da sentença penal que aceite o estado de necessidade, dentre outras.

Os Códigos Penais ora estudados, muito mais o de 1940, tiveram significativa contribuição à justiça brasileira daquela época. O último, por exemplo, entrelaçou os juízos cível e criminal para satisfazer uma obrigação desta naquela, e assim não deixar a vítima do prejuízo sofrido desassistida, o que, indubitavelmente, somou ao direito de reparação.

#### 2.2.4.4 O Código Civil de 1916 e o Código de Obrigações

O Código Civil de 1916 já não satisfazia os problemas da responsabilidade civil. Em sendo assim, buscou-se enquadrar o direito que tratava do tema com o projeto do Código das Obrigações e com a reforma do próprio Diploma. (Projeto nº 634, de 1975).

O Diploma Civilista de 1916 era, substancialmente, causídico da teoria subjetiva no terreno da responsabilidade civil. Isso significa, como se verá detalhadamente adiante, que

o dito documento exigia que se provasse a culpa ou o dolo do autor do ilícito para que este fosse obrigado a indenizar a vítima.

Certos artigos eximiam a prova da culpa ou do dolo, pois neles estava presente o ingrediente presunção.

Passado certo lapso cronológico e com mudanças nas mais diversas searas, inclusive nas modernizações das relações sociais, surgiu a chamada teoria do risco, que veio a fracionar o império da teoria da culpa.

A teoria do risco buscou aumentar o manto de proteção ao qual as vítimas dos danos estavam expostas. Quis dar uma maior flexibilidade às tradicionais e limitadas previsões de reparação. Foi a partir daí que começou, no direito brasileiro, a se falar em responsabilidade civil objetiva.

#### 2.2.4.5 Código Civil de 2002

Por força das demasiadas citações ao Diploma de 2002 feitas no presente estudo, não serão tecidos comentários somente nesse subtópico, uma vez que, como óbvio o é, ao se falar em responsabilidade civil, obrigatoriamente, terá que se falar em Código Civil, e por isso, ele será tratado durante todo o curso do trabalho.

### 2.3- NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil decorre de alguma conduta ilícita que obriga o causador da mesma a reparar o dano experimentado pela vítima. Tal violação acarreta uma destemperança nas relações sociais e é exatamente por isso que necessita ser reparada, para que a harmonia volte a imperar. Pode também ser resultado de uma imposição legal.

Não somente em sede do instituto em estudo, toda e qualquer ação ilícita ocasiona uma sanção. É exatamente essa a natureza jurídica da responsabilidade, quer civil ou penal.

Como dito acima, a necessidade de revanche também pode advir de uma imposição legal. Porém, como a princípio pode se questionar, tal liame obrigacional de

reparação não perde o seu cunho sancionador, vez que o não cumprimento de previsão legal expressa, já potencialmente previsível, traz o dever de reparar, por ferir interesse alheio.

As colocações de Carlos Alberto Bittar aduzem que (apud, GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p. 19 e 20):

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

Prossegue o mesmo autor em semelhante lauda:

Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa - ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais - repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de quem a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

Conclui-se então, que a responsabilidade civil tem natureza sancionadora, independente da forma com a qual ela irá se materializar.

#### 2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS TEMPOS ATUAIS

O papel da responsabilidade civil para a sociedade atual é imprescindível. Isto porque, é ela que faz às vezes de um fiel da balança quando a harmonia social é trincada. Não se pode conceber o quão gravoso e quais seriam as conseqüências de uma sociedade contemporânea sem os freios do instituto em análise.

Mas, atualmente, o legislador não só prevê o agente que comete o dano, como também descreve como o referido prejuízo deve ser ressarcido. É o que ocorre, por exemplo,

se for levado em conta o Código de Defesa do Consumidor; a liberalidade que a lei delega ao magistrado quando da aplicação do *quantum* indenizatório e etc.

Porém, as mudanças que o homem percebeu na sua vivência, fez com que o direito buscasse se adequar a elas, ainda que nem sempre tenha conseguido, como no caso dos problemas causados pela Internet.

Cristovam Buarque preleciona acerca das mudanças ocorridas com o decurso do tempo, mostrando evoluções nas mais diversas áreas, ressaltando, contudo, que nem sempre as ditas mudanças são dotadas apenas de benesses à vida humana, acarretam também prejuízos diversos aos homens e às suas relações, ao dizer (apud, AGUIAR DIAS, 2006, p. 51):

[...] quando se compara os sonhos utópicos imaginados há cem anos com a sociedade que foi construída nesse período, constata-se que a civilização não caminhou como se esperava. Em alguns aspectos até se afastou da utopia desejada.

Nestes cem anos:

-A engenharia industrial realizou maravilhas de automação, aumentou de uma forma inimaginável as escalas de produção, mas não ampliou substancialmente o tempo livre das pessoas e, quando ampliou, jogou milhões no tédio e na droga; não resolveu e até agravou o problema da escassez entre uma enorme parcela da população mundial, criou um sério desequilíbrio ecológico, gerou um desemprego crônico;

-Graças à engenharia e a biotecnologia, a agricultura do século XX é capaz de produzir mais, em qualquer local, com muito menos trabalho, em melhores condições, com uma inimaginável produtividade, controlando a terra e as epidemias, não conseguindo ainda controlar o tempo, mas reduzindo muitos de seus efeitos. Mas não resolveu e até acirrou o problema da desnutrição;

-As ciências médicas conseguiram quase que dobrar a vida média das pessoas, conseguiu adiar o envelhecimento, fazer transplantes e próteses de órgãos, mas não conseguiu fazer com que estas vidas mais longas fossem certamente mais felizes;

-Ao mesmo tempo em que conseguiu integrar o planeta, o século XX desintegrou a sociedade humana, entre países e entre grupos sociais dentro de cada país.

O que se observa na citação do Professor Buarque é justamente o lado prejudicial das transformações científicas ocorridas nos últimos tempos. Com o implemento de certas práticas e atividades modernas, cria-se também uma marginalização de outras tantas, que desencadeiam graves problemas sociais, que têm que ser reparados pelo direito.

As ditas relações sociais são cada vez mais conflituosas e, por isso, têm que ser perseguidas formas de solucionar tais tumultos. Eis que surge o relevante papel da responsabilidade civil, como remédio que irá sanar uma quebra harmônica do convívio social.

Nos presentes dias, existe uma tendência à flexibilização da responsabilidade civil, vez que, os tribunais estão permitindo uma maior liberdade quando da produção de provas que mostrem o nexo de causalidade, por exemplo.

Também há uma crescente demanda em sede de responsabilidade civil, com isso, mostre-se cada vez mais cristalino o processo de equiparação nas ditas procuras ao Judiciário, equiparação essa que pode ser ilustrada como um parâmetro entre as lides que têm o mesmo caráter de ressarcimento.

O dano ressarcível, ou em outros termos, o dano passível de reparo, também aumenta com o passar dos dias, possibilitando aos cidadãos uma maior discussão no que se refere ao objeto trincado pelo dano. Note-se que nesse mister, assim como nos já declinados, o cidadão experimentou uma gigantesca abertura quando da procura aos tribunais, haja vista que antigamente eram enumerados os casos de composição que mereciam reparo. Quem ganha com isso é, indubitavelmente, a sociedade.

Ratifique-se então, o surpreendente papel do instituto em comento. Sem ele voltaríamos aos dias mais desumanos, posto que, a responsabilidade civil tem, sem sombra de dúvida, um caráter de restauração, restaurando o dano, busca-se restaurar a harmonia entre os semelhantes.

### **3 DAS ESPÉCIES, DOS PRESSUPOSTOS E DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Neste espaço serão cosidos os pontos que desenham a responsabilidade civil, adentrando nas suas espécies, nos seus pressupostos, nos seus elementos essenciais e em aspectos outros que se façam necessários ao entendimento da matéria. Ressalte-se que a responsabilidade civil é una, por força da sua essência, que é a recomposição de uma quebra na harmonia social, porém, com o fito de tornar a sua classificação mais didática se fez válida a declinada divisão.

### 3.1 ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 3.1.1 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

Imprescindível apresenta-se a distinção ora praticada, pois como já discorrido no trabalho e ainda o será, o elemento “culpa” é o objeto principal à aferição do tipo de responsabilidade ante o caso concreto do dano.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que resulta de prejuízo causado por ato doloso ou culposo.

Por tal modalidade de culpa ter natureza civil, ela será enxergada quando o agente causador do dano agir com negligência ou imprudência, de acordo com particular previsão do Código Civil de 1916, a saber: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” Tal dispositivo legal do Código passado foi melhorado e mantido pelo Diploma vigente que, no seu art. 186, prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O dispositivo normativo supratranscrito ensina que o liame obrigacional de indenizar encontra fundamento jurídico exatamente no fato de ter sido cometido um ato censurável que merece reparo. Nesse mister, compete, via de regra, ao autor fazer provas ou apresentá-las quando da reivindicação de reparação do dano, vez que o peso de demonstrar a culpa é do réu e, o conseqüente prejuízo advindo a ele por tal conduta, recai sobre os seus ombros.

Nesse sentido é a colocação de Gonçalves, que encerra o debate acerca da corrente subjetivista do tema em tela, ao prescrever (2008, p. 22):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Em contrapartida, a lei prevê que, certas pessoas, em determinadas ocasiões, devem reparar o dano mesmo que não tenha existido a culpa. Nesse caso estar-se-á ante um caso de responsabilidade “objetiva”, que dispensa a comprovação de dolo ou culpa, satisfazendo-se tão somente com a presença do dano e o seu respectivo nexo de causalidade.

No campo da responsabilidade civil, não é obrigatória a comprovação da culpa do agente para que este seja obrigado a reparar o dano. A lei a presume em certos casos. Noutros, nem tal presunção se faz necessária, vez que tal espécie de responsabilidade se edifica no risco. Nestes casos, inverte-se o ônus da prova.

O comentário de Gonçalves, nessa vertente, ensina que “na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano” (2008, p. 23).

Existem teorias que buscam justificar a responsabilidade objetiva, dentre elas, está a teoria do risco, para a qual, todo humano que pratica uma atividade gera um risco de dano para terceiros. Por isso, defende a declinada teoria, que aquele estaria obrigado a reparar o prejuízo independente de ter incorrido em culpa. Nesse mister, segundo a supracitada corrente teórica, isto se dá face ao “risco-proveito”, segundo o qual, se o agente cometeu o ilícito, o fez porque almejava um benefício para si, logo, está compelido a reparar o dano.

O Código Civil brasileiro vigente é adepto da teoria “subjéitiva”, conforme se verifica no seu art. 186, que assentou culpa e dolo como fundamentos de reparação do prejuízo. Porém, o legislador também elencou dispositivos de natureza objetiva no que concerne ao tema da responsabilidade civil, como por exemplo, no caso dos art. 936, 937 e 938; também anteviu no caso do parágrafo único do art. 927, que versa sobre a obrigação de reparar o dano, mesmo sem ter havido culpa, nos casos que a lei especificar, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador da lesão ocasionar, por sua essência, risco para os direitos de outrem.

Registre-se, por oportuno, que a responsabilidade objetiva não substitui a subjéitiva. O que deve preponderar no terreno da responsabilidade civil é a idéia de culpa, mas, quando está for insuficiente, o legislador deve ceder o devido espaço à teoria objetiva para não tolher as imposições do progresso.

A sintética explanação acima feita foi ratificada por Miguel Reale, quando da elaboração da Lei n. 634-B/75, que veio a se transformar no atual Código Civil brasileiro, a saber, (apud, GONÇALVES, 2008, p. 25):

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental

### 3.1.2 Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual

Concernente ao fato gerador, a responsabilidade civil pode ser repartida em contratual ou extracontratual.

A primeira decorre de obrigações advindas pela celebração de um contrato, ou melhor, de um descumprimento de alguma das cláusulas havidas em determinada avença. Nada mais é, do que a responsabilização imputada a algum dos contraentes que não respeitou uma norma previamente contida num contrato, ou mesmo da mora quando da sua execução, gerando com isso, prejuízo ao outro membro do pacto. Excepcionalmente, porém, poderá a parte que descumpriu o contrato, suscitar a carga da força maior ou do caso fortuito.

É possível estipular, nesta espécie de responsabilidade, a cláusula de redução ou mesmo de exclusão do dever de indenizar, todavia, essa declaração não pode ferir a ordem pública e os bons costumes.

Diniz, ensinando sobre a natureza secundária (no sentido de decorrer de outra) da responsabilidade contratual, explica que “a responsabilidade contratual é o resultado de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação. P. ex.: o inquilino que deixa de pagar o aluguel [...]” (2007, p. 127).

A primeira obrigação é aquela que fora pactuada na própria celebração do contrato, e tem raiz na vontade das partes contraentes. O ônus da prova nesta espécie de responsabilidade é invertido, em sendo assim, fica a cargo do devedor mostrar que não teve culpa no descumprimento do acordo ou mesmo apresentar uma causa que exclua o seu dever de oferecer indenização.

O pátrio ordenamento jurídico elenca em ambiente específico do Código Civil, a previsão desta matéria, a saber, os art. 389 e s. e 395 e s.

Em relação à responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, em decorrência da Lei Aquília, o sistema jurídico o prevê nos art. 186 a 188 e 927 e s., todos do atual Diploma Civil.



Esta espécie de responsabilidade civil baseia-se, primordialmente, na existência da culpa do agente do dano. Ela é aquela em que se faz mister para que haja a reparação do dito prejuízo, que a vítima comprove que o agente do delito incorreu em alguma modalidade de culpa.

A responsabilidade aquiliana remonta desde os mais primitivos arcabouços jurídicos. Foi a primeira forma com a qual deveria se buscar o reparo de algum alegado dano. A citação de Caio Mário da Silva Pereira faz menção à origem de tal instituto, a saber, (Apud, GAGLIANO E PAMPLONA, 2008, p. 18):

Onde se realiza a maior revolução nos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil é com a *Lex Aquilia*, de data incerta, mas que se prende aos tempos da República (Leonardo Colombo, *Culpa Aquiliana*, p. 107). Tão grande revolução que ela se prende a denominação de aquiliana para designar-se a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Foi um marco tão acentuado, que a ela se atribui a origem do elemento “culpa”, como fundamental na reparação do dano.

A responsabilidade extracontratual independe de qualquer tipo de relação anterior entre a vítima e o agente do dano, decorre, precipuamente, do dever de não causar prejuízos a outrem. Nesse sentido, esclarecem Gagliano e Pamplona (2008. p. 18):

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

É por tal motivo que a responsabilidade aquiliana deve ser provada pela vítima, enquanto na outra espécie, a contratual, ela é, em regra, presumida, restando à vítima comprovar tão somente que determinada obrigação não foi cumprida, cabendo ao agente demonstrar que não incorreu em culpa ou que algo o exime da responsabilidade, como a quebra no liame de causalidade.

Ressalte-se, por fim, que a bipartição que se faz entre as duas espécies de responsabilidade ora ventiladas tem por escopo apenas tornar o estudo da matéria mais didático, não sendo dotada, portanto, de cunho científico.

### 3.1.3 Responsabilidade Direta e Responsabilidade Indireta

Relativamente ao agente que pratica o ato, a responsabilidade civil pode ser classificada de acordo com as duas espécies supra.

Responsabilidade direta, como o nome sugere, é aquela em que se confundem a pessoa do autor e a do responsável pela ação. Em outros dizeres, responde o autor por atos praticados por ele próprio, fundado na máxima que cada um responde pela sua própria culpa - *unuscuque sua culpa nocet*.

Em sentido contrário, está erigida a espécie indireta da responsabilidade civil. Esta se promana de ato de terceiro, vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda, conforme ensina Diniz (2007, p. 128).

Na responsabilidade indireta a pessoa que responderá pelo dano não será a mesma que o cometeu. Tal pessoa terá de reparar o prejuízo causado por outrem, porque tinha com esse algum liame jurídico de responsabilidade que a obriga a fazê-lo.

## 3.2 REQUISITOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A tarefa de decantar os pressupostos da responsabilidade civil não é, como em princípio se pensa, tão fácil. Existe uma nuvem de imprecisão quando da ocupação de apontá-los. Certos doutrinadores apontam uns, diversos estudiosos elencam outras pressuposições como imprescindíveis à configuração da matéria. Contudo, deve-se seguir o que a superioridade dos pensadores jurídicos assinala como os citados requisitos, tornando, inclusive o trabalho mais didático e conciso.

A saber, a maioria da doutrina pondera que tais requisitos são: ação ou omissão do agente causador do dano, culpa ou dolo do praticante do prejuízo, relação de causalidade entre a conduta e o dano experimentado e, por fim, o dano sofrido pela vítima. Abaixo, serão devidamente destrinchados um a um.

### 3.2.1 Ação ou omissão do agente

Refere-se a lei, *a priori*, à pessoa indeterminada que, por ação ou omissão, cause dano a outrem. Porém, a responsabilidade não decorre somente de ato próprio. Pode também ser resultado de ato de terceiro que esteja sob a tutela do agente, e ainda de prejuízos ocasionados por animais ou coisas que pertençam a ele.

“O elemento objetivo da culpa é o dever violado”, ensina Gonçalves. Beviláqua ressalta o elemento objetivo da mesma, ao dizer que “culpa, em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico”. Marton, pelas palavras de Gonçalves, diz que a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte de responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta (*Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, n. 84, p. 84).

A natureza do dever jurídico cuja violação induz culpa, pode variar, de acordo com o vínculo que tem cada relação. Em matéria contratual ela encontra substância no dever de respeitar o pactuado no contrato. Na seara extracontratual, incide no devido respeito à lei ou preceito. Pode, ainda, derivar do dever genérico de não contundir a ninguém, dever este previsto, de forma implícita, pelo art. 186 do Diploma Civil.

A ação humana pode se efetivar pela prática de determinado ato, ou pela omissão ante o mesmo. O ato comissivo é aquele em que o agente, de fato, pratica, perpetra determinada ação, que em sede de responsabilidade civil, carece de reparação. Noutra sentido é a conduta omissiva. Nesta, o agente se escusa, se furta de praticar determinado ato que deveria fazê-lo.

Evidencie-se um aspecto de extrema relevância no estudo da conduta comissiva ou omissiva do agente infrator: o fator voluntariedade. E merece tamanha atenção devido ao fato de que, como assevera a doutrina, ser cogente ao instituto em análise. Para que seja responsabilizado, o agente deve ter tido a necessária percepção da ilicitude da ação (ou omissão) que estava a praticar.

Importante ainda é relembrar o que acima já fora dito. Que a responsabilidade pode derivar de ato próprio (art. 186 do Código Civil), como também pode decorrer de ato de terceiro sob a responsabilidade do sujeito que deverá reparar o dano cometido (art. 932 do mesmo Diploma Civil). Ademais, pode ainda ser responsabilizado por prejuízo praticado por

animal sob sua tutela (art. 936, CC) e, ainda, por alguma coisa que esteja sob sua responsabilidade, conforme prescreve o art. 937 do Código Civil de 2002.

Isto posto, verifica-se que, em regra, a responsabilidade sempre é acompanhada pela ilicitude da conduta humana, ou melhor, a responsabilidade só ganha vida quando antes dela se apresenta a ilicitude. Lembre-se, porém, a ressalva feita, vez que o dever de indenizar também pode ocorrer tão somente pela imposição legal, sem o cometimento de um ilícito.

### 3.2.2 Culpa do agente

Como citado acima, esse requisito é comumente enumerado como o segundo dos quatro mais apontados como indispensáveis à responsabilidade civil. Apesar de ser de fácil compreensão na vida cotidiana e no caso concreto, o conceito de culpa, no mundo jurídico, é bastante amplo. Ainda na projeção mais ampla, Venosa classifica culpa como sendo “a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”.

Em se tratando de culpabilidade no terreno civil, a idéia abarca o dolo e a culpa. Esses dois aspectos, não se confundem. Existe uma gritante diferença entre uma conduta dotada de intenção para se chegar a determinado resultado e naquela que se deu por imperícia, imprudência ou negligência. Porém, em se tratando de indenização, os reflexos são análogos.

Portanto, via de regra, para que a vítima perceba a indenização decorrente de um ato nocivo praticado pelo agente infrator, ela deverá comprovar que este incorreu em culpa. Entretanto, pode haver a reparação do prejuízo sem que se faça necessária a incidência em culpa. Nosso ordenamento é afiliado do sistema de comprovação de culpa, mas, em casos excepcionais, admitem o dever de reparação mesmo sem a presença da mesma.

Existe, por parte da doutrina, uma tripartição no que tange ao grau da culpa: grave, leve e levíssima. Nesse sentido, afirma Venosa (2004, p. 30):

A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo [...] A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter.

Também há uma divisão doutrinária que prescreve a existência de culpa *in eligendo*, oriunda da má escolha do que faz às vezes do responsável; Culpa *in vigilando*, a qual se dá pela falta de fiscalização, por quem devia, dos seus subordinados; Culpa *in comittendo*, que caracteriza-se por ato de caráter prático do agente; Culpa *in omittendo*, que dá-se pela omissão daquele que deveria impedir determinado resultado.

Ademais, ainda são lembradas as culpa *in concreto*, observada na prática específica sob apreciação, e a culpa *in abstracto*, aquele comportamento de transgressão avaliada pelo molde do cidadão mediano.

Entretanto, trouxe-se à baila tais conceitos e definições doutrinárias, apenas para efeito de registro, vez que, em sede de indenização civil, a gravidade ou a espécie de cada culpa só terá lugar quando do arbitramento do *quantum* indenizatório fixado pelo juiz. Mas o dever de indenizar estará sempre presente, independe da natureza ou dimensão da culpa.

### 3.2.3 Relação de Causalidade

A responsabilidade civil só efetiva-se quando existe relação entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima. Em outras palavras, nexu causal é o vínculo (jurídico) que acorrenta o causador do delito ao seu respectivo produto, sendo, em simples palavras, a via de duas mãos que surge quando da prática de uma conduta lesiva e o seu conseqüente resultado. Venosa, nessa mesma diretriz, afirma que “é por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano” (2004, p. 45).

Merece lembrança a colocação de Serpa Lopes, que salienta, porém, o aspecto mais complexo do nexu de causalidade, a saber (Apud, GAGLIANO E PAMPLONA, 2008, p. 85):

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexu causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldades. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

O tema ora estudado, como evidenciou-se nos dizeres do doutrinador Lopes, carece de maior cuidado quando da sua averiguação e respectiva imputação. Isto porque, existem situações em que o agente causador se eximirá da responsabilidade de reparar, mesmo que comprovado o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado à vítima, como ocorre, por exemplo, quando há a culpa exclusiva da vítima.

Tarefa de difícil comprovação, em sede de nexo de causalidade, é a que concerne à prova. Árdua também é a de demonstrar que aquela determinada conduta foi, de fato, a causadora do prejuízo tolerado pela vítima.

Porém, em determinadas situações, o agente estará desobrigado a arcar com o reparo de determinado dano. Assim o é, por força das causas excludentes da responsabilidade, quais sejam:

- 1) Culpa exclusiva da vítima, quando é quebrado o nexo de causalidade por força de certa conduta perpetrada por esta. Em sendo assim, o agente que praticou o procedimento primeiro, fica alforriado de reparar o dano.
- 2) Culpa concorrente da vítima, quando ambos – agente e vítima – concorrem para que o resultado aconteça. Dessa forma, a reparação deve ser considerada em consonância com a conduta do causador do prejuízo
- 3) O fato de terceiro, conduta praticada por um alheio a primeira relação – vítima e suposto autor – que exime aquele que foi apontado como causador da obrigação de reparar, devendo o terceiro realmente responsável, arcar com o prejuízo.
- 4) Caso fortuito e força maior. Fatores inevitáveis que eximem qualquer pessoa pela ocorrência de danos, tendo em vista que estes adviriam independente da qualificação técnica do suposto agente. É um fator que, como dito, não se pode evitar, e também onde ninguém incorreu em culpa para que o dano imperasse.
- 5) Cláusula de não indenizar – matéria de cunho contratual -, que tem existência quando numa estipulação contratual uma das partes se exime de reparar certo prejuízo que possa vir a ocorrer, com a anuência da outra. É um caso no qual o

nexo não deixa de existir, mas perde sua exigibilidade por força da prévia avença dos contraentes.

Outrossim, ainda existe previsão legal e doutrinária no que tange a outras excludentes de responsabilidade, porém, no campo do direito penal. São as chamadas excludentes de ilicitude ou antijuricidade. Nesse rol está contida a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido e o estado de necessidade. Qualquer ação acobertada pelo manto de um desses institutos retira do ombro do autor o dever de reparação.

#### **3.2.4 Dano sofrido pela vítima**

Se não existisse dano, certamente não existiria, por consequência, a responsabilidade civil. O cerne da relação conflituosa entre autor e vítima é exatamente o dano que aquele trouxe a esta. Por isso que, independentemente da espécie de responsabilidade, o dano é parte indispensável à configuração da reparação. Como ensina Venosa, “na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo” (2004, p. 33).

Gagliano e Pamplona, em obra que trata sobre a responsabilidade civil, fazem uso das palavras de Cavalieri Filho acerca desse pressuposto da responsabilidade civil, em todos os seus termos (apud, GAGLIANO E PAMPLONA, 2008, p. 36):

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Nos ensinamentos dos civilistas acima citados, nota-se a imprescindibilidade do dano, restando cristalino que sem outro elemento da responsabilidade ela pode até subsistir, mas nunca existirá se não houver dano.

Dano, pois, é toda lesão a direito a um direito jurídico protegido, de cunho patrimonial ou não, decorrido de uma conduta comissiva ou omissiva do agente infrator. A

partir desta definição, esclarece-se que o prejuízo também pode se fundar somente em torno de bens extrapatrimoniais, o que ocorre, por exemplo, com o dano moral.

Portanto, o dano, na verdade, é experimentado pela pessoa da vítima. Quer seja sob o seu aspecto patrimonial, financeiro, quer pelo desrespeito aos seus valores, princípios, imagem e etc. Ele também não deve ser ressarcido porque interessa à pessoa que experimentou seu maléfico resultado. Deve ser reparado para que a sociedade note que ações agressivas contra o patrimônio (moral ou material) de qualquer um de seus membros, haverá de ser ressarcido pelo infrator, espontaneamente ou por imposição do Estado-juiz.

Alguns danos, porém, não podem ser revertidos. Neste caso, deverá o magistrado obrigar o agente do ato ilícito a reparar o dano na medida em que achar conveniente, de forma que a dita reparação seja sempre proporcional ao prejuízo agüentado pela vítima, em valor pecuniário. Trata-se de reparação para a vítima, e de sanção para o agressor.

Para que o dano seja configurado, alguns elementos são imprescindíveis, tais quais: a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou não contra uma pessoa física ou jurídica – para haver reparação, obviamente, precisa haver o dano. Lembre-se que a Constituição Federal e o Código Civil de 2002 previram a reparação por dano moral; b) certeza do dano – somente o dano concreto, certo, com efeitos práticos, é indenizável. Nunca o será um dano abstrato ou hipotético. c) subsistência do dano – uma vez reparado o dano, ele não poderá mais ser alvo de outro pedido de reparação. A obrigação já terá restado satisfeita. São, segundo Gagliano e Pamplona, os elementos principais da configuração do dano (2008).

No campo do dano material existe ainda um subdivisão acerca do elemento dano, a saber: a) o dano emergente – aquele dano observado e experimentado pela vítima no momento da ação ou omissão do agente; e b) lucro cessante – aquele prejuízo que a vítima suportará devido ao dano causado a ela, em simplórios termos, é o que a vítima deixará de perceber.

Ainda merece explanação, o cerne da distinção entre dano material e moral. Naquele, o objeto que padeceu é passível de uma precisão, de uma mensuração de caráter econômico. Ao passo que no último, o bem jurídico que foi lesado é subjetivo, logo inerente e, por que não dizer, diferente em cada pessoa. Valores éticos e morais apuradíssimos em uns, podem ser desprezados por outros, daí emana a necessidade de muita cautela por parte do magistrado, quando do arbítrio de valores compensatórios nessa matéria.



#### 4- CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Após a apresentação dos elementos indispensáveis ao necessário entendimento da matéria responsabilidade civil, enquanto gênero, faz-se oportuno, então, adentrar-se no assunto cerne do estudo ora apresentado, qual seja, a responsabilidade civil ante à cirurgia plástica.

Daqui em diante, serão destacados os conceitos médicos acerca do tema cirurgia plástica, como por exemplo, a diferenciação entre cirurgia estética e reparadora; o tipo de obrigação que pesa sobre os ombros do cirurgião, se de meio ou resultado; o posicionamento dos tribunais brasileiros frente a questões relativas às demandas contra os cirurgiões; o julgamento de tais demandas na realidade de outras legislações; gráficos que apontam o aumento na procura por cirurgias plásticas e, o conseqüente acréscimo no número de litígios contra os médicos de tal ramo da medicina.

##### 4.1- A MEDICINA

Desde as mais antigas épocas, as civilizações depositavam nas mãos de uns poucos homens, treinados na arte de curar, todas as esperanças de entender e decifrar os mistérios da vida e da morte, livrando as pessoas dos males que afligiam a humanidade.

Na Grécia do século II d. C., Galeno, tal qual seu antecessor Hipócrates, considerado pai da medicina, tinham que conhecer a estrutura do corpo humano de forma limitada, tendo em vista que àquela época, era inconcebível a idéia de manipulação mais aprofundada do cadáver humano, tida como sacrilégio, o que dificultava demasiadamente o trabalho de aprofundamento do estudo do corpo humano, e suas conseqüentes descobertas.

Somente após a Idade Média e, passada a fase de intangibilidade do uso do corpo humano para estudo, foi que se fez possível a dissecação dos cadáveres, fato que permitiu um verdadeiro salto no que tange ao estudo da anatomia humana. Com isso, abriu-se uma imensa oportunidade de apreciação e descoberta de inúmeras moléstias que até então eram desconhecidas, aumentando assim a chance de cura das mesmas e tornando também crescente as condições de vitória da vida sobre a morte. Os bruxos, curandeiros e mágicos deram lugar

aos médicos e, em sendo assim, a medicina ganhou seu lugar de arte e ciência que cura e reabilita os doentes.

Todavia, os comportamentos médicos e o que se espera dos ditos profissionais, remontam de datas muito mais ancestrais. Hamurábi (1792-1750 a.C.) prescreveu em seu Código, regulamentando, entre outras coisas, a postura do médico, seus deveres, direitos, penalidades e recompensas. No Oriente, a história médica teve início com Huang Ti (2650 a.C.). Entre estes e tantos outros legados médicos, existe um ponto de interseção: o dever de cuidado que o médico deve dispensar a seu paciente. Prova disso, são os aforismos atribuídos aos babilônicos, hindus, chineses e gregos, trazidos por Luz, Oliveira Neto e Thomaz, em sua obra “O Ato Médico”, a saber (2002, prefácio):

“...dia e noite tu deves esforçar-te para o alívio dos pacientes...” (hindu).  
 “...tu não deves desamparar ou ferir teu paciente...” (hindu).  
 “...deves ajudar ou, pelo menos, não causar nenhum mal...” (grego).  
 “...empenhar-se para aliviar o sofrimento de todas as classes...” (chinês)

Nos idos da Grécia antiga e naquelas outras civilizações citadas acima, o ofício médico muitas vezes era tido como um dom divino ou obra sobrenatural, vez que, com as limitações científicas existentes na época, atribuía-se a obra da cura a uma força maior, fato que foi paulatinamente desmistificado quando do surgimento de estudos mais aprofundados.

As revoluções experimentadas em, praticamente, todas as áreas do conhecimento, também geraram reflexos na seara médica. O aumento na jornada e no número de acidentes de trabalho, a vida mais sedentária, os novos produtos alimentícios ofertados ao público consumidor, o avanço no uso de drogas e, potencializando tudo isso, a diminuição das distâncias e o maior acesso a ditas inovações, fazem com que a demanda por intervenções médicas cresça de forma exponencial.

Por força dos motivos supra declinados é que, atualmente, o conceito de saúde não se limita somente ao corpo físico, material, palpável. Igualmente tem abrigo no conceito de saúde, aquilo que diz respeito ao caráter psicológico, ao bem estar psíquico do paciente. Reflexo disso foi a nova conceituação dada ao termo “saúde” pela Organização Mundial de Saúde, a saber: “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade” (Wikipédia, 2009).

Assim, percebe-se que hoje a medicina não é mais aquela dos tempos Hipocráticos, haja vista que novos ingredientes foram trazidos ao contexto da sociedade

contemporânea. Porém, a função médica precípua ainda continua a mesma, qual seja, a de salvar vidas, usando para tanto o caráter preventivo ou mesmo o curativo.

Com as alterações ocorridas nas relações sociais, em sentido amplo, foi realizado um fracionamento na ciência médica, no sentido de se subdividir os mais diversos ramos da medicina e se criar profissionais habilitados a tratar, com maior perícia, de cada área. É assim que ocorre com a parte da cirurgia plástica, que é de extrema importância e aplicação nos dias atuais e, será melhor analisada no tópico seguinte.

#### 4.2- A CIRURGIA PLÁSTICA

Os conhecimentos relacionados a esse ramo da medicina não surgiram em um pequeno lapso temporal. Foi a partir de inúmeras gerações e dos estudos de incontáveis pesquisadores que ela chegou à atual fase de maturidade. Milhares de anos foram usados para que a cirurgia plástica fosse hoje esse recurso cada vez mais utilizado, pelas mais diversas idades, classes sociais, e para os mais diversos fins.

Tal seção médica é uma das mais antigas de todo o conhecimento da medicina. Relatos, que remontam a 4000 a.C., apontam que a técnica de cirurgias reparadoras já eram realizadas entre os hindus. Os egípcios também fizeram uso dessa especialidade clínica, há cerca de 2000 a.C., com o objetivo de realizar correções estéticas do corpo devido a distorções. Essa época teve uma participação tão esplêndida na cirurgia plástica, que o procedimento pertinente à reconstrução de nariz ainda é usada nos dias atuais. Dita técnica é atualmente chamada de retalho indiano.

O próprio estudioso tido como pai da medicina, Hipócrates, teve preocupação no quesito estético, pois, relatos indicam que ele prescrevia unguentos e pomadas com finalidade meramente estética.

Na obra "*De Re Medicina*" Celsus, tido como o pai da cirurgia plástica, juntou informações e ensinamentos transmitidos por povos antigos, principalmente, hindus, árabes e egípcios, à civilização grega e descreveu importantes métodos no que tange à correção de mutilações.

Já no Renascimento, devido à propagação de sífilis e lepra, bem como pelo uso de armas de fogo nos conflitos e guerras, a cirurgia teve uma grande importância, vez que fazia reparos através de procedimentos plásticos. Nessa mesma época, o costume permitia

mutilações de natureza física como forma de depuração social. Assim, os delinquentes sofriam mutilações de dedos, orelha, e etc, como forma de punição.

Na fase renascentista, os médicos que realizavam cirurgia, não tinham um adequado sistema de anestesia, fato que dificultava demasiadamente o trabalho dos ditos profissionais. Ademais, existia uma enorme barreira imposta pelas autoridades religiosas a este tipo de procedimento médico. O Período Ocidental, apesar disso tudo, ofertou uma incrível colaboração ao estudo da cirurgia plástica.

No atual Período Universal da História, os obstáculos outorgados pela religião deram espaço à possibilidade de reconstrução do corpo humano, fato que se transformou, ou melhor, que se efetivou como de interesse social.

O cirurgião e escritor Avelar, discorre sobre o século passado, no que tange à cirurgia plástica, nos seguintes termos (2000, pg. 81):

O século XX é marcado pelo grande progresso da Cirurgia Plástica, tanto pelo acúmulo de conhecimentos duramente conquistados ao longo dos tempos, como pelo galopante desenvolvimento da medicina, notadamente da Anestesia, que possibilitou o avanço de todas as especialidades cirúrgicas.

Inegável, pois, é o papel de destaque que a cirurgia plástica teve como fator de interesse social e humano. Em meio a uma sociedade cada vez mais ligada aos aspectos da moda e, ao conceito que se busca, incessantemente, de beleza ideal, os mecanismos que o citado ramo da medicina pode oferecer a tais pessoas são incontestáveis.

Não só a cirurgia como meio de embelezamento, com cunho meramente estético, é relevante na atual fase social. De igual importância, ou por que não dizer, mais importante ainda é a cirurgia com o fito de reparação. Quem pode questionar o bem que a cirurgia reparatória traz a uma vítima de queimadura? Quem teria coragem de discutir a validade de uma cirurgia de reconstrução de um membro acidentado? É por isso que hoje o ramo médico cirúrgico merece tantos aplausos da sociedade como um todo, mesmo daqueles que ainda não fizeram uso das suas benéficas técnicas.

O anexo do presente estudo vem ilustrar, através de números, tudo que cerca a cirurgia plástica hoje no Brasil. Mostra o aumento da procura por intervenções cirúrgicas (reparadoras e estéticas), o objetivo de tais procedimentos, bem como outros assuntos pertinentes ao tema.

No próximo ponto do trabalho, serão expostas as diferenças dos dois ramos da cirurgia plástica: a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética. Tal diferenciação será de extrema importância para o prosseguimento do estudo, haja vista que existem posicionamentos diversos por parte da doutrina e até mesmo do ordenamento jurídico, dependendo do fim para o qual se dá a intervenção cirúrgica.

#### **4.2.1- Cirurgia Plástica Reparadora e Cirurgia Plástica Estética**

De fundamental importância no estudo da cirurgia plástica é a distinção que deve ser feita entre suas duas espécies, a reparadora e a estética. Imprescindível faz-se tal diferenciação, porque o próprio ordenamento jurídico brasileiro trata de forma diferente os ditos ramos cirúrgicos. Há parte da doutrina que também tem posicionamento diverso quando o assunto é a finalidade da cirurgia plástica.

Antes de adentrar-se no assunto propriamente dito, relevante é, portanto, o conceito daquilo que vem a ser “plástico”, segundo o minidicionário Aurélio (2001, p. 539): “[...] Diz-se a cirurgia que visa a modificar, embelezando ou reconstruindo, uma parte externa do corpo humano. Que tem características de beleza e harmonia”.

Cirurgia plástica reparadora, pois, é aquela que tem por objetivo a reconstrução, o reparo, o conserto de algum órgão que necessite de tal intervenção médica. Não se busca através desta espécie de cirurgia plástica o fim eminentemente estético. Este pode até advir com o procedimento dispensado, mas não é o seu objetivo precípua. Nesse sentido, Gomes, Drumond e França, prescrevem, acerca do ramo reparador da cirurgia plástica, que “não tem sentido primário de embelezar, mas de aproximar o operado o máximo possível da normalidade ou do que era antes” (2002, p.74).

Já a cirurgia plástica estética é aquela que tem o fito de aprimorar algo que já era saudável no corpo do seu paciente. Versa sobre modificações no corpo de paciente com o fim de embelezamento. Tem a finalidade de aperfeiçoar algo que, segundo o paciente, merecia uma melhoria, sem, contudo, ter um aspecto realmente terapêutico. Assim o é, porque se trata de uma intervenção cirúrgica em determinado órgão sobre o qual não recaia nenhuma espécie de enfermidade. Fisiologicamente, o elemento a ser objeto neste tipo de cirurgia estava em perfeito estado de funcionamento, por assim dizer.

Pela função primeira de ser reconstrutora e não meramente embelezadora é que a maioria da doutrina aponta que no ramo clínico da cirurgia reparadora, a obrigação à qual o médico está ligado é de meio, e não de resultado. Diferente posicionamento predomina no que tange à cirurgia plástica estética, pois, segundo alguns, o fim para o qual ela se presta, enseja uma obrigação de resultado ao médico que a pratica. Tal ponto de discussão será traçado no próximo subtópico, espaço reservado para a definição acerca da natureza das obrigações positivas, bem como algumas previsões legais que versam sobre o assunto.

#### 4.2.2- Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado

A presente distinção é de aclamada aplicação no exercício de muitos profissionais e seus respectivos atos laborais, pois a partir de tal diferenciação, saberão eles a espécie de obrigação positiva à qual estão ligados. Caso clássico de profissional que depende desta bipartição é o do cirurgião plástico.

Pode-se conceituar a obrigação de meio, como aquela na qual o profissional não se prende a um fim específico e determinado. O que é previsto pelo contrato é tão somente, que a parte devedora realize certa atividade, sem, contudo, garantir que ela venha a ser alcançada. O contratado deve agir com responsabilidade, atenção, cuidado, fazer uso dos meios adequados, ter conhecimentos técnicos para a prática de tal ato, mas, lembre-se, que não garante o resultado final. Conforme as colocações de Gomes, Drumond e França (2002, p. 74):

[...] existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se cumprindo – e inexistindo a culpa do devedor -, não há o que se cobrar. A obrigação de diligência é uma obrigação geral que serve de fundamento a todos os contratos.

Ao passo que a obrigação de resultado é aquela na qual o devedor se obriga a um fim específico, garantindo o resultado ao final do seu proceder. Se porventura o contratado não conseguir chegar ao resultado esperado, ele não terá adimplido o objetivo da obrigação.

Por tal espécie de compromisso, a parte devedora, deverá, obrigatoriamente, chegar ao resultado avençado, a despeito de qualquer fato que tenha vindo a ocorrer.

Os dizeres de Gomes, Drumond e França, ilustram o discorrido acima: “na obrigação determinada ou de resultado a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume por não satisfazer a obrigação que prometeu” (2002, p. 74).

Trazendo as espécies de obrigação em análise neste subtópico, para o terreno da cirurgia plástica, verifica-se que são igualmente distintos os tratamentos legais e doutrinários dispensados a elas. Quanto à cirurgia reparadora, Gomes, Drumond e França, tecem um comentário seguindo o que defende a maioria dos doutrinadores brasileiros (2002, p. 76):

[...] que a operação plástica em tais modalidades, como vem-se aplicando hodiernamente no conjunto das ações em que pese a relevância que se dê a modalidade de obrigação, não pode construir um contrato de resultado, mas de meios ou de diligência, embora em casos de manifesta negligência ou imprudência venha-se a ampliar a sua responsabilidade quanto aos métodos utilizados ou à técnica escolhida

Já no que versa sobre a cirurgia estética, o posicionamento da superioridade da doutrina pátria, é descrito nas palavras dos mesmos doutrinadores acima citados, nos seguintes termos: “Na cirurgia puramente estética o cirurgião tem obrigações de resultado e não de meios, e o profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado almejado e, se não tiver condições de consegui-lo, não deve realizar a cirurgia” (2002, p. 76):

Esse é o cerne da discussão do trabalho, deixando, pois, maiores discussão para o momento oportuno momento, qual seja, o do posicionamento do autor quanto ao tema.

#### 4.3- ERRO MÉDICO

Toda e qualquer conduta profissional está ladeada pelo voraz e, por vezes, silencioso erro. Assim o é quando pensamos no advogado que perdeu um prazo ou interpôs o recurso indevido, o motorista que realiza alguma manobra indevida, o professor ao ensinar algo em desacordo com a verdade científica. É também o que ocorre com o profissional da

área de saúde, contudo, pelo bem jurídico que serve de instrumento de trabalho deste, o seu desacerto acarreta reflexos bem mais prejudiciais e que ganham maior projeção social.

O objetivo do médico, pois, é o mesmo do paciente. Ambos visam o mesmo fim, qual seja, a cura do mal, a ausência de sintomas. As semelhanças, porém, param por aí. O conhecimento científico daquele, o mostra determinadas limitações incompreendidas por este. É daí que, muitas vezes, surgem questionamentos acerca da conduta médica ante a certo proceder, que aparentemente foi dotado de erro pelo profissional da saúde.

É oportuno, pois, conceituar-se o que vem a ser acerto e erro, segundo a doutrina que versa sobre a questão. Acerto é, segundo Moraes, “o resultado da conduta correta, que conduz ao objetivo visado, permitindo que se alcance o que foi proposto [...]” (2003, p. 425).

Prossegue o mesmo autor, afirmando que para que seja analisado adequadamente o aspecto do erro, faz-se mister analisá-lo sob os seus diversos prismas: do paciente e sua família, do médico e da classe médica, bem como da imprensa e da comunidade. Porém, lembra o doutrinador que, para a responsabilização do autor, o que vale é o prisma da justiça (MORAES, 2003, p. 425).

Pelo prisma da justiça, Moraes aponta que (2003, p. 426):

[...] É preciso que estejam presentes, para que se caracterize o erro médico: 1. O dano ao doente; 2. a ação do médico; 3. o nexó efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. uma ou mais das três citadas falhas – imperícia, imprudência e negligência. A falta de qualquer desses itens discriminados descaracteriza o erro médico.

O que é alegado pelo paciente como erro médico, nem sempre condiz com a verdade real. Saliente-se que a relação médico-paciente é recíproca, ou seja, o bom andamento da intervenção clínica não depende somente do profissional da saúde. Ele, por ter o conhecimento científico da matéria, é quem chefia, por assim dizer, a citada relação. Contudo, o proceder do paciente antes, durante e depois do dado procedimento é de indubitável importância.

O médico, decerto, deve agir com toda diligência e perícia que sua profissão exige, no entanto, se não houver a contribuição do paciente, restará infrutífera qualquer expectativa de cura ou de satisfação por parte do procedimento clínico.

No que tange às possíveis demandas judiciais intentadas contra os cirurgiões – bem como todo profissional médico –, devem os magistrados ter a necessária cautela quando



dos seus julgamentos, vez que, nem todo resultado diverso do planejado no início da relação médico-paciente, decorre de erro na conduta médica. Por vezes, existem fatores alheios à vontade do clínico, como também participação do paciente para que o fim colimado não seja obtido. Moraes sintetiza o necessário cuidado que os julgadores devem dispensar ao tema, na seguinte colocação: “no campo do erro médico, a verdade tem três aspectos: o do paciente, o do médico e como realmente é. O juiz tem que encontrar o ponto justo da questão” (2003, p. 426).

Veloso França, encerrando o assunto, define o erro médico da seguinte forma (apud, LUZ, OLIVEIRA NETO E THOMAZ, 2002, p. 136):

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

O mesmo doutrinador acima citado faz referência a assuntos ligados ao tema, como o acidente imprevisível e o resultado incontrolável, porém, pela organização estrutural do trabalho, tais assuntos só serão abordados adiante.

#### 4.4. A CIRURGIA PLÁSTICA E O DEVER DE INDENIZAR

Não só no ramo da cirurgia plástica (estética ou reparadora), como em diversos outros setores médicos, o profissional irá se deparar com pleitos judiciais requerendo uma reparação. No terreno da cirurgia plástica, evidencia-se uma demanda, talvez, maior do que todos os demais setores médicos. Os números dos tribunais brasileiros apontam para uma torrente de ações contra os médicos cirurgiões plásticos, principalmente, em desfavor dos que executam a cirurgia estética.

É necessário, todavia, que as cortes brasileiras estejam atentas para as ditas demandas, tendo em vista que grande parte das pretendidas indenizações são indevidas. Nesse

espaço do trabalho, serão apresentados os elementos que rodeiam o dever de indenizar ante o exercício da cirurgia plástica.

#### 4.4.1- Dano Moral

Este ponto de grande debate no estudo da responsabilidade civil já foi tratado em laudas passadas do presente trabalho. Porém, como se ventilou novamente questões relativas à indenização, não se pode furtar de mais comentários sobre o assunto.

A previsão desta espécie de dano já era bastante aceita pela doutrina anterior à Constituição Federal de 1988. Entretanto, com o advento da sua prescrição pela Magna Carta vigente, ganhou dimensão considerável na vida jurídica brasileira.

O dano é um dos requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil. Sofre dano, aquele que suporta alguma sorte de prejuízo. Em sede de dano moral, o bem juridicamente lesado é a honra, a moral, o nome, a reputação da vítima. Logo, aquele que perpetra ato que venha a ferir um desses elementos subjetivos, estará obrigado a indenizar quem suportou tal ofensa.

Venosa conceitua: “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima” (2004, p. 39).

Por ter caráter eminentemente subjetivo, tal espécie de dano é de difícil mensuração. Venosa, explica que deve ser levado em consideração o critério do homem mediano para o arbitramento do valor a ser pago na indenização (2004). No mesmo prisma, Cavalieri Filho protesta:

Do ponto de vista estrito, o dano imaterial, isto é, não patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque é incomensurável. A condenação em dinheiro é mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação do que uma reparação” (apud, VENOSA, 2004, p. 41).

Não é qualquer dissabor experimentado no trato social que dará ensejo a uma indenização por dano moral. Do contrário, tornar-se-ia impossível a vida em sociedade, porque tudo seria apontado como ofensa, visando uma reparação de natureza pecuniária. O

que tem que ser demonstrado quando da alegação de dano moral, é que determinada prática imprimida pelo agente, causou um grave abalo psíquico à vítima.

No que tange ao causador do dano, existe um cunho punitivo, repressor, pedagógico, quando da aplicação da indenização pelo dito prejuízo moral. Assim o é, porque o legislador tenta fulminar tais práticas desrespeitosas, impondo um decréscimo no patrimônio material do agente, com o escopo de evitar possíveis novas atitudes dessa índole.

Quanto à possibilidade de cumulação dos danos moral e estético, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão proferido pelo Desembargador Benini Cabral, em 21- 10- 93, a seguir transcrito em todo o seu teor (apud, VENOSA, 2004, p. 43):

Indenização – Responsabilidade Civil – Amputação decorrente de desabamento de muro erigido sem as cautelas legais – Danos estético e moral - Possibilidade de cumulação indenizatória. O sofrimento, a dor moral, leva a uma cobertura patrimonial concernente. O dano estético cobre a ofensa ao natural, na imagem pessoal, o aleijão que acompanha a vítima.

A relação médico-paciente em sede de cirurgia plástica estética é dotada de caráter contratual. Em sendo assim, o cirurgião não terá cumprido a obrigação se não chegar ao objetivo para o qual fora contratado, pelo que pode ser cobrado em sede de dano moral. Mais respaldo jurídico ainda terá o paciente que tiver experimentado um dano moral devido à conduta do clínico, por exemplo, se da conduta do cirurgião resultar um dano estético à vítima. O art. 949 do Código Civil pátrio permite que se ventile também questões referentes ao dano moral na natureza reparatória por prejuízo causado a integridade física ou à saúde da vítima.

#### **4.4.2- Dano Material**

Dano material ou patrimonial pode ser definido como aquele em que há um decréscimo no patrimônio da vítima, suscetível de avaliação pecuniária, ocorrido devido à conduta delituosa do agente.

Tal restituição pelo prejuízo causado à vítima pode se dar de duas formas, a forma direta, pela qual o causador do dano restitui o objeto através de sua restauração ao estado

anterior; ou por meio da restituição indireta, mediante o pagamento de uma quantia em pecúnia.

O termo material, porém, não se restringe tão somente às questões de ordem patrimonial (no sentido de bens passíveis de avaliação financeira). Podem ser objetos de dano material, questões que envolvam direitos personalíssimos, como por exemplo, a honra, a reputação, o bom nome da vítima, vez que, abalos imprimidos contra um desses bens podem trazer sérios prejuízos de natureza patrimonial à vítima.

Tratou o presente trabalho, em linhas passadas, das duas modalidades de dano material: o dano emergente e o lucro cessante. Aquele, como dito anteriormente, é o prejuízo percebido na hora do cometimento do dano. O último é aquilo que se deixou de ganhar em decorrência da atividade danosa do agente.

No terreno da cirurgia plástica, o dano material encontra abrigo na legislação brasileira, por exemplo, quando da possibilidade de pleitear indenização por perda de capacidade laboral ou morte de uma pessoa que reflete em prejuízos para seus dependentes diretos e indiretos (VENOSA, 2004). Nesse sentido, são as colocações de Pereira (apud, VENOSA, 2004, p. 37): “Em linhas gerais, pode-se concluir que é reparável o dano reflexo ou em ricochete, dès que seja certa a repercussão do dano patrimonial, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta esteja devidamente comprovada”.

O dano material, portanto, é aquele que cause um prejuízo de ordem patrimonial à vítima. Entenda-se, pois, que o dano a bens, *a priori*, não acobertados pelo manto do instituto em estudo, como a honra e etc, podem vir a ensejar ações por dano material, já que, conforme visto acima, um arranhão a algum bem de cunho personalíssimo pode acarretar graves danos materiais à vítima.

#### 4.4.3- Dano Estético

A palavra grega da qual adveio “estético” ao vernáculo pátrio, traduz “sensação”. Estética, pois, é toda atividade que verse sobre matéria concernente ao conceito de beleza. Logo, a cirurgia estética cuida de embelezar o seu paciente. Dano estético é, portanto, toda e qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, que venha a causar um “enfeimento” nesta, fato que lhe cause um imenso desgosto, grande humilhação, resultando assim, num constrangimento perpétuo (ROSÁRIO, 2002).

Na relação médico-paciente, existe, geralmente, um elo de confiança. Por isso que tal profissional deve ter tanta cautela quando do seu proceder. O dano estético recai sobre os direitos da personalidade, aqueles pelos quais a pessoa humana merece ser respeitada e protegida em todos os atos dignos de proteção jurídica, como ocorre com a privacidade e intimidade.

No que se refere à cumulação de danos moral e estético, Teresa Ancona Lopez prescreve que: “a cumulação do dano estético com o dano moral só deverá ocorrer em casos excepcionalmente graves, quando ocorrer deformações ou desfigurações que ocasionem, imediatamente, uma situação de vergonha ao lesionado e, imediatamente, sua exclusão do meio social (apud, ROSÁRIO, 2002).

Venosa também diz que dano estético é modalidade de dano moral, não devendo, pois, serem cumulados. Defende que pode ser cumulado com dano material, quando causar, por exemplo, uma diminuição na capacidade laboral. Contudo, afirma não ser possível a cumulação com dano moral, sob pena de ocorrer *bis in idem* (2004).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é semelhante ao citado acima, de acordo com o que fora divulgado pela Súmula 387, permitindo a cumulação de danos moral e estético.

Em sendo assim, toda conduta médica que cause dano estético ao paciente, pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário, para que este, como força responsável pelo julgamento de questões legais, conceda à vítima a reparação proporcional ao dano sofrido.

Lembra-se, novamente, que nem todo dano ocasionado ao paciente é de culpa do médico. Deve ser comprovada alguma modalidade culposa por parte do clínico para que a reparação seja dotada de lisura e assim, seja devida.

#### **4.4.4 Responsabilidade civil decorrente de atividade profissional – o dever indenizatório do médico cirurgião plástico**

Toda conduta que cause dano em que reste comprovada alguma modalidade culposa do seu agente - em alguns casos nem sempre é necessária demonstração de culpa -, merece reparação proporcional, por ser um princípio básico da justiça. Diferente não poderia ser a situação do médico, por ter como objeto do seu trabalho, a saúde, a integridade física e até mesmo a vida do paciente.

Na realidade do médico cirurgião plástico estético a questão indenizatória é ainda mais latente. E assim o é, porque a doutrina e a jurisprudência predominantes no ordenamento jurídico brasileiro defendem que a obrigação de tal profissional é de resultado, e não de meio, como em significativa parte dos regramentos legais estrangeiros.

Diz-se que a obrigação é de resultado porque o paciente que vai à procura do cirurgião esteta, o faz com o objetivo de obter uma correção, em outros termos, um melhoramento em algum órgão seu, sobre o qual, ressalte-se, não pesa nenhuma sorte de enfermidade. Por tal motivo, o médico não poderia piorar a situação do seu paciente. O fim para o qual se presta o dito profissional é eminentemente estético, não tendo assim, caráter terapêutico.

Além disso, os que defendem que a obrigação é de meio, salientam o cunho contratual da relação médico-paciente. De tal modo, o médico que não consiga chegar ao objetivo alvo do contrato terá inadimplido o próprio objeto da avença, qual seja, o devido resultado da cirurgia, sendo assim, necessária e justa seria a reparação em forma de indenização. Gonçalves, nesse sentido, prescreve: “Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado” (2008, p. 406).

A indenização deve abranger as despesas efetuadas com a intervenção cirúrgica, os danos morais advindos do prejuízo estético, como também verba para tratamentos e novas cirurgias (GONÇALVES, 2008). Assim tem se posicionado a maioria dos tribunais brasileiros, como exemplifica o julgado a seguir transcrito:

“Indenização – Responsabilidade civil – Operação plástica – Dano estético – Verba devida relativamente aos danos morais e aos apurados quando da realização de nova cirurgia para a reparação – Acréscimo de correção monetária – Decisão confirmada – Voto vencido” (*RJTJSP*, 65:174), (apud, GONÇALVES, 2008, p. 406).

Portanto, tem-se entendido que existe a obrigação de reparação por parte do cirurgião plástico, sempre que o objetivo avençado no contrato não restar alcançado. Noutra sentença, posiciona-se crescente parte da doutrina brasileira, afirmando que, por força da imprecisão que paira sobre o ato médico e da possibilidade de resultados inesperados que o cercam, a obrigação à qual ele está preso é de meio, e não de resultado. Tal debate terá maior espaço em tópico próprio neste trabalho.

#### 4.4.5 – A responsabilidade do médico cirurgião plástico em face do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor está impregnado pelo princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviço. Exceção a tal regra, só existe em um caso específico: aquela contida no § 4º do art. 14, que dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (GONÇALVES, 2008).

Profissional liberal deve ser encarado como o prestador de serviço individual que faz uso do seu conhecimento uma ferramenta de subsistência. Tal exceção só deve ser aplicada ao profissional liberal, não podendo ser estendida às pessoas jurídicas nas quais o trabalhador preste serviço. “O código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa”, conforme explica Benjamin (apud, GONÇALVES, 2008, p. 410).

Prossegue o supra autor na mesma lauda: “Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente” (apud, GONÇALVES).

Se o médico é empregado do hospital, tal estabelecimento de saúde terá que responder objetivamente, como prestadora de serviço, em consonância com o art. 14, *caput*, do Código em comento. Em contrapartida, se o clínico apenas faz uso do estabelecimento para cuidar dos seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos erros cometidos e afasta a responsabilidade da dita casa de saúde (GONÇALVES).

Decisões prolatadas por tribunais brasileiros apontam que o médico não deve ser responsabilizado por infecção que venha a acometer o paciente que fora por ele tratado. Entende-se que a entidade hospitalar, como prestadora de serviço, é quem deve suportar o peso da indenização.

Portanto, debruçando-se sobre o §4º do art. 14 do Código Consumerista, verifica-se a particular situação do médico, amparado legalmente pela condição de prestador de serviço. Deve ser comprovada a culpa do clínico para que este seja responsabilizado pelo dano suportado pela vítima. Tal previsão, endossa que a obrigação do médico, via de regra, é de meio.

#### 4.5 A RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DIREITO COMPARADO

É quase unânime a posição dos juristas de todo o mundo acerca da licitude da cirurgia plástica estética. O fato de ter o caráter eminentemente embelezador não retira de tal seção médica o cunho legítimo. Assim o é, porque tem o paciente do citado ramo medicinal o direito de buscar intervenções que melhorem sua aparência, fato que na maioria das vezes traz um enorme bem à vida do paciente.

Questão impregnada de muita polêmica é a que trata sobre o tipo de obrigação que o médico cirurgião plástico assume quando da sua atividade laboral. Entende a doutrina majorante no Brasil que tal obrigação é de resultado. É assim, segundo os que sustentam tal posição, por força do cunho contratual de tal relação, vez que o médico ao assumir o comprometimento de realizar a melhora no paciente, não pode deixar de fazê-lo, senão a obrigação restaria inadimplida.

Em contrapartida, existe uma parcela crescente na doutrina pátria defendendo que tal modalidade médica, como todas as demais, é obrigação de meio, e não de resultado. Assim o seria, segundo os defensores desta corrente, porque o objeto de tal ramo médico não permite que se dê certeza ao final de qualquer procedimento, ou seja, advogam que o cirurgião plástico não pode garantir a integridade no cumprimento da obrigação avençada porque o corpo humano (objeto de seu trabalho) não demonstra de forma prévia e precisa como reagirá diante da intervenção daquele. Aduzem que se é assim nos demais ramos médicos, também, deveria ser no procedimento estético, já que o elemento do trabalho de todos estes profissionais seria o mesmo, a saber, o corpo humano.

No direito alienígena também existe a dicotomia entre obrigação de meio ou de resultado, no que tange ao proceder do cirurgião esteta. No Canadá, por exemplo, com exceção de um Estado (Quebec), a obrigação assumida pelo dito profissional é de meio. Deve ser comprovada, pois, alguma modalidade culposa do clínico para que este possa ser responsabilizado. Lá, o médico que agir com o devido cuidado, com toda a perícia e prudência, aplicando os meios científicos reiteradamente bem sucedidos, der o devido acompanhamento ao seu paciente, fica eximido de responder por alguma intercorrência advinda da intervenção cirúrgica, e assim, não terá que indenizar o paciente.



A legislação italiana tem o mesmo norte da brasileira quando o assunto é responsabilidade civil. Em tal país, para que haja o dever indenizatório ta conduta danosa do agente tem que ter indicativo de culpa, conforme ensina o art. 2043 do Diploma Civil italiano.

Na Argentina, bem como nos países latinos, o tratamento jurídico dispensado ao tema em tela é o mesmo. Kfoury Neto ressalta a importância da comprovação da culpa na ação do agente, para que seja devida a indenização (2002). Ratifica tal posicionamento, as colocações de Rabinovich-Berkman (1999, p. 9):

*Em suma, no creemos que existan motivos científicos para caracterizar de um modo genérico a las obligaciones de los cirujanos estéticos como de resultado, diferenciándolas así de las de los demás especialistas quirúrgicos. Estimamos, por el contrario, que la diversificación reside más en raíces inherentes a nuestra cultura judeo-cristiana, proclive a declamar (a menudo hipócritamente) un desprecio de la belleza física (esa "coquetería" de que hablaba el fallo antes transcripto), y a no considerar la fealdad como una forma de enfermedad.*

O direito francês teve bastante influência na elaboração do ordenamento brasileiro no que tange à responsabilidade civil, a partir do Código Napoleão.

Naquele país existe uma partição quando do julgamento das demandas que versem sobre o instituo em comento. Se a demanda tratar de conduta delituosa de médico particular, é competente a jurisdição civil. Se a prática for perpetrada em estabelecimento médico público é, inicialmente, competente o juízo administrativo.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, usando as palavras de Penneau, tece o seguinte comentário acerca do tema naquele país:

*A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação a que está submetida o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea. Seria, portanto, como os médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade reside no recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exhaustiva e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado.*

Ressalte-se que os ordenamentos jurídicos de países ditos como mais avançados, apontam que a obrigação do médico cirurgião estético é de meio, e não de resultado. Exponente de tal colocação é o direito canadense, citado em breves linhas no presente estudo.

#### 4.6- CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA - UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO

Hodiernamente, como discorrido acima, não se questiona mais a legalidade da prática da cirurgia plástica estética. Foi afastada aquela retrógrada corrente defensora que tal modalidade médica era uma cirurgia fútil, um mero capricho, uma ação clínica desnecessária. As doutrinas de todo o mundo, inclusive a brasileira, têm evoluído no sentido de pacificar o entendimento que a cirurgia plástica para fins estéticos seja considerada uma atividade habitual, uma especialidade médica como qualquer outra e, em sendo assim, começando a reconhecê-la como obrigação de meio (Kfoury Neto, 2003).

Vastamente fora discutido no presente trabalho acerca da imprecisão que o corpo humano apresenta ante a qualquer intervenção médica, seja ela cirúrgica ou não, estética ou reparadora. Por tal motivo, aduz-se que na operação plástica (reparadora ou embelezadora) o médico não tem condições de garantir um resultado ao seu paciente. Se o fizer, está prometendo algo impossível de ser prenunciado.

Contudo, existe a grande parcela dos doutrinadores, tribunais, juristas de toda natureza, que vê na cirurgia plástica embelezadora uma obrigação de resultado. Afirma tal maioria que a relação contratual que reveste o negócio entre cirurgião e paciente, obriga aquele a chegar ao resultado combinado, sob pena de inadimplemento da dita obrigação. Demais disso, alegam que o paciente dotado de saúde que procura uma intervenção cirúrgico-estética não pode ter piorada a sua situação, visto que aquele gozava de perfeita saúde.

Ocorre que, aqueles que defendem a cirurgia plástica como obrigação de meio, fundados no critério de que esta não tem cunho terapêutico, olvidam que a deformidade apresentada pelo paciente, pode causar-lhe intensas perturbações de natureza psíquica, que por tal subjetividade, não são passíveis de mensuração. Logo, como pode ser negado o cunho curativo de tal intervenção?

No mesmo sentido, não há como negar que a cirurgia plástica estética está sujeita às mesmas incertezas que qualquer outro ramo médico, por exemplo: infecções, inflamações, reações alérgicas, não cicatrizações, dentre outras, o que pode comprometer substancialmente o desfecho da cirurgia (ANDREONI, apud, AVELAR, 2000, p. 422).

Ratifica a imprevisibilidade de toda e qualquer intervenção médica, a colocação de Genival Veloso França, a saber, (apud, LUZ, OLIVEIRA NETO E THOMAZ, 2002, p. 136):

No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por qualquer outro em seu lugar.

Também discorre o supra autor, acerca do resultado incontrollável no ato médico, ao afirmar (apud, LUZ, OLIVEIRA NETO E THOMAZ, 2002, p. 136):

O resultado incontrollável seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução. Por isso, o médico tem com o paciente uma 'obrigação de meios' e não uma 'obrigação de resultados'. Ele assume um compromisso de prestar meios adequados, de agir com diligência e de usar seus conhecimentos na busca de um êxito favorável, o que nem sempre é certo.

Pelas citações acima apresentadas, confirma-se a existência de uma nuvem de imprecisão no resultado do exercício médico.

Ademais, não se podem separar com um corte preciso as espécies de cirurgia plástica - reparadora e estética -, posto que, em muitas intervenções reparadoras, busca-se também o fim de embelezamento, ou em certos casos, a diminuição do estado danificado em que se encontra o paciente. Assim, como se avaliaria a responsabilidade civil da conduta médica se não pode ser precisada até onde a intervenção foi reparadora, para em seguida ser estética? Tais espécies cirúrgicas, muitas vezes se entrelaçam de forma tão violenta, que torna-se impossível saber até onde foi cada uma.

A arte da medicina tem impregnado no seu próprio existir incertezas inerentes às todas aquelas ciências inexatas. Não se pode prever certas reações do corpo humano, quer sejam de ordem fisiológicas, químicas e até mesmo neurológicas.

Lembre-se ainda que a Organização Mundial de Saúde preconiza que a saúde não é tão somente o perfeito estado físico do corpo humano. Também engloba o seu conceito, o bem estar social e mental. Logo, sabendo que saúde é um complexo onde os todos os ingredientes acima têm que estar presentes, não pode ser considerada saudável uma pessoal que seja acometida de uma deformidade física (estética) que lhe cause grande angústia psicológica. Ou ainda que seja marginalizada no meio social em que vive, por força de tal distorção.

Cuide-se de informar ainda, que o paciente também tem grande participação no bom andamento da cirurgia, porque ele deve seguir todas as orientações médicas, tanto no pré como no pós-operatório. Além do mais, deve prestar todas as informações necessárias ao seu médico antes da intervenção cirúrgica.

É indiscutivelmente polêmico o tema em debate. Porém, como já citado em linhas passadas do trabalho ora apresentado, existe uma crescente no que tange à concordância dos estudiosos do direito, que a obrigação do médico cirurgião esteta é de meio. Exemplo de tal jurista é o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que fez a seguinte colocação sobre o tema (apud, AVELAR, 2000, p. 428):

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiram eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de 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 um 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 o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.

Prossegue o mesmo aplicador do direito, proferindo (apud, AVELAR, 2000, p. 428):

Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.

O jurista Luis Adorno era defensor da tese que a obrigação do cirurgião esteta seria de resultado. Modificou seu posicionamento acerca do assunto, por meio das seguintes palavras (apud, AVELAR, 2000, p. 428, 429):

[...] colocando também o campo da cirurgia estética no âmbito das obrigações gerais de prudência e diligência. É assim porquanto, como bem assinala o brilhante jurista e catedrático francês e estimado amigo Prof. François Chabas, de acordo com as conclusões da ciência médica dos últimos tempos, o comportamento da pele humana de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível em numerosos casos. Ademais, agrega dito jurista, toda intervenção sobre o corpo humano é sempre aleatória.

Para ilustrar a aceitação da obrigação do médico cirurgião estético como de meio por alguns juízos, serão trazidos à baila vários julgamentos que apontaram para tal afirmação e que cada dia se fazem mais presentes em todos os níveis da corte brasileira.

Senão, veja-se o voto do Desembargador Amorim, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao pronunciar seu voto, em recurso de Apelação Cível de nº 1.239/90, publicado no Diário de Justiça do respectivo Estado no dia 25 de setembro de 1990:

Não me parece, *data venia*, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento específico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível. (...) Nenhum homem seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso. Sintetizando: não há cirurgia sem risco.

O mesmo entendimento teve o Ministro Direito, do STJ, em Voto Vista de Recurso Especial nº 81.101, prolatado em abril de 1999, do qual se retira o breve excerto a seguir citado (apud, AVELAR, p. 430):

[...] Por um lado, mesmo a cirurgia meramente estética não significa, necessariamente, a ausência de uma patologia. Pode ocorrer, por exemplo, que um paciente procure um cirurgião plástico para corrigir uma deformidade no apêndice nasal que, enfeitando-lhe o rosto, cause-lhe um transtorno de personalidade, assim uma depressão; ou um outro que apresente uma ginecomastia acentuada a causar-lhe comportamento neurótico; ou, ainda, outra, que busca uma correção de mama diante de uma sobrecarga postural que lhe impeça o exercício de certa atividade profissional [...]

Prossegue o mesmo julgamento, ensinando (apud, AVELAR, p. 30):

A só afirmação do paciente em uma inicial de ação indenizatória não é suficiente para acarretar a presunção de culpa do médico, invertendo-se o ônus da prova, como no presente caso. O paciente deve provar que tal ocorreu, que não recebeu informações competentes e amplas sobre a cirurgia.

Julgado expoente no que concerne à cirurgia plástica como obrigação de meio, foi o prolatado pelo Desembargador Accioly, do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, publicado por Brasil Soares, sintetizado através da seguinte ementa:

Processo Inflamatório crônico. EMENTA – Ação Ordinária de Indenização. Responsabilidade Civil. Erro Médico. A responsabilidade civil dos médicos por atos de seu ofício repousa na culpa. Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não se pode atribuir à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião as conseqüências desfavoráveis, provenientes de um mal evolutivo, decorrente de um processo inflamatório crônico e inespecífico. Recurso Provido. TJ AL – Ap. Civ. 9038 – Capital. Rel. Des. B. Barreto Accioly. Recorrente: Joaquim Paulo Vieira Malta Neto. Recorrida Maria Rita Lyra de Almeida. Julg. 30/08/89.

Pelo que fora acima transcrito, percebe-se o motivo de uma crescente parte da doutrina brasileira se filiar à corrente que defende a obrigação assumida pelo médico cirurgião esteta como sendo de meio. Os comentários de estudiosos da medicina, bem como a reiterada sensibilidade dos tribunais brasileiros ao tema em comento, endossam a máxima de que o médico cirurgião plástico estético – tal qual todo e qualquer médico –, trabalha sentindo sobre os seus ombros uma obrigação de meio, e não de resultado como advoga a maior parte da doutrina brasileira.

## 6- CONCLUSÃO

Verificou-se por meio do presente trabalho, a complexidade da matéria Responsabilidade Civil. Foram buscados os ensinamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais para analisar o grandioso tema.

Adentrou-se no campo da cirurgia plástica e nas suas conseqüências legais, principalmente no que concerne à reparação de danos oriundos de tal intervenção médica. Fez-se a distinção entre cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética, sendo buscados maiores debates acerca da última.

A cirurgia plástica tem enorme espaço na realidade mundial. A reparadora, dotada de cunho reconstrutor, há muito já era aceita no mundo médico. A estética, porém, foi muito questionada ao longo dos tempos, até que hoje, já ganhou o devido respeito da quase totalidade médica. Questionavam a licitude e até a legitimidade moral de tal especialidade médica. Os que reprovavam tal técnica, diziam que ela, por não ter o caráter curativo, não deveria ser aceita nos meios médicos e até nos tribunais. Entretanto, tal corrente foi superada, vez que não se pode negar a utilidade social que reveste tal ramo médico.

Foram tecidos comentários também acerca do caráter contratual da relação médico-paciente. A partir de tais explanações tiveram vez as discussões sobre o tipo de obrigação assumida pelo cirurgião plástico estético quando da sua atividade laboral. Viu-se que aqueles que defendem que tal obrigação é de resultado, ressaltam o caráter de contrato que tem a citada relação, e por isso, estaria o médico compelido a garantir um resultado específico ao final do seu trabalho, sob pena de ter incorrido em inadimplência.

Já os que defendem que tal obrigação é de meio, não negam o caráter contratual da relação supra, contudo, afirmam que o médico não tem como garantir um resultado dotado de sucesso, porque a essência do corpo humano não permite tal antevisão.

Cuidou-se ainda de fazer uma correlação entre o trabalho do cirurgião plástico esteta e o Código de Defesa do Consumidor, mostrando que tal codificação trata de forma peculiar o prestador de serviço individual, no § 4º do art. 14, desconsiderando o caráter objetivo que direciona todo o Diploma Consumerista, ao prescrever que tal espécie de serviço (aí se inclui o do cirurgião plástico) só deve indenização à suposta, vítima se restar comprovada alguma modalidade de culpa no seu proceder.



Não é nesse sentido, todavia, a inteligência do art. 927 do Código Civil brasileiro. Tal dispositivo ensina que a prestação de serviço é feita sob os ditames da responsabilidade objetiva, assumindo o risco e, por conseguinte, não eximindo o seu agente de indenização.

Tal conflito de normas é superado pelo princípio da especialidade, em sendo assim, o Diploma do Consumidor deve imperar sobre o Código Civil, conforme emana da grande parte da doutrina brasileira.

Transcorreu-se por espécies da responsabilidade civil, seus pressupostos, alguns conceitos médicos, distinção entre as espécies da cirurgia plástica, até chegar ao tema de maior importância para o presente trabalho: a discussão que paira sobre as obrigações de meio e de resultado e a aplicação ante às cirurgias plásticas reparadoras e estéticas.

Como demonstrado ao longo do trabalho, é uníssono por parte da doutrina brasileira que a obrigação do médico, em lato senso, é de meio. Diz a escola jurídica pátria que por força da imprevisibilidade do objeto de trabalho dos médicos, qual seja, o corpo humano, tais profissionais não teriam como garantir com uma certeza cartesiana a cura do paciente. Defendem, porém, que os médicos devem dispensar toda a perícia, o conhecimento científico e os meios adequados para tentar chegar ao fim colimado.

Contudo, esta mesma doutrina acima citada defende que, excepcionalmente, os cirurgiões estetas devem perceber sob seus ombros uma obrigação positiva de resultado. E assim o é, para a doutrina majoritária no Brasil, porque como se trata de uma intervenção cirúrgica na qual se cuida apenas de fins estéticos, o médico não pode deixar de cumprir sua obrigação. O dito profissional não pode piorar a situação do seu paciente. Demais disso, dizem os que carregam tal bandeira que pelo caráter contratual da relação ali assumida, o médico não pode deixar de alcançar o fim assumido, senão teria descumprido o pactuado no contrato e, por isso, deveria uma indenização.

A doutrina e os tribunais brasileiros ainda estão se posicionando favoráveis em consonância à esta última corrente. Todavia, como buscou-se elucidar no trabalho ora apresentado, a análise técnica e científica de referida área médica aponta que ela, como todas as outras, merecem tratamentos iguais.

O objeto da cirurgia plástica estética não é diferente de nenhuma outra área da medicina. Independente do fim para qual certa especialidade médica se presta, desde que lícita, o bem a ser manipulado é o mesmo. Tanto maneja o corpo humano um médico cardiologista, por exemplo, como o faz igualmente um cirurgião estético. O órgão perante o qual o médico realiza sua atividade laboral não deve o vincular a espécies diversas de obrigação.



Demonstrou-se que atualmente o conceito de saúde elaborado pela OMS – instância maior que trata sobre o tema – ensina que saúde é um complexo que engloba vários fatores, de ordem física, obviamente, mais também de naturezas social e psíquica. Em sendo assim, não há como negar que o médico cirurgião esteticista tem sim o condão curativo, à medida que realiza intervenções que causam um enorme bem estar ao seu paciente. Mais que isso, pode trazer o paciente acometido por imperfeição estética de volta ao seio da sociedade, retirando-o da marginalização à qual é lançado aquele que tem grave deformidade estética.

Renovem-se os dizeres no sentido de que a doutrina e os julgados predominantes no Brasil ainda defendem que a obrigação que recai sob o médico cirurgião esteticista é de resultado. No entanto, como fora demonstrado no decorrer deste trabalho, existe meios que comprovam que não deveria ser este o posicionamento dos juristas brasileiros. Decerto, deve o médico – e aqui se enquadra em gênero, independente de sua especialidade -, agir com toda a perícia e cuidado que uma intervenção clínica merece. Deve agir como se na mesa de cirurgia (ou em qualquer local de trato médico) tivesse o seu ente mais querido. Mas, pela falibilidade inerente ao ser humano – neste diapasão se entenda como falíveis o médico e o paciente-, é impossível se garantir 100% de sucesso ao final de qualquer trabalho. E assim o é, porque o dom da previsibilidade foge a qualquer criatura dotada de natureza humana.

## REFERÊNCIAS

AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia Plástica: Obrigação de Meio*. São Paulo: Hipócrates, 2000.

BRASÍLIA, Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. *Cirurgia plástica no Brasil*. Disponível em: <[www.cirurgiaplastica.org.br/publico/index.cfm](http://www.cirurgiaplastica.org.br/publico/index.cfm)> Acesso em: 12 de mar. 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 7: *Responsabilidade Civil*. 21. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas, FRANÇA, José Geraldo de Freitas e GOMES, Júlio César Meirelles. *Erro Médico*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

ENCICLOPÉDIA LIVRE WIKIPÉDIA. *Conceito de Saúde*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Saúde>> Acesso em: 27 de mai. de 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *mini Aurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume III: responsabilidade civil. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil* - 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed. São Paulo: 2001

LEI Nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Saraiva. 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.

LEI Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum Rideel. 8. ed. - São Paulo: Rideel, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. 1. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.

LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e THOMAZ, João Batista. *O ato médico*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e justiça*. 5. ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RABINOVICK-BERKMAN, R. D. *Responsabilidad Del Médico*. 1. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. 2002, *artigo "Responsabilidade Médica"*. Disponível em: <[www.ugf.br](http://www.ugf.br)> Acesso em 25 de mai. 2010.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do Consumidor Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 387*. Disponível em: <[www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=94662&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=s%FAmula%20387//>](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=94662&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=s%FAmula%20387//>)> Acesso em: 28 de mai. 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Cível nº 1.239/90 – 25.09.1990*. Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro, COAD, maio de 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade Civil* – 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

## ANEXO 1

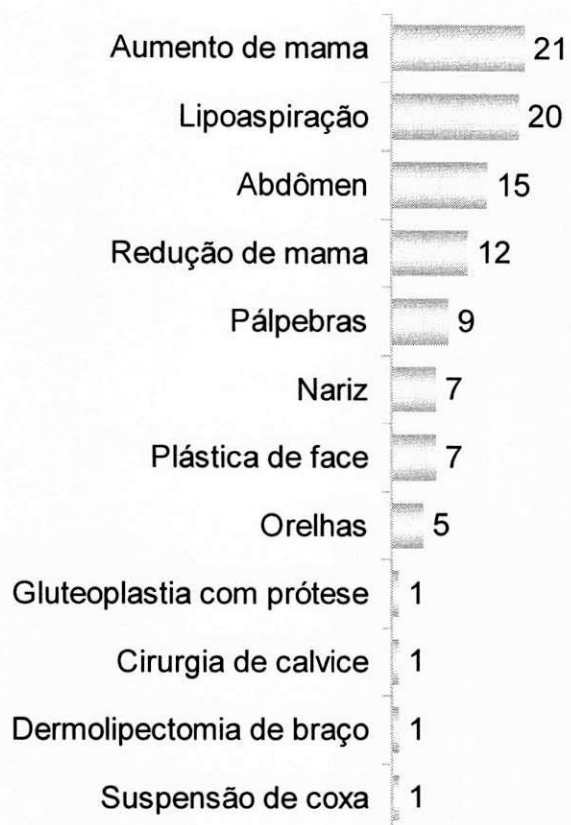
Situação atual da cirurgia plástica  
(em % médio)



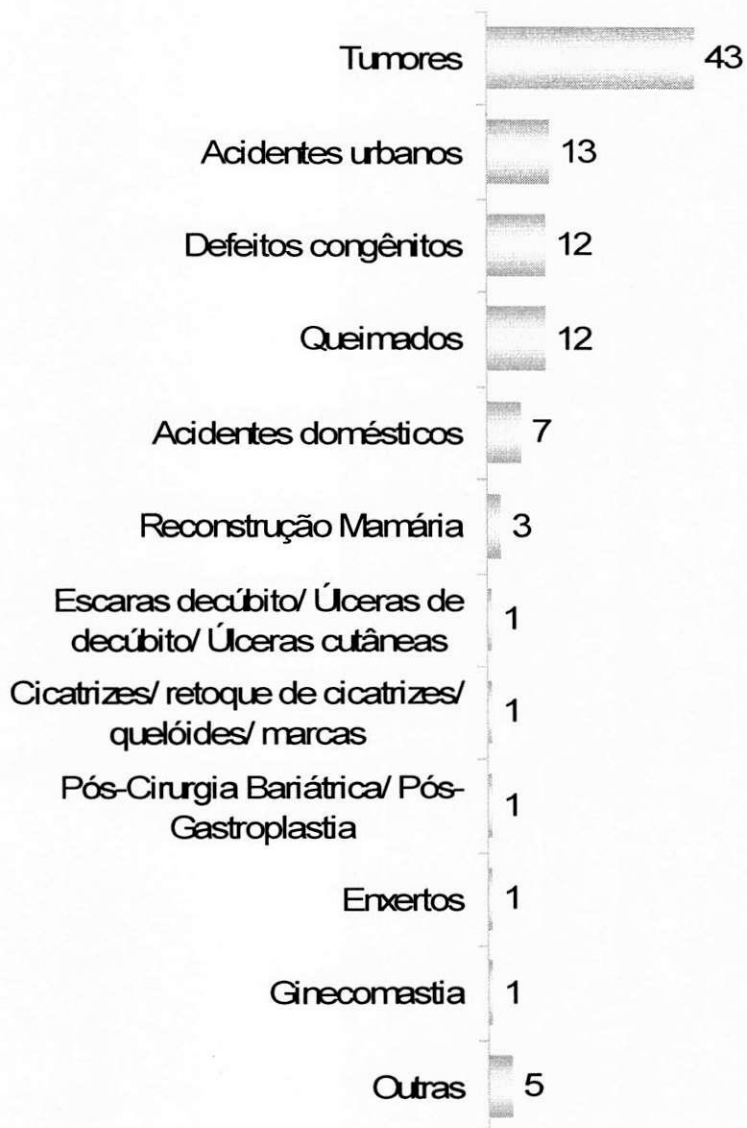
Cada cirurgião plástico brasileiro realiza cerca de 178 intervenções cirúrgicas por ano. Logo, pode-se chegar à seguinte equação:

**178 cirurgias por ano por profissional x 3.533 profissionais = Aproximadamente 629 mil cirurgias plásticas por ano**

Tipo de cirurgias plásticas estéticas realizadas entre setembro de 2007 e agosto de 2008 (73%)



Tipo de cirurgias plásticas reparadoras realizadas entre setembro de 2007 e agosto de 2008 (27%)



Fonte dos dados: Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (Disponível em: <http://www.cirurgioplastica.org.br>).