



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

ENIO GUSTAVO LOPES BARROS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

SOUSA - PB
2009

ENIO GUSTAVO LOPES BARROS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

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.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2009

ENIO GUSTAVO LOPES BARROS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 11/11/2009

Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira – UFCG

Professor Orientador

Prof.^a Maria Zélia Ribeiro

Prof. Márcio Flávio Lins Souto

Dedico aos meus amados e queridos pais, por todo o esforço despendido em prol da realização dos meus sonhos e por terem me ensinado todos os valores e princípios básicos da vida. Minha dedicação é em nome da felicidade de Gustavo e Graça, os quais amo incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me ajudado em todos os momentos da minha vida, principalmente nos mais difíceis e também por estar presente nos mais felizes.

A meus pais, Gustavo e Graça, pela incansável batalha que travaram em favor de meus estudos.

A minha esposa e filha, Maria Deanne e Eduarda, por toda compreensão nos momentos em que estive ausente, e por todo amor e carinho retribuídos, fatores que contribuíram, e muito, para a vitória aqui alcançada.

Aos meus queridos irmãos, Eduardo e Magda, de quem tenho tanto orgulho e admiração.

Aos meus sogros, por serem pessoas muito especiais.

Em ordem alfabética a: Álisson de Souza, Carlos César, Daniel Brunno, David Humberto, Edilson Chaves, Ednelton Hellejúnior, Fabrício Mendonça, Francisco de Assis, Francisco Walter, George, Giliard, Ilan Saldanha, Jamison Andrade, Josenilton, José Vieira, Leonardo Araújo, Marcelo Bruno, Marcos Raniery, Tiago Franklin, Valter Gonzaga, Wander Bento e Wata Anderson, amigos especiais, que compartilharam muitas experiências de vida, inclusive mostrando-me o verdadeiro valor da amizade e companheirismo.

A professora Zélia Ribeiro pelo zelo e presteza nas correções gramaticais deste trabalho.

Aos colegas de sala, em geral, pelo companheirismo, que facilitou intensamente esta longa caminhada.

Ao meu professor-orientador, Eduardo Jorge, a quem tanto admiro como pessoa, por compartilhar com os seus conhecimentos para construção deste trabalho.

A Fé em Deus é fator incontestável para realização dos mais importantes objetivos.

RESUMO

É fundamental a importância do instituto da Responsabilidade Civil nos dias atuais, uma vez que este tem como finalidade principal restabelecer o equilíbrio patrimonial ou moral do indivíduo que sofreu um dano. Com a evolução técnico-científica da cirurgia plástica, o número desses procedimentos tem aumentado progressivamente. Assim, necessária é a análise da responsabilidade civil do cirurgião plástico, em especial da cirurgia com fins puramente estéticos. Ter-se-á como objetivo geral desse estudo trazer à tona informações úteis e atuais sobre a responsabilidade contratual que se estabelece entre o médico que realiza tal procedimento cirúrgico e o seu paciente. No que diz respeito aos objetivos específicos, buscar-se-á o destaque ao conceito, classificação, pressupostos e espécies da responsabilidade civil, assim como identificar a responsabilização do médico frente ao ordenamento jurídico, com ênfase ao tipo de obrigação a que o cirurgião plástico-estético se submete, se de meio ou de resultado. A problemática consiste no aspecto consumerista da relação contratual existente entre o mencionado profissional e seu paciente, assim como o tipo de obrigação estabelecida entre os mesmos. Ter-se-á como método o exegético-jurídico e sistemático, com base na legislação pertinente, e a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, com consultas a doutrina e a jurisprudência. Por fim, vislumbra-se a possibilidade de toda obrigação médica, inclusive a do cirurgião estético, ser de meio e não de resultado, porquanto o mesmo, não tem como garantir a seu paciente 100% de êxito neste tipo de cirurgia, pois o sucesso em tal procedimento não apenas dele depende.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano. Cirurgião plástico-estético. Obrigação de meio.

ABSTRACT

It's fundamental the importance of the Civil Responsibility institute in our days, once it's main purpose re-establish the patrimonial balance or moral of an individual tha suffered a damage. With the technical and scientific evolution of the plastic surgery, the number of procedures has increased progressively. So, it's necessary the analysis of the plastic surgeon's civil responsibility, specially the surgery that only has sthetics purposes. The main goal oh this study is to bring useful and actual informations about contractual responsibility that is stablished bet ween the doctor who perform the surgical procedure and his patient. When we talk about the specific goals, we focus on concept, classification, requisites and kinds of the civil responsibility, as well identify the doctor's responsibility according to the juridical order, gruing emphasis to the kind of obligation that the sthetic surgeon submits himself, it can be the way or the result. The problem consists in the consuming aspect of the contractual relation existing between the mentioned professional and his patient, as the kind of obligation stablished between them. It will use the exegetical-juridical methoy and systematic, based on relevant legislation, and the research technic adopted is the bibliographic and on documents, consulting the doctrine and jurisprudence. Lastly, we consider the possibility of all the medical obligation including the sthetic surgeon ones, being of way, not of result, because it's impossible to 100% of success besn't depend exclusively on him.

Keywords: Civil Responsibility. Damage. Surgeon sthetic. Obligation of way.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.3.1 Direito Romano	16
2.3.2 Direito Francês	18
2.3.3 Direito Português	19
2.3.4 Direito brasileiro	19
2.4 O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUALIDADE	23
3 DAS ESPÉCIES E DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	25
3.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES	25
3.1.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	25
3.1.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	29
3.1.3 Responsabilidade Direta e Indireta	31
3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.2.1 Ação ou omissão do agente	32
3.2.2 Culpa do agente	35
3.2.3 Nexo de Causalidade	36
3.2.4 Dano sofrido pela vítima	38
4 A CIRURGIA ESTÉTICA	41
4.1 A MEDICINA E A CIRURGIA ESTÉTICA	41
4.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL	43
4.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	44
4.4 CIRURGIA ESTÉTICA E CIRURGIA PLÁSTICA	47
4.5 ERRO MÉDICO	48
4.6 DIREITO COMPARADO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	50

4.7 RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE PLANO DE SAÚDE	51
4.8 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS	52
5 DA RESONSABILIDADE MÉDICA	53
5.1 DO DANO E SUA REPARAÇÃO NA CIRURGIA ESTÉTICA	53
5.1.1 Dano moral	53
5.1.2 Dano material	55
5.1.3 Dano estético	56
5.2 DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR	57
5.3 A CIRURGIA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO	58
5.4 A APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ART.927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	61
5.5 DAS RESPONSABILIDADES DO MÉDICO NA CIRURGIA ESTÉTICA	62
5.5.1 Responsabilidade Civil	62
5.5.2 Responsabilidade Penal	63
5.5.3 Responsabilidade Administrativa	64
5.6 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	65
6 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69
ANEXO A	72

1 INTRODUÇÃO

É inegável a importância da responsabilidade civil nos tempos hodiernos, uma vez que não se pode deixar sem ressarcimento a vítima, que sofreu prejuízo pela prática de atos ilícitos causados pelo agente causador do dano. Além disso, esse instituto representa a restauração do equilíbrio moral e patrimonial, seja pela reposição da vítima a situação anterior a lesão, como era antes da prática do ato ilícito que causou prejuízo à vítima, quando possível, ou mesmo pelo pagamento de uma indenização em pecúnia, quando não houver mais a possibilidade do retorno ao estado anterior, buscando em qualquer dessas formas, o restabelecimento da harmonia quebrada.

O interesse pelo tema abordado se deu devido a sua fervorosa discussão e divergência entre os estudiosos do assunto, não apenas debatido no âmbito nacional, como também internacional. A pesquisa não tem a pretensão de esgotar, mas sim, destacar alguns pontos polêmicos sobre o assunto.

Muito interessante torna-se o tema, quando analisada a responsabilidade do médico na cirurgia estética, pois com o avanço desse ramo da medicina, se torna cada vez maior o número de pessoas com o desejo de realizar esse tipo de cirurgia, seja para corrigir uma deformidade congênita, ou mesmo com fins puramente estéticos, visando ao embelezamento. Conseqüentemente, com o aumento da procura da cirurgia plástica, elevou-se também a demanda no Judiciário, principalmente em relação a ações cujo objeto é a reparação de possíveis danos causados pelos médicos cirurgiões-plásticos, por quebra da relação contratual existente entre eles e seus pacientes.

O presente estudo tem como objetivo geral trazer informações úteis e atuais aos estudiosos do direito no que tange à responsabilidade contratual entre o médico que realiza a cirurgia estética e o seu paciente, assim como sobre os parâmetros e limites pelos quais aquele pode ser responsabilizado e, conseqüentemente, obrigado a ressarcir o prejuízo causado à vítima.

Neste trabalho apresentar-se-á o conceito, as espécies, a classificação e os pressupostos da Responsabilidade Civil, buscando identificar qual a responsabilidade do médico cirurgião-plástico frente ao ordenamento jurídico, analisando o tipo de obrigação a que se submete.

A problemática se detém, em suma, na análise do aspecto consumerista da relação contratual que existe entre o médico cirurgião-plástico e o seu paciente, discutindo-se

também, o tipo de obrigação, se de meio ou de resultado, que o médico assume ao realizar a cirurgia plástica, seja esta estética ou reparadora.

Os métodos utilizados para realização deste trabalho serão o exegético-jurídico e o sistemático, buscando-se sempre evidenciar a legislação relacionada ao tema. Enquanto a técnica a ser empregada será a pesquisa bibliográfica e documental, sempre procurando embasamento na doutrina e jurisprudência pertinentes com à matéria. Através do estudo teórico da lei, da doutrina, da jurisprudência e da análise de diversos posicionamentos abordar-se-á a problemática, quanto ao tipo de obrigação, se de meio ou de fim, assim como a relação de consumo entre o médico cirurgião-plástico e o paciente e a apuração de sua responsabilidade diante do ordenamento jurídico.

Todo esse estudo será organizado em quatro capítulos. O primeiro capítulo discorrerá sobre as noções gerais da responsabilidade civil, buscando-se dar ênfase ao conceito desse instituto, evidenciando o significado etimológico da expressão, a sua natureza jurídica, a evolução histórica e a função dessa responsabilidade nos dias atuais. O referido capítulo tem como finalidade precípua uma noção geral e introdutória da responsabilidade civil visando a uma melhor compreensão do tema abordado.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará das diversas espécies de responsabilidade civil e, ainda, dos pressupostos essenciais para a sua configuração e existência. Esse capítulo assume uma significativa importância devido à exposição e diferenciação feita aos diversos tipos de responsabilidade civil existentes, trazendo a idéia, da responsabilidade subjetiva ou por culpa do agente causador do prejuízo e da responsabilidade objetiva ou sem culpa, que, para sua configuração, basta apenas demonstrar-se a existência do nexo de causalidade entre o ato causador do dano e o prejuízo sofrido pela vítima. Também se analisa nesse capítulo, os pressupostos imprescindíveis para a existência da responsabilidade civil, como: a ação ou omissão do agente, a culpa deste, o nexo de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

Já no terceiro capítulo se adentrará no assunto específico, tratando-se da cirurgia estética, desde o seu conceito, importância e dimensão que tem ela tomado hodiernamente. Além disso, abordar-se-á alguns aspectos importantes, como a natureza jurídica da responsabilidade civil de danos causados no exercício profissional, o erro médico, a distinção da obrigação de meio e de resultado, a diferenciação trazida por parte da doutrina entre as expressões cirurgia estética e cirurgia plástica e, por fim, o direito comparado sob a ótica da responsabilidade médica; abordar-se-á também, de forma geral, a responsabilidade das empresas de plano de saúde, assim como a dos hospitais e das clínicas médicas.

No quarto capítulo, destacar-se-á a importância fundamental deste estudo, pois é nele que se dará ênfase à responsabilidade médica, verificando-se os conceitos e espécies de danos nos trilhos da cirurgia estética. É nele, também, que se evidenciará a análise dos diversos posicionamentos relacionados à problemática.

Também, no último capítulo se analisará quando o cirurgião plástico estará obrigado a indenizar o paciente, considerando-se o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, bem como a relação contratual estabelecida entre o médico e o paciente. Além disso, tal capítulo abordará as diversas espécies de responsabilidades, além da civil, em que o médico poderá se enquadrar em caso de dano ao paciente, tratando ainda, da forma de exclusão da responsabilidade médica.

Nesse passo, como já dito, deve-se considerar tal tema de fundamental importância para o direito, devido ao avanço da medicina, que levou, conseqüentemente, a um aumento considerável da procura de pessoas que pretendem se utilizar cada vez mais da cirurgia plástico-estética e não alcançando o resultado almejado, recorrem ao Judiciário, para que este ordene, caso tenham realmente direito, o ressarcimento, pelo dano causado, seja ele moral, patrimonial ou ambos concomitantemente. Dessa forma, o número de cirurgias plásticas no Brasil vem aumentando de forma significativa, conforme se pode observar no Anexo A deste estudo.

É necessário, porém, muita atenção e cautela por parte do Poder Judiciário, na verificação da responsabilidade civil-médica, de cada caso concreto, uma vez que, atualmente, o que se percebe é a uma verdadeira vulgarização de pretensões desmedidas e incabíveis, nas quais pessoas acionam tal poder na busca de que lhes sejam pagas indenizações, quando, em muitos casos, tal artifício não se justifica, vindo somente a hipertrofiar, com isso, o Poder Judiciário.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

Analisando a origem da palavra “responsabilidade”, sabe-se que ela tem sua fonte na raiz latina *spondeo*, que correspondia a fórmula pela qual se vinculava, de forma solene, o devedor, nos contratos verbais à luz do direito romano. Esse termo é oriundo do verbo latino *respondere*, que designa ter alguém se constituído garantidor de alguma coisa.

De forma geral, conforme o Dicionário da Língua Portuguesa Aurélio (1999, p. 1754), a palavra responsabilidade indica característica de quem é responsável, ou seja, daquele que responde pelos próprios atos ou pelos atos de outrem.

Já a palavra civil diz respeito às relações privadas existentes entre os cidadãos que fazem parte de determinada sociedade, sendo estas reguladas por normas do direito civil.

Verificada separadamente a origem etimológica das palavras acima citadas, pode-se passar, agora, a análise da acepção atual do termo Responsabilidade Civil, no conceito do civilista brasileiro Gonçalves (2007, p. 6):

Responsabilidade Civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Entende-se, então, pelo conceito supracitado que a responsabilidade civil advém da prática de um ato ilícito civil por determinado agente, tendo este, porém, o dever e a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado à vítima, obrigação esta que, se não for mais possível, será convertida no pagamento de uma indenização ou de uma compensação, sendo aquela na possibilidade de uma avaliação pecuniária do dano cometido, e esta na hipótese de não poder estimar patrimonialmente este dano.

Para Savatier (apud RODRIGUES, 2007, p. 6) “a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar prejuízo causado a outro, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”

Para melhor elucidação deste conceito, necessário se faz conjugar para efeito de análise, o que trazem os arts. 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002. O primeiro

prescreve: “Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Já o segundo dispositivo vem a completá-lo, dizendo: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim, se alguma pessoa, por ação ou omissão, vier a praticar um ilícito civil que venha a violar direito de alguém, causando-lhe dano, seja patrimonial ou moral, fica no dever de repará-lo.

Convém distinguir, em linhas gerais, a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Em ambas, perceptivelmente, ocorre infração de um dever por parte do agente, porém no caso de crime, o indivíduo infringe normas de direito público e seu comportamento perturba a ordem social como um todo, provocando uma reação da sociedade, que é representada pela pena, sendo, ainda, indiferente para esta a existência ou não de prejuízo sofrido pela vítima.

No ilícito civil, o interesse diretamente afrontado é o privado. O ato do agente pode até não ter infringido norma de ordem pública, porém como seu comportamento, positivo ou negativo, causou dano a alguma pessoa, deve o autor deste, repará-lo, sendo a reação da sociedade, neste caso, representada pela indenização a ser exigida pela vítima ao infrator causador do dano.

Como esta última é uma responsabilidade de caráter eminentemente privado, pode a pessoa que experimentou o dano, se mostrar inerte e suportar o prejuízo causado pelo agente infrator, não advindo, dessa forma, nenhuma consequência para este.

Ademais, segundo Bittar (apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 5) “a reparação representa meio indireto de devolver-se o equilíbrio às relações privadas, obrigando o responsável a agir ou dispor do patrimônio para satisfação dos direitos do prejudicado.”

Sendo assim, a aplicação na prática do conceito da Responsabilidade Civil é primordial para a devida harmonia das relações sociais, mantendo entre estas, certa segurança e estabilidade jurídica.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como todo e qualquer instituto que tem como característica determinadas consequências no mundo jurídico, a Responsabilidade Civil possui também sua natureza jurídica.

Como acima já visto, a responsabilidade civil decorre a princípio da prática de um ato ilícito civil por parte de um agente infrator, violando o ordenamento jurídico, provocando com tal ação um desequilíbrio social.

Infere-se que a consequência lógica e ordenada da prática de um ato ilícito é uma sanção, podendo ser esta definida segundo Maynez (apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, P. 19) como “a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”.

Sendo assim, concluem Gagliano e Pamplona Filho (2008), que a natureza jurídica da responsabilidade, seja ela civil, criminal ou administrativa será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou mesmo compensação pecuniária.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É primordial para o desenvolvimento e a existência de uma sociedade organizada e harmônica, a paz entre os membros que a compõe.

Analisando os primórdios da civilização humana, destaca-se como ponto principal a vingança coletiva, que tinha como característica, a reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa cometida a um de seus componentes.

Em seguida, a evolução histórica trouxe à tona a vingança privada, que correspondia à ação individual, na qual os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, a reparação do mal pelo mal, sintetizadas pelas expressões: “olho por olho, dente por dente”, sendo compreensível por se caracterizar uma reação pessoal contra o agressor, pelo mal sofrido. De acordo com Diniz (2006, p. 10): “Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”.

Como uma forma de evitar abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e de que forma a vítima poderia ter o direito a retaliação, produzindo na pessoa do agressor dano idêntico ao que sofreu. Na Lei das XII Tábuas, destaca-se significativa expressão desse critério na tábua VII, Lei II, que pode ser traduzida na língua portuguesa da seguinte forma: “se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo”. Neste caso, a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, mostrando-se apenas como uma reação do ofendido contra a causa aparente do dano.

De acordo com a civilista Diniz (2006), depois desse período destaca-se o aparecimento da composição, diante da percepção humana de que seria bem mais conveniente entrar em um entendimento (composição) com o autor da ofensa para que ele reparasse o dano mediante a prestação de pagamento de certa quantia em dinheiro, estipulada pela autoridade pública, caso o dano fosse público, e do lesado caso se tratasse de delito privado.

Ainda, conforme, o entendimento da reparação do dano em forma de pecúnia, importante se faz lembrar trecho da obra da professora Diniz (2006, p. 11):

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da separação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.

Dessa forma, a partir daí passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. Pode-se concluir então que, a *Lex Aquilia de dano*, estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma de se indenizar o prejuízo pecuniariamente, com base na estipulação do seu valor.

Foi na Idade Média que se formou a estruturação para diferenciação do dolo e da culpa *stricto sensu*, sendo seguida de um estudo mais aprofundado desse elemento (culpa), proporcionando, assim, distinguir-se a responsabilidade civil, da pena.

2.3.1 Direito Romano

Conforme a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta basicamente em três requisitos: o dano, a culpa do agente e o *nexo* de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

No entanto, como visto no tópico supra, nos primeiros tempos da humanidade não se cogitava o fator culpa, pois o dano provocava a reação direta e imediata, instintiva e insipiente do ofendido. Não havia regra nem limitações, pois ainda não operava o direito, sendo este o período da vingança privada. Conforme Monteiro (1999, p. 395) afirma:

“Primitivamente, numa fase mais remota e rudimentar da cultura humana, a reparação do dano resumia-se na retribuição do mal pelo mal, de que era típico exemplo a pena de talião, olho por olho, dente por dente; quem com ferro fere, com ferro será ferido”.

Posterior a esse período, segue-se o da composição, no qual o prejudicado passava a perceber as vantagens e conveniências da substituição à reação individual, pela compensação econômica.

Num estágio mais avançado, quando já existia uma maior organização social e uma soberana autoridade, o legislador proíbe o ofendido a fazer justiça com as próprias mãos, passando a composição econômica, de voluntária que era, à obrigatória.

De acordo com o professor Gonçalves (2007), a diferenciação entre a “pena” e a “reparação” somente começou a ser verificada ao tempo dos romanos, exatamente com a distinção entre os delitos públicos, que se constituíam de ofensas mais graves, perturbadoras da ordem social, e os delitos privados.

A partir de então, o Estado de forma unitária avocou para si a função de punir (*jus puniendi*). Quando este direito de punir passou, de forma exclusiva, para o Estado, surgiu então a ação de indenização, tomando a responsabilidade civil, lugar ao lado da responsabilidade penal.

Assim, como elucidado, é na Lei Aquília que se esboça, verdadeiramente, um princípio geral regulador da reparação do dano, embora não existisse ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, foi o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria e fonte imediata da moderna concepção da culpa aquiliana.

Enfim, foi com base no influxo dos pretores e da própria jurisprudência que a noção de culpa acabou por mostrar origens na Lei Aquiliana.

1.3.2 Direito Francês

O intuito de se utilizar o critério de enumeração dos diversos casos de composição obrigatória foi sendo abandonado pelo direito francês, diante da impossibilidade de previsão de todos os casos concretos que a sociedade vinha a desvendar.

O direito francês, todavia, veio paulatinamente aperfeiçoando as idéias constantes no direito romano, estabelecendo para tanto, nitidamente, um princípio geral da responsabilidade civil que, veio a orientar na solução de tais composições obrigatórias, acima citadas.

Aos poucos foram sendo estabelecidos determinados princípios, que vieram a exercer sensivelmente influência sobre outros povos, tal como: o direito à reparação sempre que existisse culpa, por parte do ofensor, ainda que leve, diferenciando a responsabilidade civil (arcada perante a vítima) da responsabilidade penal (vista perante o Estado). Evidenciou-se também, no direito francês, uma culpa contratual, das pessoas que descumpriam certas obrigações por negligência ou imprudência, mas que, porém, não tinham qualquer ligação com crime ou mesmo com o delito civil.

Era a prevalência do chamado princípio aquiliano que defendia que, a culpa, ainda que levíssima, gerava uma obrigação imediata de indenizar. De acordo com Gonçalves (2007, p. 8):

A noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1382 e 1383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios.

Sendo assim, é perceptível a importância do direito francês no desenvolvimento e aperfeiçoamento dos institutos da responsabilidade civil, uma vez que houve nessa época uma espécie de aprimoramento das idéias trazidas do direito romano.

2.3.3 Direito Português

Poucas fontes de notícias existem sobre o direito português primitivo. A mais remota responsabiliza a invasão dos germanos, mais especificamente, dos visigodos, pela consolidação da primitiva legislação soberana de Portugal, que tinha como características marcantes, a acentuada influência germânica e cristã. Nessa época, não se fazia qualquer diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal.

Depois da invasão árabe, a reparação em pecúnia passou a ser aplicada paralelamente às penas que implicavam em castigos e lesões corporais.

No Brasil colonial, na época que vigorava as chamadas Ordenações do Reino, não existia a diferença entre os três institutos: reparação, pena e multa, muitas vezes se confundindo tais figuras. Conforme preconiza o civilista Gonçalves (2007, p. 9):

O moderno Código Civil de 1966, adaptado aos novos rumos da responsabilidade civil, preceitua, no art. 483º: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Só existe a obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”.

2.3.4 Direito brasileiro

No direito brasileiro pode-se destacar, principalmente, o implemento do denominado na época, Código Criminal de 1830, que, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas bases da justiça e da equidade e, ainda, prevendo tais fatos, como: a reparação natural quando possível fosse, ou mesmo a indenização; a integridade da reparação até onde fosse possível; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros.

A priori a reparação era imediatamente condicionada à condenação no âmbito penal, passando logo em seguida, para a fase em que se adotou o princípio da independência das distintas jurisdições, isto é, da civil e da criminal.

O Código Civil brasileiro de 1916, no que se refere à responsabilidade civil, foi adepto da teoria subjetiva, que exige a prova de culpa ou dolo do causador do dano para que o mesmo tenha o dever de repará-lo. Porém, em poucos casos, a culpa seria presumida, como, por exemplo, nos casos dos artigos:

Art.1528 O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art.1529 Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Baseou-se o referido Código, para que se pudesse haver o dever de reparação de determinado dano causado a terceiro, por parte do ofensor, na idéia da culpa. Segundo o doutrinador Rodrigues (2007, p. 150):

A idéia de culpa sempre foi à idéia informadora da responsabilidade civil; isso porque há um fundamento moral no princípio geral de direito, segundo o qual aquele que causa dano a outrem deve repará-lo, mas só deve fazê-lo se infringiu uma regra de conduta legal, social ou moral. Com efeito, se alguém causa prejuízo a outrem, mas a final se comprova que a pessoa que o causou agiu de maneira absolutamente incensurável, não deve ela ordinariamente, ser compelida a reparar o dano.

Todavia, com as infinitas transformações econômicas, políticas, culturais, científicas e sociais surgiram outras teorias, cujo escopo principal era dar maior proteção às vítimas, uma vez que essas mutações traziam reflexos diretos e imediatos na própria sociedade, entre as quais se destaca, a teoria do risco. Essas diversas mudanças é bem elucidada na fala do professor Rodrigues (2007, p. 151):

A superveniência de alguns fatores, tais como o desenvolvimento do maquinismo, a multiplicação dos veículos a motor e mesmo o enorme crescimento da população, trouxe um brutal aumento dos acidentes. Por maiores que sejam a propaganda estatal e as medidas de segurança, estamos assistindo, no presente momento, a um dramático multiplicar dos acidentes de trânsito, ou dos acidentes de trabalho, que parecem ser inevitáveis e de inexorável difusão.

Dessa forma, nota-se com isso, nos últimos tempos, que a teoria do risco ganhou terreno, pois, apesar de não substituir integralmente a teoria da culpa, vem sendo a solução de muitas hipóteses cuja finalidade principal é a proteção às vítimas, uma vez que as concepções tradicionalistas não eram mais suficientes para explicar tais situações. É o que se percebe, de acordo com que escreve a professora Diniz (2006, p. 55):

Como em certos casos a teoria da culpa, que funda a responsabilidade civil na culpa, caracterizada como uma violação de um dever contratual ou extracontratual, não oferece solução satisfatória, devido, p. ex., aos progressos técnicos, que trouxeram um grande aumento de acidentes, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados.

Foi então o progresso nos mais variados setores, como: tecnológicos, econômicos e sociais, que levou o desenvolvimento da conhecida teoria objetiva, na qual não se faz necessário a comprovação de culpa, pois o indivíduo assume o risco da atividade por ele realizada.

O conceito da teoria do risco é bem nítido e transparente, ainda na obra de Diniz (2006, p. 56):

A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob o seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.

Pelo conceito acima, é transparente que conforme a teoria do risco não é necessária a demonstração de culpa por parte do agente, mas apenas o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a ação do mesmo.

De acordo com o autor Gonçalves (2007, p. 10), sobre a responsabilidade objetiva, tem-se:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos).

Assim, sendo, pode-se concluir que, na responsabilidade objetiva, em termos gerais, defende-se que, desde que exista um dano sofrido pela vítima, deve ser ela ressarcida, independente da idéia de culpa, bastando para tanto, apenas provar o nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e a conduta do indivíduo que o causou.

Porém, na verdade, se tem procurado fundamentar a responsabilidade na idéia de culpa, no entanto, por não ser essa suficiente para atender às diversas imposições trazidas pelo progresso, o legislador tem fixado alguns casos especiais em que a obrigação de reparar deve ocorrer mesmo sem a observância dessa ideia.

O direito brasileiro se manteve fiel à teoria subjetiva nos moldes dos arts. 186 e 927 do novo Código Civil, os quais, de forma genérica, adotam o entendimento no qual, para que se configure a responsabilidade, necessário se faz a existência de culpa.

No entanto, em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adota-se os princípios da responsabilidade objetiva, na qual se presume a culpa e, como exemplo, pode-se elucidar pelos artigos 936 e 937 do Código Civil de 2002, que tratam, respectivamente, da responsabilidade presumida do dono do animal e do dono do edifício em ruína, como se observa na letra de tais artigos:

Art.936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art.937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Além disso, em outros dispositivos, é visível a responsabilidade, independente da demonstração de culpa, tal como o art. 938, que prescreve: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

É importante destacar, como já mencionado, que nos arts. 936 e 937 do CC/02, prevalece a presunção da culpa, enquanto no art. 938 do mesmo código, a responsabilidade não enseja qualquer dependência da idéia de culpa, nem mesmo a presumida.

Todavia, é bastante perceptível que o novo Código Civil mantém o princípio da responsabilidade subjetiva. Basta-se analisar, concomitantemente seus arts.186, citado no tópico 1.1 deste trabalho, que define o ato ilícito, e o 927, que depois de estabelecer no seu caput, o seguinte: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, dispõe, refletindo a moderna tendência, no seu parágrafo único, que diz: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”.

Enfim, é essa a principal e mais marcante inovação, no campo da responsabilidade civil, trazida pelo Código Civil de 2002, evidenciando, claramente a existência legal da responsabilidade objetiva.

2.4 O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUALIDADE

É de extremo significado a função da responsabilidade civil, principalmente, para o equilíbrio e restituição da moral e do patrimônio do indivíduo que sofreu determinado dano por ato praticado por terceiro, tendo como finalidade precípua reconhecer o direito da vítima, restabelecendo-se a situação da forma como o ordenamento jurídico preceitua e, diante de tal impossibilidade, recorre-se à indenização, que corresponde ao dever de reparar o dano causado à vítima por parte do ofensor. De acordo com Diniz (2006, p. 5) destaca-se:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo o direito assenta na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”. O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco.

A ofensa a bens jurídicos de terceiro pode gerar para o ocasionador do dano a responsabilização sob dois aspectos distintos, sendo uma criminal, quando o ordenamento visa à prevenção ou repreensão pelo Direito Penal (responsabilidade penal), e outra civil, desde que o ordenamento busque uma reparação dos danos causados pelo autor (responsabilidade civil).

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2008), no instituto da reparação civil são perceptíveis três funções. Na primeira função, que corresponde à função básica, devolve-se o bem perdido diretamente, ou mesmo quando não é mais possível tal situação, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, com um valor equivalente do bem lesionado ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente. Já secundariamente encontra-se a função de punição do ofensor não sendo esta a função básica da reparação civil. A terceira função é de caráter socioeducativo, com a finalidade de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas, alcançando-se indiretamente a sociedade, restabelecendo-se, dessa forma, o equilíbrio e a segurança desejada pelo Direito.

Assim, o princípio que rege a responsabilidade civil hodiernamente é o da reposição completa da vítima a situação anterior à lesão, podendo ser esta reconstituição, de

cunho natural, a uma situação material correspondente, ou mesmo por meio da indenização, se aproximando do mais exato possível valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.

Pode-se concluir que a sanção é um recurso legal que pode vir a ser imposto ao indivíduo que viola norma jurídica, lesionando assim, o direito de alguém, isto é, corresponde à consequência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. Nessa ótica a responsabilidade civil constitui-se numa sanção civil, por ser esta uma consequência lógica do descumprimento de uma norma de direito privado, sendo o objetivo, nesse caso, o interesse individual, tendo como característica tal sanção, ser de natureza precipuamente compensatória. Segundo a civilista Diniz (2006, p. 9):

Portanto, dupla é a função da responsabilidade: a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

Por fim, sendo a responsabilidade civil a situação de alguém que, por ter violado uma norma de caráter privado, se vê exposto a desagradáveis consequências traduzidas em medidas que, a autoridade encarregada de velar pelo fiel cumprimento da ordem jurídica lhe imponha, tal responsabilidade consiste simplesmente numa reação provocada pela infração a um dever preexistente, tendo ela uma função de caráter indenizatória, ressarcitória ou mesmo reparadora.

3 DAS ESPÉCIES E DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES

3.1.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil pode-se apresentar em diferentes espécies, dependendo do ponto de vista de que é analisada. Dessa forma, poderá ela ser classificada de acordo com o fato gerador, isto é, quanto à hipótese fática que lhe dá origem, diferenciando-se a partir daí em Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual. Aquela resulta de um ilícito contratual, ou seja, do inadimplemento ou mora por uma das partes contratantes, rompendo-se, assim, o acordo avençado entre elas, enquanto nesta a responsabilidade não se deriva de um contrato, devendo aplicar-se a regra do art.186 do Código Civil, em que todo aquele que causa dano a outrem, por culpa ou dolo, fica obrigado a repará-lo, infringindo o indivíduo, neste caso, um dever legal e não contratual.

Quanto ao fundamento, à responsabilidade pode classificar-se em Responsabilidade Subjetiva, a qual se baseia na idéia de culpa ou dolo, em ação praticada pelo agente, causando prejuízo, patrimonial e/ou moral, a determinada pessoa, surgindo conseqüentemente o dever de reparação; e a Responsabilidade Objetiva, que encontra fundamento na teoria do risco, sendo irrelevante a culpa ou o dolo do agente, bastando para que se configure tal responsabilidade a correlação entre o nexos de causalidade do prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente.

A responsabilidade civil ainda pode-se distinguir tomando por base o agente infrator em Responsabilidade Direta, se o ato é proveniente da própria pessoa imputada, configurando-se em ato próprio; e Responsabilidade Indireta, quando a prática provém de terceiro com qual o agente tem algum vínculo de responsabilidade legal, ou mesmo no caso de fato de animal e coisas inanimadas sob sua guarda.

A responsabilidade contratual deriva de um ilícito contratual, isto é, num descumprimento do avençado por uma das partes. Para melhor análise de tal espécie de

responsabilidade, necessário se faz elucidar a definição de contrato dada por Pereira (2000, p. 2):

Contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção de negócio jurídico, podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.

Dessa forma, pode-se concluir que a responsabilidade contratual deriva de um contrato, pois antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção realizada entre eles.

Destaca, em linhas gerais, a diferença básica entre a responsabilidade contratual e extracontratual, com a devida autoridade, o doutrinador Gonçalves (2007, p. 26):

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpe o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Assim, se entre as partes envolvidas já existia norma jurídica contratual que as vincula, e o dano vem como consequência do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, configura-se a responsabilidade contratual. Por outro lado, se o prejuízo decorre de forma imediata da violação de um mandamento legal, por conta da atuação ilícita do agente infrator, caracterizada estará a hipótese de responsabilidade extracontratual.

Requisitos existem para se verificar a ocorrência da responsabilidade contratual, podendo-se citar:

- 1) A imprescindibilidade da existência de um vínculo contratual entre a vítima e o autor do dano, uma vez que só a existência do contrato possibilita que aquele venha a exigir o cumprimento da prestação deste. Importante também é destacar que, não se tratando o pacto contratual de obrigação personalíssima, alcançará tal responsabilidade não só as partes como também seus respectivos herdeiros, significando dizer que, tanto o credor da obrigação quanto seus herdeiros, poderão reclamar do devedor ou seus sucessores o adimplemento da prestação, podendo até se for o caso, recorrer ao Poder Judiciário para o ressarcimento do prejuízo sofrido (perdas e danos) por conta da inexecução da prestação prevista no contrato.
- 2) É necessário, no entanto, que se caracterize um desrespeito ao contrato, integral ou parcial, por um ou por ambos os contratantes, ou ainda por terceiros. Neste último

caso, nas hipóteses em que se permite a intervenção de terceiros na execução ou cumprimento do contrato. Enfim, caracterizando-se, essa etapa, pelo inadimplemento ou mesmo pela mora da prestação acordada no ato negocial.

- 3) Por fim, imprescindível é que haja um nexo de causalidade entre o dano e a inexecução do contrato, seja em relação à obrigação principal seja em relação à acessória.

Importante observação faz o professor Rodrigues (2007), quando diz em outras palavras que, na maioria dos casos, se não em todos, a indenização, no caso da responsabilidade contratual, é um substitutivo da prestação contratada. De bom alvitre se faz citar o exemplo que Rodrigues (2007, p. 9) utiliza para ilustrar tal afirmação:

Quando um artista, contratado para uma série de apresentações, recusa-se a dar um ou mais dos recitais combinados, fica ele sujeito a reparar as perdas e danos experimentados pelo empresário. A indenização abrangerá o prejuízo efetivo, tais o aluguel do teatro, a publicidade feita, a impressão das entradas etc., bem como o lucro cessante, ou seja, o proveito que o empresário razoavelmente poderia ter tido. Mas a cifra arbitrada em dinheiro, que será paga pelo artista inadimplente, não é a prestação prometida, mas apenas um sucedâneo dela.

A Responsabilidade Contratual encontra fundamento no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente nos artigos 389 e seguintes, que tratam das disposições gerais do inadimplemento das obrigações, e nos artigos 395 e seguintes que tratam da mora, também como forma de inadimplência obrigacional, todos do Código Civil de 2002. Para melhor compreensão, útil é a reprodução pelo menos do caput dos dois artigos acima citados:

Art.389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor, por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art.395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Por sua vez, a Responsabilidade Extracontratual também denominada de responsabilidade aquiliana, ou ainda de responsabilidade delitual, corresponde aquela que não deriva de contrato, isto é, surge da violação de um mandamento legal, expressa na conduta do agente infrator, que por consequência resulta no prejuízo da vítima, surgindo para aquele o dever de reparar o dano causado a este.

Sendo assim, a responsabilidade extracontratual surge da prática de ato ilícito, e não do descumprimento da prestação acordada pelas partes em um contrato preexistente. É correto, então, concluir que a responsabilidade aquiliana resulta do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, uma vez que não existe vínculo anterior entre as partes, por não estarem elas relacionadas por um liame contratual ou obrigacional.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2008) configura-se a responsabilidade extracontratual quando o prejuízo decorrer diretamente da violação de uma norma legal, por força da atuação ilícita do agente infrator.

Interessante é ressaltar o conceito da responsabilidade aquiliana dada pela professora Diniz (2006, p. 532):

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.

A responsabilidade delitual encontra seu fundamento basicamente no artigo 186 que define o ato ilícito, e no artigo 927 que prevê o dever de reparação do dano para quem o comete, desde que ocasione prejuízo a outrem, na esfera patrimonial e/ou moral, ambos do Código Civil de 2002, inclusive já reproduzidos no capítulo anterior.

Por fim, é importante destacar que a parte dominante da doutrina entende que as duas responsabilidades, ou seja, a contratual e a extracontratual, são de igual natureza, não havendo, por isso, necessidade de discipliná-las de forma separada. Sendo estes adeptos da teoria unitária ou monista, a exemplo de Gonçalves (2007). E realmente nota-se de fato que os pressupostos da existência do dano, da culpa do agente e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo contratante, são comuns a ambas responsabilidades.

Os que partilham desse entendimento baseiam-se em argumentos, tais quais se a responsabilidade se funda na culpa, e esta corresponde a uma infração de uma obrigação preexistente, não há motivo algum para distinção de tais responsabilidades, apenas porque uma obrigação é oriunda de um contrato e a outra de qualquer outra fonte; além disso, às perdas e danos, a que fica sujeito o contratante, não corresponde exatamente à prestação avençada pelas partes no contrato, mas sim numa reparação do prejuízo pela inexecução

contratual, assemelhando-se, nesse caso, intensamente com a responsabilidade extracontratual.

A corrente clássica que defende a diversidade da natureza entre tais responsabilidades é, hodiernamente, muito criticada e combatida, pois o pensamento que prevalece na doutrina majoritária é o da uniformidade da natureza entre a responsabilidade contratual e extracontratual, defendendo tal divisão apenas para efeito didático e de sua melhor compreensão.

Compartilha em sua doutrina desse entendimento atual, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 16):

A depender, portanto, da *natureza da norma jurídica* violada pelo agente causador do dano, uma subdivisão – muito mais didática e legislativa do que propriamente científica – pode ser feita, subtipificando-se a responsabilidade civil em: contratual e extracontratual ou aquiliana.

3.1.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Como já comentado anteriormente, a responsabilidade civil quanto ao fundamento em que se baseia pode se classificar em Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva. Caracterizando-se aquela por encontrar sua justificativa na culpa ou dolo, por ato omissivo ou comissivo, que vem a lesionar determinada pessoa, enquanto a última encontra subsídio na idéia do risco, sendo irrelevante a demonstração de culpa ou do dolo praticado pelo agente, apenas necessitando, nesse caso, a comprovação da relação de causalidade entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente. Por isso, a rigor não se pode afirmar serem espécies distintas de responsabilidades, mas sim, maneiras distintas de encarar o dever de reparar o dano.

Disso pode-se concluir que a responsabilidade é subjetiva quando se ampara na idéia de culpa, sendo então a prova da culpa ou mesmo do dolo do agente pressuposto necessário ao dano indenizável. Dentro dessa concepção clássica, a responsabilidade apenas surge para o agente no caso do mesmo ter agido com culpa ou dolo.

Porém, é de extrema importância elucidar que casos existem em que a lei impõe, a certas pessoas, diante de determinadas circunstâncias, a reparação do dano cometido sem que tenha existido culpa por parte do agente, dizendo-se, em tais hipóteses, portanto, que a

responsabilidade é legal ou objetiva, pois não é necessária a demonstração de culpa, mas apenas donexo causal entre o dano sofrido pela vítima e a ação do agente.

Então, no caso da responsabilidade objetiva não é importante a prova de culpa, sendo esta em alguns casos presumida pela lei, e em outros totalmente prescindíveis sua comprovação.

No entanto, a teoria corrente considera objetiva aquela responsabilidade que independe totalmente de culpa, sendo consideradas as hipóteses em que a lei impõe a culpa presumida, casos de responsabilidade subjetiva, uma vez que se configura a existência de culpa ainda que presumida. É o que destaca em sua doutrina Gonçalves (2007, p.31):

A classificação corrente e tradicional, porém, denomina *objetiva* a responsabilidade que *independe de culpa*. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida.

Dessa forma, na responsabilidade objetiva, o primordial para que se caracterize o dever de indenizar, por parte do agente infrator, é a existência do nexocausal entre o prejuízo sofrido e a ação que gerou o dano. Para alguns doutrinadores, a exemplo de Gonçalves (2007), mesmo no caso da culpa presumida, a responsabilidade é subjetiva, pois se fundamenta, mesmo que presumidamente na idéia de culpa.

Na verdade, ainda de acordo com Pereira (apud GONÇALVES, 2007, p. 33), sobre a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, tem-se que:

A regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva.

Antigamente, no direito romano, prevalecia o objetivismo, porém não se fundava na ideia de risco, e sim na vingança. Posteriormente, com o progresso passou-se à pesquisa de culpa do autor do dano. Historicamente, a partir da segunda metade do Século XIX, com as intensas mudanças nas áreas sociais, econômicas, científicas e culturais, a responsabilidade objetiva tomou corpo, aparecendo como um sistema autônomo com base na idéia do risco.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro, representado em especial pelo Código Civil de 2002, adotou, em regra, a teoria subjetivista que se infere perfeitamente pela simples leitura dos seus artigos 186 e 927 já analisados no primeiro capítulo.

Porém, a grande inovação do Novo Código Civil está na adoção da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do seu artigo 927, com a finalidade de solucionar determinadas hipóteses, cuja responsabilidade subjetiva não era mais capaz de alcançá-las.

3.1.3 Responsabilidade Direta e Indireta

A responsabilidade civil também pode classificar-se quanto ao agente que pratica o ato do qual resulta prejuízo a outrem, ensejando para o mesmo a obrigação de reparar o dano por ele ocasionado. Assim, levando em consideração esse critério pode-se obter duas espécies de responsabilidade: a Responsabilidade Direta e a Responsabilidade Indireta.

A responsabilidade direta é aquela em que o ato causador do dano provém da própria pessoa imputada, isto é, de ato próprio. Dessa forma, a pessoa que pela prática de um ato próprio seu, causar dano a outrem, por culpa ou dolo, ou ainda, nos casos determinados na lei, que se comprove o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a ação do agente, deverá ressarcir tal dano, uma vez que por seu ato direto e imediato causou prejuízo a terceiro.

Já a responsabilidade indireta, também denominada de complexa, deriva de ato de terceiro e não de ato próprio do agente. No entanto, para que o agente venha reparar o dano sofrido pela vítima, por ato praticado por terceiro, necessário se faz a comprovação de que este último tenha um vínculo legal de responsabilidade com o agente diretamente responsabilizado. A responsabilidade indireta ainda pode surgir de fato de animal e de coisas inanimadas que se encontram sob a guarda de tal agente.

3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Não é fácil a caracterização dos pressupostos imprescindíveis para a configuração da responsabilidade civil, diante da tamanha imprecisão doutrinária sobre a disposição desses

elementos. Para Savatier (1951), por exemplo, os pressupostos da responsabilidade civil são a culpa e a imputabilidade; já Trimarchi (1961) exige como elementos essenciais, o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade.

No entanto, é de bom alvitre acompanhar boa parte da doutrina, que elenca tais pressupostos assim: ação ou conduta humana, a culpa do agente, o nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima. A disposição de tais elementos indispensáveis para caracterização da responsabilidade civil, nesta seqüência, torna mais didática e compreensível seu entendimento.

3.2.1 Ação ou omissão do agente

Primeiramente, é importante ressaltar que a responsabilidade civil deve ser considerada a expressão obrigacional mais perceptível da atividade humana. Assim sendo, considerando o fato da natureza como um fato jurídico, em sentido amplo, no que se diz respeito a fato causador de dano, não teria o condão de gerar responsabilidade civil, por não poder ser atribuído ao homem. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 27): “Apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado”. Ainda de acordo com os referidos autores na mesma lauda, destaca-se:

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, *da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do *primeiro elemento* da responsabilidade civil a ser estudado, seguido do dano e do nexo de causalidade.

Pode-se, concluir, portanto, que é imprescindível o elemento volitivo para que se caracterize a conduta humana, pois sem a liberdade de escolha do agente imputável, com a necessária consciência e discernimento daquilo que faz, impossível é a sua configuração. Nessa linha de pensamento, encontra-se Varela (apud GOMES 2000, p. 50-51): “... lembrando que ação voluntária não há, por faltar domínio de vontade humana quando o indivíduo age impedido por forças naturais invencíveis”.

A voluntariedade, então, é o cerne da conduta humana, não traduzindo, porém, a intenção do agente de causar o dano, mas simplesmente à consciência daquilo que pratica. Ademais, tal ocorre tanto diante da responsabilidade subjetiva (pautada na idéia de culpa) quanto da responsabilidade objetiva (baseada na idéia do risco), devendo o agente causador do dano, agir voluntariamente.

A ação humana pode se dá de forma comissiva ou de forma omissiva. Aquela se traduz num comportamento positivo, ativo do agente que, por exemplo, arremessa seu carro propositadamente contra a motocicleta de seu desafeto. Esta, por sua vez, corresponde a uma “abstenção”, um “não-fazer” por parte do omitente, gerando para si, caso resulte dano a alguém, o dever de reparação. Isso acontece, por exemplo, quando uma enfermeira, violando as regras de sua profissão ou mesmo do previsto no seu contrato de prestação de serviços, deixa de ministrar o medicamento prescrito pelo médico a determinado paciente.

Por último, ainda é importante ressaltar que na ação omissiva deverá também estar presente a voluntariedade, sem a qual se descaracteriza a conduta humana, pois é o que prescreve o artigo 186 do Código Civil de 2002, impondo a obrigação de reparação “aquele que por ação ou omissão voluntária” causar dano à outrem.

Conforme o que disciplina o Código Civil brasileiro, e ainda o que leciona o doutrinador Rodrigues (2007, p. 15): “A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”. São alguns exemplos de responsabilidades por ato próprio a calúnia, a injúria, entre diversos outros, podendo tais atos derivar de ato omissivo ou comissivo.

Ainda de acordo com Rodrigues (2007, p. 15), sobre a responsabilidade por ato próprio tem-se: “A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo”.

O ato do agente causador do dano importa-lhe num dever de reparação não só quando há, de sua parte, infringência direta à norma jurídica, ensejando tal obrigação, como também quando o ato praticado deturpa o fim por ela almejado. É o caso, por exemplo, quando alguém, abusando de seu direito, causar dano a outrem.

Importante também é o destaque das palavras do professor Rodrigues, ainda na mesma página logo acima citada, referente à responsabilidade civil por ato de terceiro:

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele. Assim, o pai responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia; o patrão responde pelos atos de seus empregados, e assim por diante.

Como exemplo de responsabilidade por ato de terceiros, observe-se o Código Civil de 2002:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

V – os que gratuitamente tiverem participado nos produtos do crime, até a corrente quantia.

Além da responsabilidade por ato próprio e de terceiro, também é possível o indivíduo ser obrigado a reparar o dano que, eventualmente, seu animal venha causar a determinada pessoa. É o que diz o Novo Código Civil em seu art. 936. “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

Por fim, como já foi anteriormente comentado, pode o indivíduo ser responsabilizado civilmente, se alguma coisa sob sua responsabilidade vier a trazer prejuízo a alguém. O supracitado Código, ainda rege:

Art.937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de faltas de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art.938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

A princípio poderia se questionar a falta de voluntariedade que caracteriza a conduta humana, no dano por ato de terceiro, por fato de animal ou de coisa sob a guarda do agente, desconfigurando, nesse caso, a responsabilização. No entanto, em uma análise mais aprofundada, nota-se que existem omissões ligadas a deveres jurídicos de custódia, diligência, vigilância ou má-eleição de representantes, sendo aí, a responsabilização imposta por norma legal.

Parte da doutrina, com frequência, aponta a ilicitude como aspecto imprescindível da conduta humana; esta é o primeiro elemento essencial da responsabilidade civil. Nessa linha de pensamento, encontra-se o civilista Venosa (2003, p. 22):

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

O fato é que, realmente, a sede legal (art.186 do Código Civil de 2002) da responsabilidade civil está na prática do ato ilícito. No entanto, existem casos que ensejam a responsabilidade civil sem necessariamente haver a ilicitude do ato, ainda que excepcionalmente, em virtude de norma legal. Compartilham desse entendimento Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 31): "... por isso não se pode dizer que a ilicitude acompanha necessariamente a ação humana danosa ensejadora da responsabilização". Também a civilista Diniz (2006, p. 42) leciona: "Deveras a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito".

Sendo, assim, em regra, a ilicitude acompanha a ação humana causadora do dano reparável, mas não de forma absoluta, pois, em situações excepcionais previstas na norma legal, possível será a responsabilização civil por ato lícito.

3.2.2 Culpa do agente

Esse é o segundo pressuposto da responsabilidade civil. Em regra, para que surja para o agente a obrigação de reparar o dano à vítima, por ato por ele praticado, indispensável se faz a comprovação de culpa ou dolo que integra tal ato. Nesse sentido se posiciona Rodrigues (2007, p. 16):

O segundo elemento, diria, o segundo pressuposto para caracterizar a responsabilidade pela reparação do dano é a culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo. A lei declara que, se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. De modo que, nos termos da lei, para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposos.

Em se tratando do dolo, o resultado danoso alcançado foi deliberadamente procurado pelo agente, isto é, ele desejava causar o dano e seu comportamento realmente o causou. Por outro lado, na culpa, o ato do agente não visava causar prejuízo algum a vítima, porém, de sua atitude negligente, imprudente ou imperita resultou num dano para ela.

Normalmente, para que a vítima obtenha a indenização, deverá ela provar que o agente causador do dano agiu culposa ou dolosamente.

Como já elucidado anteriormente, a regra básica no Novo Código Civil, para configuração da responsabilidade civil, é a culpa, surgindo, então, para o infrator o dever de reparar o dano por ele ocasionado. Todavia, excepcionalmente, e em hipóteses específicas, o ordenamento jurídico brasileiro, permite alguns casos de responsabilidade sem culpa, ou de culpa irrefragavelmente presumida.

De acordo com o doutrinador Rodrigues (2007, p. 148) a culpa pode ser analisada em diferentes graus, conforme a conduta do agente, assim analisada:

A culpa grave é a decorrente da imprudência ou negligência grosseira, como a do motorista que dirige sem estar habilitado, ou daquele que, em excesso de velocidade, atravessa um sinal de trânsito fechado. Costuma-se dizer que a culpa grave ao dolo se equipara.

A culpa leve é aquela na qual um homem de prudência normal pode incorrer. E a culpa levíssima é aquela da qual mesmo um homem de extrema cautela não poderia deixar de escapar.

Por fim é importante destacar que a distinção entre dolo e culpa, bem como o grau de culpa, de certo modo perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, surge, igualmente, o dever de indenizar a vítima, somente sendo amenizada tais distinções, no que tange a aplicação da obrigação ressarcitória, na análise de cada caso concreto feita pelo magistrado.

3.2.3 Nexo de Causalidade

Não existe a responsabilidade civil sem que haja a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou. Dessa forma, o liame entre o prejuízo e a ação denomina-se de nexos causal, de forma que, o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou pelo menos como consequência previsível.

Assim, tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal modo que esta é considerada como sua causa. Para que se verifique essa relação de causalidade, basta que se comprove que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido, conforme preceitua Gonçalves (2007, p. 329):

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexa causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.

Não há como confundir a imputabilidade com o nexa de causalidade, uma vez que aquela diz respeito a elementos subjetivos e este se refere a elementos objetivos, conscientes no ato comissivo ou omissivo do sujeito, atentatório de direito alheio, produzindo dano material e/ou moral.

No entanto, existem fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem a relação de causalidade, excluindo, assim, a responsabilidade do agente. São motivos excludentes da responsabilidade civil:

- a) A culpa exclusiva da vítima, caso em que a vítima deverá suportar todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo identificar, nessa hipótese, o nexa de causalidade entre a sua ação e a lesão;
- b) A culpa concorrente da vítima. Nesse caso, haverá uma bipartição dos prejuízos, e a vítima deverá suportar parte do dano em que concorreu com parcela de culpa. Responsabilização essa que será proporcional, devendo ser averiguada pelo juiz, na análise do caso concreto, cabendo ao agente reparar parte do prejuízo, também na dimensão de sua culpa;
- c) A culpa de terceiro. Nessa excludente de responsabilidade, qualquer pessoa, além da vítima ou do agente, de modo que, se alguém for procurado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de tal responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro;
- d) Caso fortuito ou força maior, pois tais fatos eliminam a culpabilidade diante da sua inevitabilidade. Caracterizam-se pela presença de dois requisitos: um objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na

produção do acontecimento. No caso fortuito e na força maior, o prejuízo é sempre ocasionado por algum acidente;

- e) Cláusula de não indenizar, vem a ser a estipulação pela qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou execução inadequada de um contrato, dano este, que na inexistência de tal cláusula, deveria ser ressarcido pelo infrator. Assim atua esse motivo excludente, exclusivamente, no campo contratual. Este fato exclui a responsabilidade, não por desaparecer o liame de causalidade, mas em razão da própria convenção entre as partes.

Ademais, a doutrina considera também como motivos que excluem a referida responsabilização: a legítima defesa, o estado de necessidade, pois estas são, na seara penal, excludentes de antijuridicidade (ilicitude). Portanto, o agente ao praticar um desses atos não estaria cometendo ato ilícito, uma vez que sua ação é permitida, excepcionalmente, por lei.

3.2.4 Dano sofrido pela vítima

É imprescindível a existência do dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Mesmo no caso da responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente, que deixa de cumprir a obrigação acordada, carrega em si, a presunção do dano. Dessa forma, sem a existência desse elemento não haveria que se falar em indenização.

Então, seja qual for a espécie de responsabilidade (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, direta ou indireta) o dano é requisito indispensável para que surja o dever de repará-lo.

Com muita autoridade, sobre a imprescindibilidade do dano para a caracterização da responsabilidade civil, escreve Cavalieri Filho (2000, p.70) em sua obra:

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.

Assim sendo, pode-se conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou moral, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Desse conceito ainda pode se extrair que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos, isto é, extrapatrimoniais, como, por exemplo, daqueles representados pelos direitos da personalidade, em especial o dano moral.

A reparação do dano constitui-se no produto da teoria da responsabilidade civil, numa sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor da vítima que suportou tal prejuízo. Assim, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, apesar de que a determinação judicial, muitas vezes, não terá o condão de restabelecer à situação anterior, devendo ser fixada, nesse caso, pelo magistrado, uma importância em pecúnia, a título de compensação.

Para que o dano seja efetivamente reparável, necessário se faz a presença simultânea de determinados requisitos, como: a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou moral de uma pessoa física ou jurídica, pois todo dano implica numa agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito; b) certeza do dano, uma vez que o indivíduo apenas será obrigado a indenizar o dano certo, efetivo, não sendo obrigado a reparar o dano abstrato ou hipotético; e c) subsistência do dano, esse requisito refere-se ao fato de que, a indenização não é exigível, se caso o dano já foi reparado espontaneamente pelo agente.

O dano ainda pode ser classificado em duas espécies: o dano patrimonial ou material e o dano moral. Em linhas gerais, aquele se baseia na idéia de prejuízo material, isto é, que possa ser apreciável economicamente. Enquanto este corresponde a um prejuízo ou lesão de direitos, o qual não possui conteúdo pecuniário, como é o caso dos direitos da personalidade. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 40-44) conceitua o dano sofrido pela vítima da seguinte forma:

O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo.

O dano moral, trata-se em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade).

O dano material ainda pode ser analisado sob dois aspectos: do dano emergente (que corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, isto é, o que ela perdeu) e do lucro cessante (que corresponde àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, o que ela não ganhou).

Uma das diferenças entre o dano material e o moral, além dos da esfera jurídica atingida e das conseqüências geradas de forma direta pelo evento danoso, é a forma de reparação de tal evento gerador do prejuízo.

O fato é que, no dano patrimonial, no qual um bem físico é atingido, de valor mensurável economicamente, a reparação pode ser realizada através da reposição natural. Isso já não é possível quanto ao dano moral, uma vez que a honra violada jamais pode ser restituída à sua situação anterior, residindo, nesse caso, a reparação no pagamento de uma soma pecuniária arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, com a finalidade de atenuar, pelo menos em parte, as conseqüências da lesão.

4 A CIRURGIA ESTÉTICA

4.1 A MEDICINA E A CIRURGIA ESTÉTICA

De acordo com a Enciclopédia Livre Wikipédia, a medicina é uma das áreas do conhecimento humano ligada à manutenção e restauração da saúde. Ela trabalha, num sentido amplo, com a prevenção e cura das doenças humanas num contexto médico. É a área de atuação do profissional formado em uma Faculdade de Medicina.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (2007), a saúde não é apenas a ausência de doença. Consiste no completo bem estar físico, mental, psicológico e social do indivíduo. É um estado cumulativo, que deve ser promovido durante toda a vida, de maneira a assegurar que seus benefícios sejam integralmente desfrutados em dias posteriores. Nesse contexto, diretrizes de organizações supranacionais, compostas por eminentes intelectuais do globo, relacionados à área de saúde, estabeleceram um novo paradigma de abordagem em medicina.

Hipócrates é considerado o pai da medicina. Considera-se que viveu entre 460 a 377 a.C. e deixou um legado ético e moral válido até hoje. Precursor do pensamento científico, procurava detalhes nas doenças de seus pacientes para chegar a um diagnóstico, utilizando explicações sobrenaturais, devido à limitação do conhecimento da época.

A Cirurgia Plástica, por sua vez, é considerada um dos ramos da especialidade médica que pode ter como finalidade um objetivo puramente estético (cirurgia plástica estética) ou a correção de uma deformidade física congênita ou mesmo ocasionada por acidentes, como por exemplo, queimaduras no corpo (cirurgia plástica reparadora). Existem quatro fatores determinantes da evolução da cirurgia em geral e, naturalmente, da Cirurgia Estética, sendo eles: a necessidade, os aspectos culturais, o conhecimento anatômico e o sucesso.

A necessidade sempre existiu, pois desde a presença do homem na terra, ocorreu trauma, lesão corporal e a patologia cirúrgica. Em determinados momentos ela aumenta, principalmente, com as guerras e o aprimoramento de armas capazes de agredir em maior escala, como as armas de fogo, de maneira ainda mais incisiva, a partir do Renascimento, período histórico das fabulosas máquinas de guerra, sendo estas aperfeiçoadas no transcorrer do tempo.

Os aspectos culturais (religiosos, sociais ou políticos) foram importantes, pois eles permitiram ou não, a realização de cirurgia, facilitando ou dificultando seu desenvolvimento. Também possibilitaram ou impediram o avanço dos estudos anatômicos.

O conhecimento anatômico foi condição vital para o avanço da cirurgia, pois conhecendo o corpo humano adequadamente, o médico teve possibilidade de atuar nele com menor probabilidade de erro. Os estudos anatômicos estiveram presentes em algumas culturas, como na Índia, no segundo milênio a.C., mas foi a partir do Renascimento, no século XVI, que tomaram impulso definitivo, principalmente, com Leonardo da Vinci e Andreas Vesalius, este, com sua obra “De Humani Corporis Fabrica”, publicada em 1543, marco inicial da anatomia moderna.

O sucesso foi fator que fez com que a cirurgia passasse a ser vista como um meio de tratamento e não mais como última alternativa. Foi ele que possibilitou a visão mais natural do procedimento, principalmente, por parte do paciente e da sociedade. Ele vai estar presente em percentual maior a partir dos estudos de Pasteur, em meados do século passado e com a antissepsia cirúrgica, idealizada por Lister, em 1865.

De acordo com Martire Júnior (2001), a cirurgia estética sofreu diversas evoluções no tempo, tendo suas origens desde as culturas babilônicas, assírias e egípcias, nas quais o insucesso era punido com penalidades, chegando aos padrões de técnicas altamente especializadas dos dias atuais.

Ainda, segundo o referido autor, a existência de especialistas, a necessidade crescente, a anatomia dominada e o sucesso consolidado somam-se as mudanças socioculturais a partir da década 20, com a posição mais independente da mulher e a maior exposição corporal. A cirurgia estética avança a passos largos, incorporando-se à sociedade como recurso dos mais utilizados para obtenção de uma das finalidades primárias da medicina: o bem-estar do ser humano.

O fato é que, atualmente, o número de cirurgias plásticas (puramente estéticas ou reparadoras) vem crescendo de forma significativa em todo o mundo, e de maneira mais específica no Brasil, que, segundo a jornalista e pesquisadora Rita Mendonça, em notícia publicada no dia 20 de junho de 2009 (disponível em: [Um Direito que Respeite! Curiosidades sobre cirurgia plástica.htm](#)) é o segundo país do mundo em número de realizações de cirurgias plásticas e em quantidade de cirurgiões, apenas ficando atrás dos Estados Unidos.

Com a globalização a cirurgia plástica ultrapassou fronteiras medicinais e virou moda, construindo corpos esculturais e modificando rostos, muitas vezes procurado pela Justiça. Esse aumento é comprovado pelos dados apresentados pela Sociedade Brasileira de

Cirurgia Plástica, publicados na Folha de São Paulo, no dia 13 de fevereiro de 2009, que evidenciam o perfil das cirurgias plásticas realizadas no país no ano de 2008.

Essas informações constantes no Anexo A deste trabalho se referem ao seguinte: número de intervenções cirúrgicas ou não; tipos de cirurgias (estética ou reparadora); intervenções estéticas mais realizadas e cirurgias reparadoras mais frequentes, destacando ainda, a faixa etária, o sexo, os locais mais procurados e a nacionalidade dos pacientes. Ainda, conforme citada publicação, estima-se que sejam realizadas por ano no Brasil cerca de 629 mil cirurgias plásticas.

4.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Partindo-se do pressuposto de que o sujeito realiza determinada atividade em decorrência de sua atuação profissional, estará este, em regra, diante da responsabilidade civil contratual.

Isto é fato, pois o exercício da profissão subentende, em circunstâncias normais, a anterior realização de um negócio jurídico, em que o profissional se obriga a realizar determinada atividade pactuada.

No entanto, segundo a professora Diniz (2006) não se pode olvidar que determinadas profissões sejam dotadas de função social; daí serem estas obrigações, legais, de modo que o profissional responderá pelos danos em decorrência da prestação de seu serviço, assim como responderá também, pelas obrigações assumidas contratualmente.

É o caso, por exemplo, da responsabilidade contratual do médico, quando se cogita da extensão do tratamento de seu paciente e de sua remuneração, devendo o mesmo em contrapartida realizar seus deveres com diligência. Porém, quando um médico faz uma operação altamente perigosa e não consentida, sem observar as normas regulamentares de sua profissão, o caso será de responsabilidade extracontratual, uma vez que não houve inadimplemento contratual, mas uma violação a um dever legal, previsto no ordenamento jurídico.

Diante disso, a responsabilidade civil por danos ocasionados pelo exercício profissional tem natureza subjetiva e, em regra, contratual, ou seja, é necessária para a

responsabilização profissional a comprovação de culpa por quem prestou tal ofício, ensejando esta, na maioria das vezes, num descumprimento, por uma das partes, de cláusula contratual.

Porém, como dito, a responsabilidade civil pode ainda, em alguns casos ser, extracontratual, se o profissional violar apenas dever legal, ou mesmo, deveres previstos nas normas regulamentares de sua profissão, sem que haja inadimplência contratual.

4.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

É importante para melhor compreensão da natureza jurídica da responsabilidade civil no exercício profissional e, mais especificamente do médico, a distinção entre obrigações de meio e de resultado.

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender a sua atividade, sem garantir, no entanto o resultado esperado. Já na obrigação de resultado, o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade com diligência, mas, essencialmente, a produzir o resultado esperado pelo credor da obrigação. Assim destaca a Diniz (2006, p. 294-295):

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor.

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado.

Em relação à obrigação de meio, para que se caracterize seu inadimplemento, é imprescindível a análise do comportamento do devedor, de modo que o credor demonstrará ou provará que o resultado desejado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava vinculado. Assim, nesse tipo de obrigação, o devedor apenas está obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor.

Dessa forma, liberado estará da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independentemente da consecução efetiva do resultado. Então, o obrigado só

poderá ser responsabilizado se o credor provar a ausência total do comportamento exigido, ou mesmo uma conduta pouco diligente.

Na verificação da responsabilidade médica, a prova de negligência e imperícia, constitui verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o mesmo, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora civil subjetiva, estará sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII).

Como exemplo de obrigação de meio, pode-se destacar o contrato de prestação de serviços profissionais realizados pelo médico, pois, os serviços nos quais se propõe de cuidar de um doente, não poderá o referido profissional, garantir-lhe a cura. Assim, quem procura um médico, geralmente, quer o restabelecimento de sua saúde, mas esse resultado não é objeto do contrato, pois o paciente tem o direito de exigir que o médico o trate de forma diligente e consciente, conforme os progressos da medicina, procurando obter sempre o consentimento prévio e esclarecido do paciente.

Portanto, se agiu com a devida diligência e cuidado, não poderá o médico ser, neste tipo de obrigação, responsabilizado, além de ter ele, ainda, direito a remuneração por seus serviços regularmente prestados.

Já na obrigação de resultado ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação enseja num resultado útil ao credor, a sua inexecução é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, uma vez que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado.

Assim, o devedor só se isentará da responsabilidade se comprovar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior, não tendo, mesmo nesse caso, direito a contraprestação.

Como já exposto, as obrigações do médico, em geral, são fundamentalmente de meio, uma vez que esse profissional, a despeito do dever profissional de atuar segundo as mais adequadas regras técnicas e científicas disponíveis naquele momento, não pode garantir o resultado de sua atuação.

Todavia, é essencial o destaque da obrigação do cirurgião plástico. Em se tratando de cirurgia plástica estética, haverá, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência, obrigação de resultado. No entanto, quanto à cirurgia plástica reparadora, a obrigação do médico será considerada de meio, e sua responsabilidade excluída se não conseguir recompor integralmente o corpo do paciente, a despeito de haver utilizado as melhores técnicas disponíveis.

Por fim, é importante salientar que tanto na obrigação de meio quanto na obrigação de resultado, necessário se faz a prova de culpa, pelos danos causados à vítima. Ocorre, no entanto, a inversão do ônus da prova do elemento anímico, perceptível apenas em relação às obrigações de resultado, conforme preceitua Kfoury Neto (2002). Ainda, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 206), sobre a inversão do ônus da prova na obrigação de meio e na obrigação de resultado:

Isso se dá, por óbvio, porque, na primeira forma, o obrigado só será responsável se o credor comprovar a ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal, ao contrário da segunda modalidade, em que o credor se isentará de responsabilidade se demonstrar que não agiu culposamente. Ou seja, em ambas as situações, o elemento culpa é relevante, mas o ônus de sua prova deverá ser distribuído em forma de obrigação avençada.

O que vem se percebendo é o efetivo atendimento pelos magistrados, seja em primeiro grau de jurisdição ou em fase de recurso, da concepção dessa inversão do ônus da prova, quando se verifica a responsabilidade médica, inclusive na cirurgia plástica, evidenciando-se, assim, que a relação médico/paciente deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, sendo nessa ótica, o paciente a parte hipossuficiente na relação consumerista.

Cumpra-se, por fim, destacar que essa dicotomia de obrigações (obrigação de meio ou obrigação de resultado), vem sendo criticada por alguns doutrinadores, devido à quantidade infinita de conteúdo das mais variadas obrigações existentes. Essa crítica é observada por Massara (2009), em sua tese de doutorado, publicada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica Regional de Minas Gerais, na qual revela:

Cumpra encarar uma crítica levantada pela doutrina: a de que essa distinção obrigação de meio ou obrigação de resultado é empobrecedora da realidade, já que na vida jurídica nos deparamos com obrigações de conteúdo infinitamente variado, impondo-se lançar mão de alguns fatores ou características para enquadrar as obrigações em uma dessas duas categorias, a fim de corrigir a inadequação causada pela generalidade de apenas duas categorias, que nem são opostas entre si.

Dessa forma, pode-se concluir que, essa dicotomia de obrigações, para alguns estudiosos, a exemplo de Massara (2009), tende a se extinguir devido às diferentes matérias abordadas pelas diversas obrigações existentes no mundo jurídico.

4.4 CIRURGIA ESTÉTICA E CIRURGIA PLÁSTICA

As expressões cirurgia estética e cirurgia plástica, apesar de na maioria das vezes serem empregadas como sinônimas, para parte da doutrina civilista, vêm sendo elas utilizadas em diferentes contextos nos quais nem sempre têm o mesmo significado. A cirurgia estética vem sendo empregada como o procedimento cirúrgico a que o indivíduo se submete, com fins precípuos de embelezamento, isto é, finalidades puramente estéticas, como, por exemplo, a cirurgia de lipoaspiração, ou mesmo de correção do nariz (rinoplastia), ou ainda no caso das mulheres, implantação de silicones nos seios, ou redução do volume mamário (mamoplastia redutora), além de outros diversos procedimentos que visam tal fim.

Já o termo cirurgia plástica vem sendo empregado como a cirurgia que visa a reparar as deformidades congênitas, como, por exemplo, a correção cirúrgica de um lábio leporino, de queimaduras causadas por um incêndio, deformidade causadas por acidentes domésticos ou urbanos, entre outros. Dessa forma, parte da doutrina admite a distinção dos termos, cirurgia plástica (reparadora) e cirurgia estética (aquela com fins unicamente estéticos).

No entanto, tal diferença não se faz essencial, pois o imprescindível é que se tenha a ideia de que existe tanto a cirurgia estética cujo fim primordial é puramente estético, como também há o procedimento cirúrgico, que visa precipuamente à correção de uma enfermidade congênita ou mesmo de uma deformação causada por acidente.

Por fim, é importante destacar que a expressão “cirurgia plástica”, ainda é a mais utilizada no meio social, tendo referida expressão o mesmo significado para ambos os aspectos (fins puramente estéticos e correção de deformidade congênita). O termo “cirurgia plástica” é utilizado também nesse sentido pela própria Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Na verdade a Cirurgia Plástica é o gênero da qual a Cirurgia Estética e a Cirurgia Reparadora são espécies.

4.5 ERRO MÉDICO

Como já exposto, a responsabilidade civil do médico quanto ao desempenho de suas atividades profissionais (liberal ou empregatícia) é subjetiva, surgindo, assim, a necessidade de análise do erro médico.

O fato é que a arte médica não é uma ciência exata, como, por exemplo, a matemática, não podendo, pois, o médico prometer a seu paciente, de forma peremptória, que o curará, uma vez dada a sua condição, em regra, de obrigação de meio.

Portanto, é evidente a situação de quando o médico se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou mesmo demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional. Nesse caso, surge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever, ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.

Então, imprescindível é a prova de culpa tão quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 220), no que tange à definição de erro médico, infere-se:

O erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina.

Conforme, já dissemos, na caracterização desse erro atua o elemento anímico culpa, especialmente sob a roupagem da imperícia e da negligência.

Na verdade, além da responsabilidade civil, o médico pode também vir a ser responsabilizado na seara penal ou administrativa. Neste último caso, a entidade profissional fiscalizadora a que pertence – o Conselho Federal e Regional de Medicina -, pode até, em situações gravíssimas, proibi-lo de exercer seu ofício. Salientando, porém, que a imposição de qualquer sanção administrativa, nos termos da Carta Magna brasileira (art.5º, LV), exige a observância do devido processo legal, sendo garantidos, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Embora o erro médico, na grande maioria dos casos, seja produto de um problema sistemático (infra-estrutura, negligência e imprudência do paciente, falta de medicamentos,

entre outros), é fato que quase sempre o erro é associado apenas ao profissional formado em Medicina.

Evidente são os avanços da medicina, inclusive da cirurgia plástica, sendo a relação médico/paciente, em especial no caso da cirurgia plástica, afetada por tais avanços. Assim, nas decisões dos tribunais, os magistrados vêm levando em consideração, na análise da existência do erro médico, o contingente emocional do paciente, alimentado no momento crítico da dor causada pela falta de diligência médica, causa geradora do erro médico.

O exercício profissional da cirurgia plástica exige do médico não só profundos conhecimentos científicos, mas também uma visão certa e mais humanizada. Não obstante, o que se percebe é o aumento nos índices de danos causados por erro médico.

Porém, é importante distinguir erro médico da não consecução do resultado querido pelo paciente, numa cirurgia plástica, pois aquele se identifica pela falha do profissional que não utilizou de todas as suas diligências técnicas e científicas. Já na inobservância do resultado almejado pelo paciente, o médico cirurgião plástico pode ter utilizado de toda a sua diligência profissional, porém, mesmo assim, não ter conseguido alcançar o fim desejado pelo paciente, sendo tal hipótese fática, o bastante para este venha pleitear judicialmente um ressarcimento indenizatório do médico, simplesmente pela inexecução ou execução inadequada do pacto avençado no contrato.

Grossi e Lopez (2008), ressaltam em seu artigo que na verificação do erro médico deve ser analisado não só o desvio de comportamento do médico, mas também do paciente, pois este último pode vir a fazer ou deixar de fazer algo imprescindível para excelência de sua recuperação.

Partilha desse entendimento Massara (2009) defendendo que o paciente, na cirurgia plástica, tanto pode ter papel ativo quanto passivo. A participação ativa corresponde à interação necessária do paciente na relação contratual, estando ela representada por atos, tais quais: o fornecimento de dados sobre sua pessoa, visando a uma avaliação mais completa de suas condições físicas e psíquicas, devendo notificar o médico em caso de qualquer anormalidade no pré e no pós-operatório; tomar a medicação de maneira correta, entre outros.

Já a participação passiva é representada pela resposta orgânica do paciente, caracterizada pelas reações individuais de cada um, frente a um mesmo tratamento, seja clínico ou cirúrgico.

4.6 DIREITO COMPARADO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A cirurgia estética passou por várias fases até se solidificar o entendimento de que se trata de uma especialidade médica lícita e normal, uma vez que foi reconhecido o direito que as pessoas têm de cuidar de sua aparência do mesmo modo que cuidam da saúde.

Já se salientou anteriormente que a obrigação do médico, em geral, é uma obrigação de meio, assim como também consiste neste tipo de obrigação, a cirurgia plástica corretiva que tem por finalidade corrigir deformações físicas congênitas ou traumáticas, pois mesmo neste último exemplo, o médico nem sempre pode garantir eliminar completamente o defeito, por mais competente que seja.

Todavia, na cirurgia plástica estética o objetivo principal do paciente é melhorar sua aparência, tendo fins precípuos de embelezamento. Neste caso, segundo maior parte da doutrina, o médico assume uma obrigação de resultado, pois estará se comprometendo a proporcionar ao paciente o resultado pretendido, devendo alertá-lo se este não for possível.

Porém, na doutrina brasileira há quem conteste possa o médico assumir a obrigação de resultado na cirurgia estética, enfatizando que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, já que estes correm os mesmos riscos, uma vez que em que toda cirurgia existe um risco ligado à reação do próprio organismo humano, além de infecção hospitalar, pele sensível, etc.; assim sendo, nestas situações imprevisíveis, não poderá o médico ser responsabilizado se aplicou de forma correta e regular, as técnicas e diligências adequadas.

Interessante se torna a análise da questão quando se recorre ao direito comparado. De acordo com Kfoury Neto (2001), sob o regime legal do Canadá, que segue o sistema do Common Law, a exceção de Quebec, que herdou as tradições do Código Civil Napoleônico, é evidente a responsabilidade dos médicos como obrigação de meio, e não de resultado, na medida em que os cirurgiões não estão obrigados a obter sempre bons resultados, mas estando sim obrigados a fornecer competente informação e tratamento aos pacientes.

Nesse sentido, também a doutrina Argentina se manifesta sobre o tema, através das lições 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.

Dessa forma, pode-se ressaltar que grande parte da doutrina Argentina posiciona-se no sentido de que a obrigação dos cirurgiões estéticos é de meio e não de resultado, não se diferenciando, assim, a obrigação desses médicos das dos demais, que como já visto é obrigação de meio.

Ainda nessa vertente, encontra-se Lorenzetti (1997), afirmando em sua obra que, no campo da cirurgia plástica, o médico não tem plena seguridade no êxito da aplicação de sua ciência, técnicas e arte sobre quem requer sua atuação, além de não poder prever o funcionamento do organismo de seu paciente, sendo, dessa forma, a cirurgia plástica estética uma obrigação de meio.

4.7 RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE PLANO DE SAÚDE

Sabe-se que devido à situação precária do serviço público de saúde, a sociedade brasileira viu a desenvolver em seu meio um novo ramo de atividade econômica: são as empresas mantenedoras de planos privados de assistência à saúde.

Nos termos da Lei nº 9.656/98, que regula a matéria dos planos privados de assistência à saúde, considera-se estes como titulares de uma relação jurídica decorrente de uma exploração econômica enquadrável nas previsões das normas disciplinadoras de relação de consumo. Sendo assim, nesse sentido, parece-se prudente que esses planos também respondam solidariamente pelos danos causados pelos profissionais credenciados ou autorizados, no caso de erro médico.

É importante ressaltar que a contribuição desses planos e convênios para o acesso da população a serviços de saúde de qualidade é inegável, porém, também é inegável o seu caráter comercial, não se podendo negar que estes, na condição de maiores beneficiados financeiramente com tais atividades fornecidas, devem também serem responsabilizadas por eventuais danos que seus associados venham a sofrer.

O fato é que, o segurado, ou seja, o paciente se sujeita a um catálogo, previamente fornecido pelo seu plano ou convênio de saúde, o qual contém todos os profissionais credenciados. No entanto, é evidente a ausência da liberdade plena de escolha do segurado, devendo, neste caso, a companhia seguradora suportar a responsabilidade jurídica do dano

causado por seu médico autorizado, caracterizando-se, assim, como se trata de uma prestação de serviço no mercado de consumo, de responsabilidade civil objetiva da companhia, uma vez que a mesma assume os riscos de sua atividade.

4.8 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS

Conforme visto, apesar da responsabilidade civil do médico ser subjetiva, o mesmo não pode ser aferido quando se analisa a responsabilidade do hospital ou da clínica médica onde são prestados os serviços.

Portanto, aplica-se, neste caso, a regra da responsabilização objetiva prevista nos seguintes termos do Código Civil de 2002: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: III – o empregado ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Assim, uma vez que o médico integre o quadro de pessoal do hospital ou da clínica, a responsabilidade surge, nos termos do supracitado artigo. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 221): “Registre-se, inclusive, que essa regra se aplica também a hospitais filantrópicos, pois a atividade assistencial não afasta a responsabilidade pelo dever geral de vigilância e eleição que deve manter com seus profissionais”.

No entanto, existem casos em que o médico, eventualmente, se utiliza do hospital ou da clínica médica para realizar determinado procedimento cirúrgico. Nesta hipótese, entende a melhor doutrina, partilhando deste entendimento Gagliano e Pamplona Filho (2008), que ainda assim, a responsabilidade objetiva daqueles persiste, embora possa se, evidenciar, neste caso, o direito de regresso contra o médico.

5 DA RESONSABILIDADE MÉDICA

5.1 DO DANO E SUA REPARAÇÃO NA CIRURGIA ESTÉTICA

5.1.1 Dano moral

Como já elucidado anteriormente, o dano corresponde a um dos requisitos indispensáveis da responsabilidade civil, independentemente da sua espécie, isto é, seja ela contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, sem o qual a referida responsabilidade não existe.

Assim sendo, o dano ou prejuízo consiste na lesão a um direito juridicamente tutelado, seja ele patrimonial ou não, por ato comissivo ou omissivo, de terceiro que deverá ressarcir tal dano causado. Em linhas gerais, a violação aos direitos não-patrimoniais consiste numa afronta aos direitos personalíssimos⁰, isto é, que não possuem cunho patrimonial, diferente da lesão aos direitos patrimoniais, que representam uma diminuição patrimonial do indivíduo lesado.

A responsabilidade do médico na cirurgia estética é essencialmente contratual, pois resulta de um ilícito contratual, isto é, na falta de adimplemento ou na mora do cumprimento de qualquer obrigação, consistindo numa infração a um dever especial estabelecido pelas partes contratantes, da qual o médico só se exime se comprovar que agiu com toda a sua diligência e cuidado na busca do resultado almejado pelo paciente.

Sabe-se, ainda, que de acordo com a maioria da doutrina e da jurisprudência, a supracitada espécie de cirurgia (estética) consiste numa obrigação de resultado, na qual o médico se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado desejado pelo paciente. Compartilham deste entendimento, Gagliano e Pamplona Filho (2008) e Gonçalves (2007), além de outros doutrinadores.

Dessa forma, se o médico em tal procedimento cirúrgico não se utilizou corretamente de suas diligências e cuidados, vindo a causar dano ou prejuízo a seu paciente, deverá o profissional ressarcir-lo do prejuízo causado, seja o dano material e/ou moral. Nesse caso, bastará apenas a não consecução do fim almejado pelo paciente, para que se possa configurar a responsabilidade civil do médico-cirurgião.

O dano moral é aquele que atinge o ofendido como pessoa, isto é, seus direitos inerentes à personalidade, não tendo nenhum conteúdo patrimonial. Como bem destaca Gonçalves (2007, p. 358), sobre o conceito de dano moral:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Todavia, o dano moral propriamente dito consiste no ato que vem ocasionar à lesão do bem jurídico tutelado, configurando-se a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, apenas em estados de espírito que representam o conteúdo, ou seja, a consequência do dano. Isso é importante, uma vez que, por exemplo, o padecimento e o complexo que suporta uma vítima de dano estético, correspondem a estados de espírito contingentes e variáveis, sentindo cada pessoa a seu modo.

A maioria doutrinária, a exemplo de Gonçalves (2007), defende que, no que tange aos bens lesados e à configuração do dano moral, a enumeração das hipóteses previstas na Constituição Federal, não seja taxativa e sim meramente exemplificativa. No entanto, o julgador não deve afastar-se das diretrizes por ela traçada, sob pena de se considerar dano moral, pequenos incômodos e desconfortos que todos estão sujeitos pelo convívio em coletividade.

Assim sendo, segundo Cavalieri Filho (2000), para se evitar excessos e abusos, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira de maneira significativa no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhes aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Por fim, pode-se ainda afirmar que, além do próprio ofendido, poderão reclamar a reparação do dano moral, na cirurgia estética, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheira e os membros de sua família a ele ligados efetivamente.

O dano moral é, na maioria das vezes, arguido pelo paciente que se considera vítima de um procedimento mal-sucedido, decorrente da cirurgia plástica, pois os julgados dos tribunais vêm acatando este tipo de dano devido ao fator emocional, alimentado no momento crítico da dor, da angústia experimentada pelo paciente que terá até, em alguns casos, que conviver com a marca deixada pelo procedimento realizado de forma insatisfatória.

5.1.2 Dano material

O dano patrimonial ou material é o que atinge os bens que integram o patrimônio da vítima, podendo esse conjunto de bens de valores patrimoniais ser considerado como o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa que pode ser auferido em seu valor pecuniário.

O dano material é suscetível de avaliação pecuniária e pode ser reparado de diferentes formas: diretamente, por meio da restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, ou indiretamente, mediante equivalente indenização pecuniária.

No entanto, nem sempre o dano material resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais, ocorrendo também com a violação de bens personalíssimos, como, por exemplo, o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, podendo a afronta a estes bens da personalidade refletir no patrimônio do ofendido, gerando prejuízos diretos para este, configurando o que alguns autores denominam de dano patrimonial indireto.

Sendo assim, o dano material pode atingir não somente o patrimônio atual da vítima, como também o futuro, caracterizado pelo impedimento de seu crescimento, ou provocação de sua redução, surgindo daí duas espécies de dano material: o dano emergente e o lucro cessante.

O dano emergente consiste numa imediata e efetiva diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito praticado pelo ofensor, sendo, de acordo com o art. 952 do Novo Código Civil, aquilo que efetivamente o ofendido perdeu. Corresponde na cirurgia estética todo o valor pecuniário compreendido com o procedimento cirúrgico, como, por exemplo, medicamentos utilizados no pós-operatório, entre outros gastos financeiros.

O lucro cessante é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima. Dessa forma, trata-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, podendo derivar-se não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como também da frustração daquilo que era razoavelmente estimado. Analisando sobre o ponto de vista da cirurgia estética, é o caso, por exemplo, de uma modelo, vítima de um procedimento cirúrgico mal realizado, que lhe deixou seqüelas, marcas, ou cicatrizes no corpo.

É importante, ainda, evidenciar os titulares da ação de ressarcimento de dano material. Cabe, evidentemente, à vítima da lesão pessoal ou patrimonial, o direito da pretensão indenizatória. Na interpretação do art. 943 do Código Civil de 2002, destaca-se: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”, cabe também aos herdeiros o direito de pleitear referida ação indenizatória. Tem-se admitido,

hodiernamente, ao companheiro receber indenização, sem nenhuma distinção, desde que comprovada a união estável, pela convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, é o que prescreve o art. 226, § 3º da Constituição Federal e também o art. 1.723 do Novo Código Civil.

5.1.3 Dano estético

A perceptibilidade do dano estético insere-se na deformidade causada à vítima. Conforme preceitua Gonçalves (2007) a pedra de toque da deformidade consiste no dano estético, repousando o conceito de deformidade, na estética, e só se configurando quando causa uma impressão, se não de repugnância, pelo menos de desgosto, trazendo para o seu portador uma situação vexatória.

Ademais, a jurisprudência, apesar de encontrar dificuldade prática na fixação da indenização, por conta da unicidade do dano, como causa, e da duplicidade de suas repercussões, moral e patrimonial, como efeitos, reconhece o conteúdo moral do dano estético.

Imprescindível para caracterização da deformidade é a ocorrência do dano estético, indenizando-se, assim, o sofrimento, a humilhação, a tristeza, como conseqüências do dano moral, tendo como causa a deformidade física experimentada pelo ofendido. Gonçalves (2007, p. 417) afirma:

Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste.

No entanto, existem situações em que o dano estético pode acarretar dano patrimonial à vítima, por causar-lhe incapacidade para o exercício de sua profissão, como, por exemplo, no caso de uma atriz cinematográfica, ou de uma modelo, como também o dano moral, caracterizado pela deformidade, causado pela negligência, imprudência ou imperícia do médico cirurgião plástico. Nesse caso, admite-se, a cumulação do dano patrimonial com o estético, sendo este último um aspecto do dano moral.

O que não se admite é a cumulação do dano estético com o moral, para evitar a caracterização do conhecido *bis in idem*. Todavia, em casos especiais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem em seus julgados admitindo tal cumulação.

Sendo assim, de acordo com o STJ, é possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral. Esse é o entendimento deste órgão, conforme a recente Súmula 387, que dispõe: “É lícito a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, sendo aprovada pela Segunda Seção, que entende caber a acumulação de ambos os danos quando, ainda que decorrentes do mesmo fato, é possível a identificação separada de cada um deles.

5.2 DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

O anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se nos mais estritos princípios de justiça, principalmente quando o prejuízo foi causado intencionalmente.

É notável que seja peculiar a situação do médico cirurgião plástico, uma vez que a doutrina majoritária e a jurisprudência vêm reconhecendo a cirurgia plástico-estética como uma obrigação contratual de resultado. Esse entendimento encontra fundamento no fato de que, o paciente quando vai à procura do médico, tem o desejo de corrigir algum defeito, tendo um fim puramente estético, e não porque se encontra doente. Ainda segundo tal interpretação, interessa ao mesmo, principalmente, o resultado. Dessa forma, se o cliente fica com o aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Conforme as palavras do doutrinador Gonçalves (2007, p. 245):

Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias.

No entanto, alguns entendimentos doutrinários e de julgadores, a exemplo de Kfoury Neto (2001), evidenciam que a cirurgia plástico-estética consiste numa obrigação de meio, pelo fato de que é imprevisível saber como o organismo humano reagirá, durante a cirurgia ou mesmo ao pós-operatório. Assim, de acordo com essa concepção, o médico só poderá ser responsabilizado se ficar evidenciado a sua culpa, isto é, se o mesmo agiu com

toda sua diligência e cuidado e, mesmo assim, não pôde corrigir o problema estético, não poderá ele ser obrigado ao ressarcimento indenizatório do paciente, apenas pelo fato de não ter conseguido alcançar o resultado desejado por este último.

5.3 A CIRURGIA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO

É importante destacar que, no campo do direito médico, a cirurgia plástica ocupa um lugar de evidência, pois a incidência de processos versando sobre esta especialidade assume proporções desmedidas, perceptíveis na verificação da quantidade de cirurgiões plásticos que sofrem ou já sofreram questionamentos judiciais em relação à sua prática profissional.

Há uma grande discussão na doutrina nacional quanto à natureza jurídica da obrigação médica, se consiste esta em obrigação de meio ou de resultado. É pacífico o entendimento de que, a atividade médica, em geral, é considerada uma obrigação de meio, uma vez que o exercício da medicina não promete cura, mas sim um tratamento adequado, conforme as normas de prudência, perícia e diligência, e comprometimento da postura ético-profissional por parte do médico em favor da melhora do paciente.

Entretanto, dentre as exceções à regra acima mencionada, encontra-se a cirurgia plástica com finalidade puramente estética, sendo esta, segundo entendimento da maior parte da doutrina e dos tribunais pátrios, uma obrigação de resultado, implicando comprometimento do cirurgião com o total êxito de sua intervenção.

Há pouco tempo, era generalizada a idéia de que o conceito de cirurgia plástica com fins estéticos, sem objetivos terapêuticos, se constituía apenas num simples capricho do paciente, sendo assim, desnecessária.

Todavia, houve evolução do conceito de saúde, devendo-se considerar que nele também está inserido a incolumidade psíquica e social e não apenas o bem-estar físico, não havendo, portanto, espaço para dúvidas sobre a finalidade curativa da cirurgia estética. Essa nova definição de saúde é dada pela Organização Mundial de Saúde (2007), que diz ser o fator saúde, não só a ausência de doença, mas também o total bem-estar físico, mental, psicológico e social do indivíduo. Nessa concepção, advogam Couto Filho e Souza (2004, p.16):

Hodiernamente, esta questão de outrora se encontra pacificada, pois é dever da medicina zelar pela saúde física e mental dos pacientes. Nesta marcha, não se pode olvidar que mesmo alguém aparentemente perfeito, que se enquadre nos padrões normais de beleza, e que deseje realizar certa cirurgia para modificar, por exemplo, a mama, tornando-a menor, não esteja, em algum nível, sofrendo de um mal, ainda que em órbita mental. Resulta que esse mal vai desde a angústia e a sofreguidão, por achar-se com uma mama feia, até o profundo estado de depressão. Portanto, não há de se raciocinar, em tempos atuais, que a cirurgia estética se consubstancia em intervenção desnecessária, em cirurgia de luxo, que não possui licitude. Ao contrário, é uma especialidade médica como outra qualquer, onde as obrigações do cirurgião são iguais às dos demais médicos de diferentes especialidades.

É fato que a concepção de saúde atual não está ligada exclusivamente à inexistência de doença, mas também ao verdadeiro bem-estar de espírito do indivíduo, refletindo este fator no seu próprio convívio social.

Ainda compartilhando com esse entendimento, encontra-se Kfoury Neto (2001, p. 160):

Hodiernamente, não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma ‘cirurgia de luxo’ ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique – daí se poder falar, ainda que em termos brandos, como afirma *Avecone* – de Estado Patológico.

O cirurgião plástico Avelar (2000), em sua obra “Cirurgia plástica: obrigação de meio”, menciona a existência de componentes psicológicos que podem influenciar de forma decisiva nas reações orgânicas dos pacientes, bem como muitos outros fatores, como, por exemplo, a forma que o paciente reagirá ao pós-operatório. Ainda diz, com muita autoridade, o referido autor, que a cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da medicina, expostas a reações imprevisíveis do organismo humano e indesejadas consequências, sendo justo e humano considerá-la obrigação de meio e não obrigação de resultado.

Essa concepção, apesar de ainda tímida, começa a ganhar corpo não apenas doutrinariamente, como também em alguns tribunais, como bem demonstram as ponderações do Desembargador Carpena Amorim, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao proferir 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.

Nota-se, nesse sentido, pelo voto do desembargador acima citado, que, na literatura médica, na seara da cirurgia plástica, é impossível alcançar 100% de êxito. É o que fica claro pelas estatísticas apresentadas em pesquisas realizadas por revistas e jornais especializados em cirurgias plásticas, dados estes retirados da obra de Kfori Neto (2002, p. 252), na qual se transcreve trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ao julgar Recurso Especial de nº 81.101-PR, em que se decidiu Recurso relativo à responsabilidade civil em cirurgia plástica:

A revista *Plastic and Reconstructive Surgery* (vol. 95, junho de 1995, p. 1.195 a 1.204) publica os resultados de reconstrução mamária obtidos por dois cirurgiões em 111 pacientes, mostrando complicações importantes em cerca de 20% dos casos, observados ao longo de 18 meses.

No que se refere à plástica para redução do volume mamário (mamoplastia redutora), o *Annals of Plastic Surgery* (vol. 34, 1995, p. 113 a 116) divulga os resultados obtidos por dois cirurgiões, indicando melhora clínica satisfatória em não mais de 74%, 81% e 88% dos casos, conforme o critério escolhido.

No *British Journal of Plastic Surgery* (vol. 48, outubro de 1995, p. 451 a 454), foram analisadas 218 plásticas nasais (rinoplastia), observando-se não mais de 5% de complicações, mas cerca de um de cada dez pacientes necessitou de revisão cirúrgica do procedimento realizado pela mesma instituição, e um de cada cinco daqueles que haviam sido operados em outros centros.

Por fim, também nessa diretriz, encontra-se decisão proferida em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, em lúcido voto do Desembargador Barreto Accioly¹:

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.

¹“Acórdão publicado em Código do Consumidor comentado, de Paulo Brasil Dill Soares. 5 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999, p. 275.

Dessa forma, é inegável a consistência e fundamentação dos argumentos que elucidam parte da doutrina nacional, assim como os julgados que proferem alguns tribunais, em revelar a cirurgia plástica estética como obrigação de meio, e não como obrigação de fim ou de resultado.

Por fim, deve-se observar que o sucesso da cirurgia plástica estética não depende apenas do melhor profissional em tal especialidade, mas sim, também de como reage o organismo humano ao pós-operatório, assim como um conjunto de fatores biopsíquicos do paciente, não sendo possível, assim, porque dele, exclusivamente, não depende, a garantia de 100% de êxito no procedimento cirúrgico.

5.4 A APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

É importante destacar, um possível questionamento no que tange à responsabilidade dos profissionais liberais, estando aí inserida a do cirurgião plástico. O fato é que o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da responsabilidade civil pelo fato do serviço, isto é, de danos ocasionados ao consumidor pela falha na prestação do serviço, faz uma ressalva em relação à situação dos profissionais liberais que, de acordo com o § 4º do seu art. 14, somente respondem com fundamento na culpa profissional. É este o inteiro teor do § 4º do citado artigo: “§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa”.

Questionamento instigante tem-se na análise do parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil, que considera objetiva a atividade desenvolvida pelos empreendedores de atividade de risco. A partir de então, pode surgir uma problemática, pois o médico cirurgião plástico (também profissional liberal), exercente em seu ofício de atividade de risco, deve ser responsabilizado por meio de aferição de sua culpa, ou seja, de forma subjetiva, ou mediante forma objetiva.

A melhor doutrina, como, por exemplo a de Gagliano e Pamplona Filho (2008), defende que apesar do Código Civil ser considerada “lei nova” em relação ao Código de Defesa do Consumidor, deve prevalecer, nesse caso, o princípio da especialidade, segundo o qual, no caso de conflito aparente de normas, prevalece a lei mais específica, devendo a responsabilização do profissional liberal se pautar na culpa do agente.

Assim, nas obrigações de meio, com a existência de dano no exercício da atividade profissional para responsabilizar o agente, é preciso, ao deduzir os elementos da responsabilidade civil, provar também o elemento culpa ou, então, o descumprimento de um dever contratual, fazendo incidir a presunção de culpa, que por sua vez, já existe, na relação contratual, com os danos eventualmente ocorridos pelo descumprimento da obrigação avençada.

Todavia, nas obrigações de resultado, não sendo alcançado o objetivo, já se caracterizará havido o descumprimento contratual, incidindo a presunção de culpa, cujo ônus da prova para sua descaracterização é do demandado, sendo esse o posicionamento da doutrina majoritária e da jurisprudência, porém não defendido neste trabalho.

5.5 DAS RESPONSABILIDADES DO MÉDICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

5.5.1 Responsabilidade Civil

A responsabilidade jurídica engloba a responsabilidade civil. Esta tem por base o prejuízo causado a terceiro, particular ou mesmo o Estado, repercutindo tal dano no âmbito privado e, por isso, tem por causa geradora o intento em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou rompido com a lesão, de modo que a vítima poderá pleitear a reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do statu quo ante, ou seja, no restabelecimento da situação como era antes da prática do ato ensejador do dano, ou numa importância pecuniária.

Ademais, de acordo com a teoria da responsabilidade, a Responsabilidade Civil encontra fundamento na prática do ato ilícito (comissivo ou omissivo). Assim, para a doutrina que considera a cirurgia estética como obrigação de meio, o médico apenas poderá ser responsabilizado pela sua intervenção, caso ficasse evidenciada sua culpa, que por ser obrigação de meio não seria presumida, não agindo aquele, com a devida diligência de acordo com os parâmetros éticos de sua profissão, ou mesmo com negligência, imprudência ou imperícia, vindo tais fatores representarem uma quebra com o que fora convencionado entre as partes: médico e paciente.

Todavia, para aqueles que consideram a cirurgia estética uma obrigação de resultado, estará o médico obrigado a reparar o dano causado à vítima, caso o fim desejado não venha a acontecer devido à cirurgia mal-sucedida. Nesse caso, ocorre a presunção de culpa com a inversão do ônus da prova, ou seja, para que o médico possa se eximir de tal responsabilidade deverá ele provar que agiu com todas suas habilidades técnicas e devidas diligências, porém não sendo de nenhuma outra forma possível a persecução do resultado almejado pelo paciente, devido, por exemplo, a algumas excludentes de responsabilidade tais quais: caso fortuito ou força maior.

5.5.2 Responsabilidade Penal

A responsabilidade jurídica também abrange a responsabilidade penal. Esta, por sua vez, pressupõe uma turbação social, isto é, um desrespeito aos deveres de cidadãos para com a ordem social. Assim, ocorre, pela violação da norma penal, um dano a toda a sociedade, não repercutindo apenas na seara privada o ato praticado pelo agente. Dessa forma, para restabelecer o equilíbrio social, deve-se proceder à investigação da culpabilidade do agente, e se for o caso, a imposição, pelo órgão judicante, da respectiva pena, estabelecida pela lei penal.

Haja vista que, se um cirurgião plástico, no exercício de sua profissão, por sua culpa, isto é, negligência, imprudência ou imperícia, ocasiona a morte de alguém, deve ser responsabilizado não só civil ou administrativamente, se for o caso, como também criminalmente por incorrer no tipo penal definido como homicídio culposo, no qual não há a intenção de matar, mas por incorrer o agente na inobservância de um dever de cuidado que tinha obrigação de tê-lo, e que mesmo assim não o fez.

Porém, se o médico age com a intenção de matar ou mesmo não tendo diretamente tal intenção, mas, no entanto, assume o risco desse fato, não se importando com o resultado, pode incorrer, respectivamente, no dolo direto ou no dolo eventual ou indireto.

Então, de acordo com o Código Penal, o médico cirurgião plástico pode, dependendo de sua intenção, praticar o tipo penal definido no caput de seu art. 121 que diz: “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos” ou no § 3º do mesmo artigo, que prescreve: “Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de um a três anos”. Aquele

profissional, ainda pode incorrer na causa de aumento de pena, existente no § 4º do já referido artigo, que rege:

§ 4º. No homicídio culposo a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze ou maior de sessenta anos.

Da mesma forma, se por acaso o médico cirurgião plástico no exercício de seu ofício vier a ocasionar lesão corporal ao paciente, por sua culpa ou mesmo por dolo (direto ou indireto), deverá o mesmo responder também na seara criminal. Não se excluindo o profissional, do mesmo modo, da possibilidade da responsabilidade civil e administrativa. O Código Penal brasileiro a respeito da lesão corporal rege no seu art. 129, caput: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano”, e seus respectivos parágrafos que tratam respectivamente, da lesão corporal de natureza grave, lesão corporal seguida de morte, causas de diminuição e substituição de pena, lesão corporal culposa, incidência das causas do aumento de pena e a violência doméstica.

5.5.3 Responsabilidade Administrativa

O médico cirurgião plástico, por fim, pode também ser responsabilizado administrativamente. É o fato, por exemplo, quando desempenha suas funções profissionais ocupando um cargo ou mesmo uma função pública.

Acontece também a conhecida responsabilidade civil administrativa quando o médico no desenrolar do seu ofício em um hospital da rede pública causa dano ou prejuízo a determinado paciente, por ato comissivo ou omissivo, no desempenho de cargo ou função pública. Dessa forma, neste caso, deve-se se apurar não só sua responsabilidade civil ou penal, seja a qual ensejar, como também a responsabilidade administrativa, pois as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Na apuração dessa espécie de responsabilidade pode o profissional incorrer nas diversas penalidades disciplinares previstas na lei que rege tal cargo ou função que ocupa,

podendo está sujeito, geralmente, desde uma simples advertência, ou suspensão, e chegando até a uma demissão do respectivo cargo.

Será a responsabilidade administrativa do servidor retirada quando da absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

O cirurgião pode também ter sua conduta analisada mediante o órgão responsável pela fiscalização profissional, seja o Conselho Federal ou mesmo o Conselho Regional de Medicina, podendo em casos graves, ter sua respectiva licença profissional cassada pelas respectivas entidades.

5.6 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Pode-se considerar os estabelecimentos hospitalares, de forma geral, como prestadores de serviços, apesar de que uma parcela da doutrina defende que estas entidades não se enquadram no caput do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, com fulcro na idéia de que não é possível responsabilizá-los pelos enormes riscos que os serviços ali prestados representam.

Todavia, mesmo diante dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamentos, o estabelecimento hospitalar só responderá quando o evento for causado por deficiência do serviço, podendo-se concluir que não existe incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, persistindo em ambas a necessidade do nexo causal entre a conduta e a responsabilidade.

Assim sendo, não pode se falar em responsabilidade do hospital quando não for possível estabelecer o defeito do serviço prestado. Por fim, para que o prestador de serviços afaste a sua responsabilidade, será necessário que o hospital ou o médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições peculiares do paciente ou mesmo de fato da natureza, não podendo, nestes casos, o resultado ser previsto.

6 CONCLUSÃO

Diante da amplitude da problemática do assunto, pode-se destacar que o trabalho teve como fulcro principal a pesquisa, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência em relação à Responsabilidade Civil do médico cirurgião-plástico, bem como ao tipo de obrigação a que este profissional se submete ao desempenhar suas atividades laborais.

Foi exposta a problemática abordando a relação contratual entre o médico especialista em cirurgia plástica e o seu paciente. Verificou-se no decorrer do estudo que a responsabilidade do médico na cirurgia plástica estética tem caráter precipuamente contratual, uma vez que a responsabilidade civil daquele advém de um ilícito contratual, o qual surge a partir de um inadimplemento ou mesmo na mora do médico em relação ao cumprimento do avençado com o seu paciente.

Também interessante foi a análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade do profissional liberal e, por conseguinte, do cirurgião-plástico. A referida lei ao tratar da matéria em seu art. 14, § 4, responsabilidade civil pelo fato da prestação de serviços, traz uma peculiaridade em relação à responsabilidade dos profissionais liberais, qual seja a de recair apenas sobre aquele cuja culpa seja comprovada no desempenho de sua profissão. Porém, existe uma discussão sobre esse aspecto, pois, de acordo com o parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil Brasileiro é objetiva a responsabilidade dos empreendedores de serviços, cuja atividade é de risco, estando inserido aí o médico cirurgião plástico.

Contudo, nesse caso, observa a doutrina mais entendida, a exemplo de Gagliano e Pamplona Filho (2008), que existe um conflito aparente de normas e que, no entanto, apesar de o Código Civil ser lei mais nova que o Código de Defesa do Consumidor, este último prevalece pelo princípio da especialidade. Dessa forma, nas obrigações de meio, para que se configure a responsabilidade do médico cirurgião plástico é necessária a aferição do elemento culpa, enquanto no que tange às obrigações de resultado, este pressuposto fica presumido quando o resultado não é alcançado.

Por fim, de fundamental importância se faz a análise do último questionamento da problemática, que se remete ao fato de qual tipo de obrigação, se de meio ou de resultado, assume o médico cirurgião plástico ao desempenhar sua profissão. Sabe-se, de acordo com o que foi explanado durante o trabalho, que a obrigação de meio consiste naquela em que o devedor se compromete em empreender a sua atividade com toda diligência, sem, no entanto,

garantir o resultado, enquanto na obrigação de resultado o devedor não se obriga apenas em empreender sua atividade, mas sim a uma consecução de um resultado previamente acordado.

Ainda, evidenciou-se que a discussão jurídica na qual a maior parte da doutrina defende ser a obrigação do médico, em geral, de meio, pois este profissional não pode garantir a seu paciente o resultado de sua atuação, como, por exemplo, a cura do paciente, se obrigando ele, apenas a utilizar de toda sua diligência profissional e dos meios técnicos e científicos disponíveis para melhora do paciente.

A mesma doutrina, porém, defende que o tipo de obrigação muda, no caso do médico cirurgião plástico, passando esta a ser de resultado, quando tem fins puramente estéticos. Ademais, segundo esta concepção, quando a cirurgia plástica é reparadora, ou seja, tem como finalidade corrigir defeitos congênitos ou causados por acidentes, a obrigação continua sendo de meio.

No presente estudo observaram-se os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre tal discussão.

Todavia, apesar da maior parte da doutrina e dos julgados dos tribunais pátrios convergirem para a opinião de que a cirurgia estética se enquadra como uma espécie de atividade que gera obrigação de resultado para o médico que a realiza, entende-se, com maior solidez e consistência de argumentos, que a posição mais coerente é a que considera que a responsabilidade do médico, seja qual for sua área de atuação, incluindo perfeitamente o cirurgião plástico, mesmo nas cirurgias com fins puramente estéticos, é uma obrigação de meio. Isso porque o médico não pode garantir êxito absoluto em sua cirurgia, uma vez que existe um conjunto de fatores psicofisiológicos que deve ser levado em consideração tanto durante a cirurgia, quanto no pré e pós-operatório, sendo estes específicos em cada indivíduo, ou seja, variando entre os diversos pacientes.

Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo sadia, à intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de resultado, a verdade é que o risco está presente em toda intervenção cirúrgica, sendo imprevisíveis as reações de cada organismo a tal ato invasivo. De acordo com a ciência médica, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível na grande maioria dos casos.

Evidenciou-se, também, de forma consistente, o novo conceito de saúde revelado pela própria Organização Mundial de Saúde (OMS), o qual entende que o fator saúde não está, unicamente, ligado a ausência de doença, tendo um significado mais amplo, englobando o bem-estar físico, psíquico e fisiológico do indivíduo, refletindo tais estados na sua interação

e convívio social. Essa definição veio a embasar os fundamentos dos estudiosos da matéria os quais acreditam ser a obrigação do cirurgião plástico de meio e não de resultado, uma vez que a cirurgia plástica não é considerada mais uma cirurgia exclusivamente de luxo, pois quem procura dela se utilizar não está completamente saudável, de acordo com a nova concepção do termo “saúde”.

Essa é uma posição doutrinária acatada ainda de forma tímida nos tribunais brasileiros, mas que encontra sua consolidação em dados e argumentos arrolados no tópico 5.3 deste trabalho. Sendo dessa forma, inegável que qualquer responsabilidade médica, inserindo-se aí, os médicos que realizam cirurgia estética, deve ser analisada e compreendida como obrigação de meio e não de resultado, uma vez que este resultado não depende, exclusivamente, da vontade, ou mesmo de toda perícia e habilidade do cirurgião, mesmo do melhor profissional da cirurgia estética, pois existem também, neste tipo de procedimento cirúrgico, diversos fatores imprevisíveis, como os já mencionados no decorrer deste trabalho.

REFERÊNCIAS

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

BRASÍLIA, Conselho Federal de Medicina. *Perfil das Cirurgias Plásticas no País*. Disponível em: <<http://www.cirurgioplastica.org.br/publico/ultimas10.cfm>> Acesso em: 10 de setembro de 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CÓDIGO PENAL. Vade Mecum Rideel. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 7: *Responsabilidade Civil*. 20. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

ENCICLOPÉDIA LIVRE WIKIPÉDIA. *Conceito de Medicina*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Medicina>> Acesso em: 2 de junho de 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: O dicionário da Língua Portuguesa*. 3ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume IV: responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GROSSI, Diana Dapieve, LOPEZ, Elisa Vieira. *Responsabilidade civil por erro médico na cirurgia plástica estética*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 08 agosto. 2008> Acesso em: 12 de agosto de 2009.

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

_____, Miguel. *Culpa e Ônus da Prova*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEI Nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Saraiva. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEI Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Rideel*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

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

MARTIRE, L. Jr. O ensino médico através dos tempos e suas raízes primordiais no Brasil. *Anais do VI Congresso brasileiro de história da medicina*, Supl. JBHM: Barcelona, 2001.

MASSARA, Mariana. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova – Defesa de Tese. Publicada em: Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica Regional de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <<http://www.sbcpmg.org.br/index.php?idCorrente=488>> Acesso em: 13 de setembro de 2009.

MENDONÇA, Rita. *Curiosidades sobre cirurgia plástica*. Um direito que respeite. Disponível em: <<http://umdireitoquerespeite.blogspot.com/2009/06/curiosidades-sobre-cirurgia-plastica.html>> Acesso em: 10 de setembro de 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Relatório de 2007. “Um futuro mais seguro: saúde pública global no século XXI”. Disponível em: <<http://www.min-saude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/noticias/arquivo/2007/8/rel+oms.htm>> Acesso em: 3 de agosto de 2009.

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.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 4. *Responsabilidade Civil*. 20 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civili en droit français*. v.1. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951.

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

SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Instituições de Direito Médico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

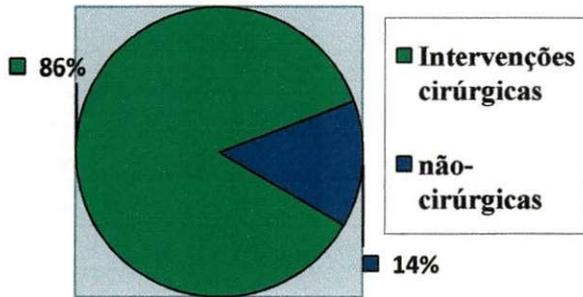
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 387*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=s%FAmula+387&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>> Acesso em: 3 de outubro de 2009.

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.

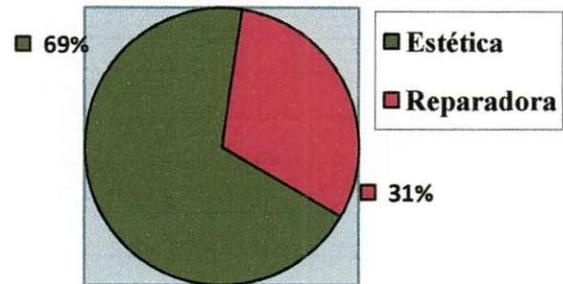
TRIMARCHI, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961.

ANEXO A - PERFIL DAS CIRURGIAS PLÁSTICAS NO PAÍS EM 2008

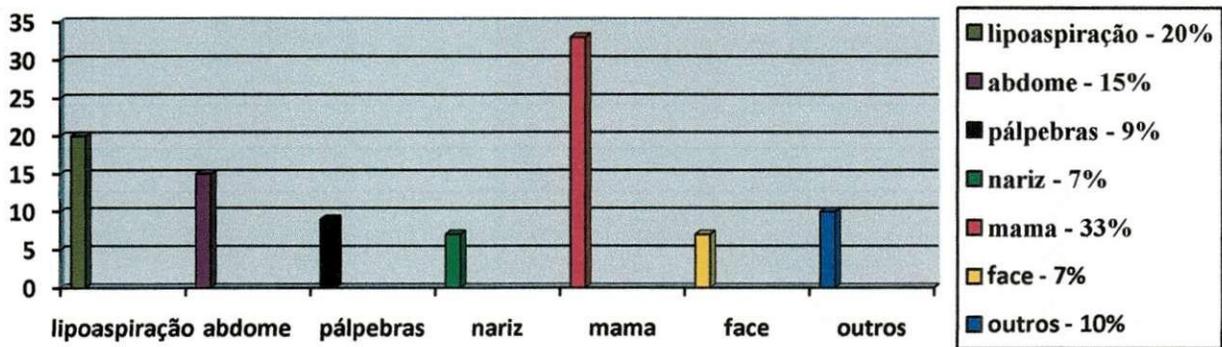
Procedimentos



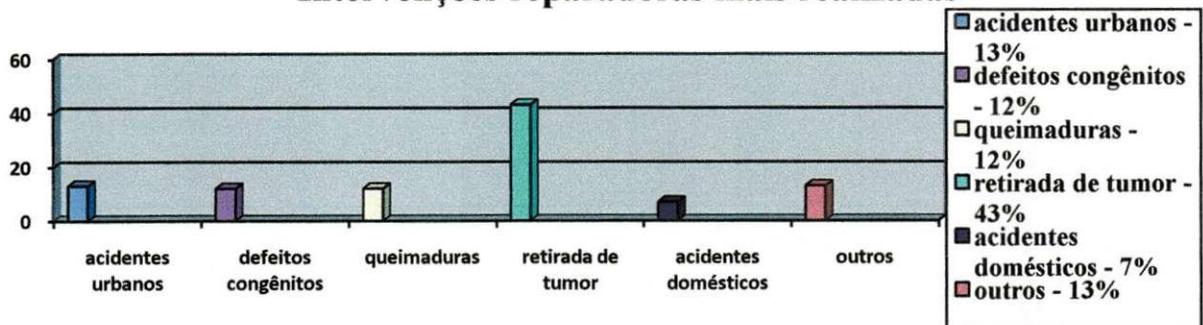
Tipos de cirurgia



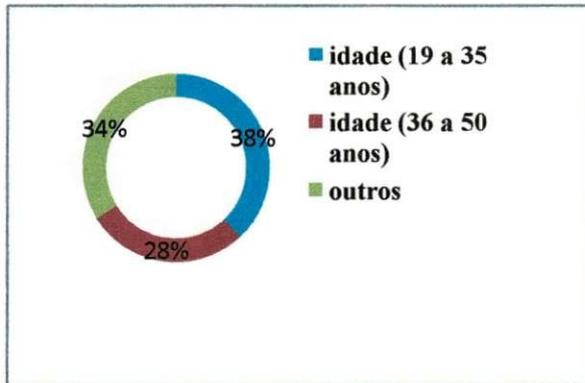
Intervenções estéticas mais realizadas



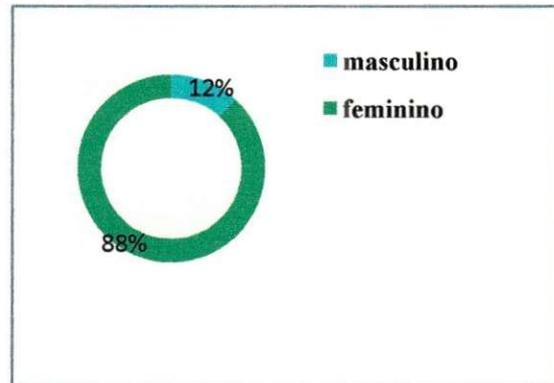
Intervenções reparadoras mais realizadas



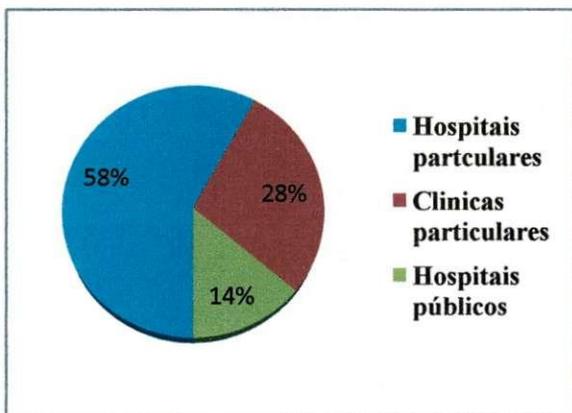
Faixa etária (cirurgias estéticas)



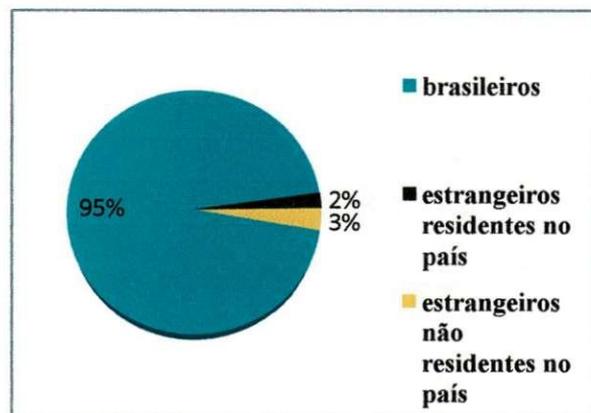
Sexo



Locais mais procurados



Nacionalidade (total de cirurgias)



Fonte dos dados: Conselho Federal de Medicina (Disponível em: <http://www.cirurgioplastica.org.br/publico/ultimos10.cfm>).