



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

SILVIA QUEIROGA NÓBREGA

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRUGIAS PLÁSTICAS
ESTÉTICAS

SOUSA - PB
2009

SILVIA QUEIROGA NÓBREGA

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRUGIAS PLÁSTICAS
ESTÉTICAS

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 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Robson Antão de Medeiros.

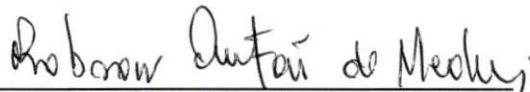
SOUSA - PB
2009

Silvia Queiroga Nóbrega

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS

Aprovada em: 17 de junho de 2009.

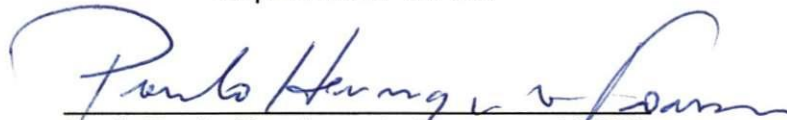
BANCA EXAMINADORA



Prof. Robson Antão de Medeiros- UFCG
Professor Orientador



Profa. Renata Aristóteles Pereira
Especialista- UFCG



Prof. Paulo Henrique da Fonseca- UFCG
Doutorando pela UMSA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível. A toda minha família; em especial a minha mãe, pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas. Aos meus irmãos, pela paciência, e todo carinho, sempre me apoiando e me ajudando a resolver tudo!

Ao meu orientador que me ajudou a realizar esse trabalho da melhor forma possível.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Maria Aldeni Queiroga Nóbrega, por dedicar toda uma vida à minha educação e de meus irmãos como também por ter me iluminado e encorajado nos momentos em que mais precisei, para que não desviasse do caminho certo.

Ao meu pai que mesmo não estando aqui fisicamente, sei que em outro plano nunca me abandonou e sempre me mandou forças para que eu nunca desistisse apesar da sua ausência que tanto me entristece.

A meu irmão, Yuri Queiroga Nóbrega, por ser um exemplo de dedicação e pela grande ajuda neste trabalho.

A minha irmã Isis Queiroga Nóbrega, que nunca mediu esforços para me deixar feliz e realizada.

Aos meus amigos Trajano, Waleska, Thayane e Tércio pela companhia, troca de informações, ajuda e por dividir sempre os melhores momentos nessa nossa caminhada.

Ao amigo Rommeu, que mesmo longe foi essencial nessa jornada e sempre esteve pronto para me ajudar. Você é muito especial.

Gostaria de expressar, também, a minha gratidão às várias pessoas que me ajudaram durante o período em que me dediquei a este trabalho, especialmente meus primos Felipe e Mônica que sempre acreditaram em mim e estiveram prontos para dirimir minhas dúvidas.

Ao professor e orientador Dr. Robson Antão, por me ajudar a crescer e desenvolver um bom trabalho. Sua ajuda foi fundamental.

Aos companheiros de turma, com os quais batalhei para superar mais uma etapa em minha vida.

À coordenação do curso de Direito e aos professores que compõem o corpo docente desta faculdade.

RESUMO

O presente trabalho, "Responsabilidade Civil Médica nas Cirurgias Plásticas Estéticas", é tema de destaque no campo da responsabilidade civil e do Direito Médico, tendo em vista o crescente número de processos que foram ou são partes dos médicos por suas atuações na vida profissional. As ações buscam a reparação dos danos materiais, morais e estéticos, oriundos das intervenções plásticas estéticas. A pesquisa objetivou trazer informações úteis aos operadores do direito com vista análise da relação contratual existente entre médico e o paciente, observando-se, de maneira clara e concisa, o dano que poderá ocorrer em intervenções cirúrgicas de caráter estético e as conseqüentes formas de reparação. Utilizou-se os métodos bibliográfico e exegético-jurídico. O primeiro consistiu em consulta à produção bibliográfica existente sobre o tema, coletando-se as definições e opiniões de doutrinadores experientes na área, bem como de profissionais da área médica. O segundo método foi utilizado na coleta de informações acerca da legislação e jurisprudência aplicáveis ao caso de dano estético, buscando-se estabelecer os parâmetros de responsabilização dos profissionais médicos. O primeiro capítulo trata sobre as modalidades de responsabilidade, sendo elas a responsabilidade civil, penal e disciplinar; contratual e extracontratual; subjetiva e objetiva. No segundo, houve enfoque das generalidades da responsabilidade, tais como os pressupostos da responsabilidade civil e as formas de sua exclusão. O terceiro capítulo, versa sobre noções da responsabilidade civil do médico, com enfoque na natureza jurídica da responsabilidade médica e no conceito da obrigação de meio e de resultado. E, por fim, no quarto capítulo, são abordadas as particularidades acerca da cirurgia plástica estética, como a *lex artis ad hoc*, o dano estético, a cláusula de não indenizar no contrato médico e a cirurgia estética e a obrigação de meio e de resultado. Portanto, o presente trabalho trata-se de um tema que desperta o interesse de juristas, doutrinadores, estudantes de direito e toda a coletividade.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil no contrato médico. Natureza jurídica. Dano estético. Cirurgia estética. Obrigação de meio e de resultado.

ABSTRACT

This work, "Liability in Medical Aesthetic Plastic Surgery" is a prominent theme in the field of liability and Medical Law, in view of the increasing number of cases that were or are part of physicians for their performances at work. The actions seek to repair the damage, moral and aesthetic, from the plastic aesthetic interventions. The research aimed to bring useful information to operators of the right in order to analyze the relationship between doctor and patient, observing, in a clear and concise, the damage that may occur in surgery and aesthetic character of the consequent forms of reparation. We used the methods and literature-exegetic legal. The first production was in consultation to existing literature on the subject, collecting up the definitions and views of doctrine experienced in the area, as well as professionals in the medical field. The second method was used to collect information on legislation and case law applicable to the case of aesthetic damage, seeking to establish the parameters of accountability of medical professionals. The first chapter discusses the procedures for accountability, which are a liability, criminal and disciplinary, contractual and tort, subjective and objective. In the second, there was the general focus of responsibility, such as assumptions of liability and ways to their exclusion. The third chapter, is about notions of liability of the physician, focusing on the legal nature of medical responsibility and the concept of the obligation of means and result. Finally, the fourth chapter, deals with the peculiarities of the aesthetic plastic surgery, as the *lex artis ad hoc*, the aesthetic damage, the clause in the contract does not indemnify medical and cosmetic surgery and the obligation of means and result. Therefore, this work is a subject that arouses the interest of lawyers, doctrine, and law students from throughout the community.

Keywords: medical liability in the contract. Legal nature. Aesthetic damage. Cosmetic surgery. Obligation of means and result.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE: MODALIDADES.....	10
1.1 Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar	10
1.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	12
1.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.....	13
CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL: GENERALIDADES	14
2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil	14
2.1.1 Conduta Humana: Ação e Omissão do Agente	16
2.1.2 Relação de Causalidade.....	16
2.1.3 Dano Experimentado pela Vítima	18
2.2 Exclusão da Responsabilidade Civil.....	21
2.2.1 Culpa Exclusiva da Vítima	22
2.2.2 Caso Fortuito e Força Maior	23
2.2.3 Fato de Terceiro	24
2.2.4 Estado de Necessidade.....	25
2.2.5 Legítima Defesa.....	26
2.2.6 Exercício Regular de Direito.....	27
2.2.7 Estrito Cumprimento do Dever Legal.....	28
CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: NOÇÕES GERAIS	29
3.1 Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica	30
3.2 Obrigação de Meio e de Resultado.....	32
CAPÍTULO 4 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS.....	33
4.1 Particularidades acerca da Cirurgia Plástica Estética	34
4.2 Lex Artis Ad Hoc	35
4.3 Dano Estético.....	36
4.4 Cláusula de Não Indenizar no Contrato Médico.....	38
4.5 Cirurgia Estética e Obrigação de Meio e de Resultado.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A cirurgia plástica estética é uma especialidade na área da medicina em evidência no Brasil, cujas molas propulsoras são o culto ao corpo, obsessão da sociedade moderna, e a diminuição dos preços de tal procedimento médico, o que acabou abrangendo parcela da sociedade até então desconsiderada. Com isso a cirurgia estética deixou de ser acessível apenas às pessoas de poder aquisitivo maior, passando a ser acessível, também, às pessoas menos privilegiadas, deixando, as cirurgias plásticas estéticas, assim, de serem um artigo de luxo de poucas pessoas e se democratizando.

Segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia (SBC), o Brasil é hoje o recordista mundial de cirurgias plásticas, sendo que, só no ano de 2000, aproximadamente 350 mil pessoas se submeteram a cirurgia estética, quando em 1995 eram cerca de 100 mil plásticas feitas em todo o Brasil, havendo um aumento, portanto, de 250% neste período.

Esse aumento se deve a uma mudança de comportamento do ser humano que, muitas vezes, insatisfeito com alguma parte do seu corpo, procura cirurgias para resolver tais problemas, pois a boa aparência passou a ser requisito fundamental tanto para uma melhor colocação no mercado profissional como, também, para uma melhor aceitação no meio social. Por esses motivos é que a cirurgia plástica estética está se transformando num "objeto de consumo" de muitas pessoas, fazendo crescer de forma exagerada as cirurgias plásticas, o que faz dessa especialidade da medicina umas das mais procuradas e rentáveis.

A cirurgia plástica estética está assumindo um papel de destaque no Direito Civil, pois, em virtude do aumento enorme de tais cirurgias, o número de processos contra os médicos elevou-se, sendo fato que muitos médicos sofrem ou já sofreram questionamentos judiciais devido a sua prática profissional.

A presente pesquisa tem o objetivo de trazer informações úteis aos operadores do direito com vista análise da relação contratual existente entre médico e o paciente, observando-se, de maneira clara concisa, o dano que poderá ocorrer em intervenções cirúrgicas de caráter estético e as conseqüentes formas de reparação. Oportunamente, serão discutidos os tipos de obrigação (de meio ou de

resultado) assumidos pelo médico ao realizar a cirurgia plástica de tipo estética e reparadora.

Para tanto, utilizou-se os métodos bibliográfico e exegético-jurídico. O primeiro consistiu em consulta á produção bibliográfica existente sobre o tema, coletando-se as definições e opiniões de doutrinadores experientes na área, bem como de profissionais da área médica. O segundo método foi utilizado na coleta de informações acerca da legislação e jurisprudência aplicáveis ao caso de dano estético, buscando-se estabelecer os parâmetros de responsabilização dos profissionais médicos. Dessa forma, elaborou-se um quadro expositivo sobre o tema capaz de servir de apoio teórico para os estudiosos na área.

Portanto, o trabalho irá abordar este tema, começando nos dois primeiros capítulos, com as diferenças entre a responsabilidade penal, civil e disciplinar; bem como entre a responsabilidade contratual e extracontratual; com a caracterização da responsabilidade subjetiva e objetiva; e com as generalidades da responsabilidade civil, sem olvidar os pressupostos da responsabilidade civil e as causas que excluem o dever de indenizar. Nos dois últimos capítulos, versa-se sobre a natureza jurídica do contrato médico, as obrigações de meio e de resultado e, por fim, o estudo sobre a responsabilidade do médico nas cirurgias plásticas estéticas (ou cosméticas), tratando das suas particularidades, da *lex artis ad hoc*, do dano estético, da cláusula de não indenizar no contrato médico e de um estudo sobre em que campo estaria a cirurgia plástica estética, no campo da obrigação de meio ou de resultado.

CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE: MODALIDADES

A responsabilidade é algo que pode apresentar-se sob vários aspectos, dependendo da natureza da norma jurídica violada. Ela pode ser civil, quando alguém viola norma ou obrigação, causando dano, vendo-se, assim, submetido a reparar o prejuízo, pela recomposição do status quo ante ou pela indenização, consequência do ato lesivo, sendo que este bem lesado é de natureza privada.

A responsabilidade pode ser também penal, pressupondo-se uma turbacão social, ou seja, uma lesão às normas de direito público, tendo em vista que as normas de natureza penal visam à proteccão dos direitos mais nobres da sociedade, como a vida, o patrimônio, a liberdade sexual etc. Nesta, o autor do fato suportará toda uma carga repressiva por parte do Estado, como forma de se evitar a reiteracão da conduta por parte do agente, ao mesmo tempo em que se buscará sua reeducacão. Por fim, a responsabilidade pode ser analisada sob o aspecto disciplinar, relacionando-se aqui com o descumprimento do dever inerente à profissão, isto é, com desrespeito com aos deveres relativos à funccão, acarretando sanccões de natureza disciplinar.

Também é necessário distinguir a diferenca entre responsabilidade contratual e extracontratual, aquela Cezar Fiúza (2004, p. 259) concebe como sendo decorrente "da celebraccão ou execuccão de um contrato, podendo ser ato lícito ou ilícito", e esta é oriunda de ato unilateral de vontade, de prática de ato ilícito, de abuso de direito ou violacão de preceito legal.

Finalmente, é bom destacar a responsabilidade subjetiva, regra do nosso ordenamento jurídico, conforme o art. 186 do Código Civil (CC), segundo a qual responde o infrator pelos atos ilícitos culpáveis e lesivos; a responsabilidade objetiva, baseada na Teoria do Risco, que consiste numa exceccão em nosso ordenamento jurídico. Assim, a responsabilidade subjetiva e objetiva são maneiras diferentes de se encarar a obrigacão de reparar o dano.

1.1 Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar

A responsabilidade jurídica pode ser de várias naturezas, dentre elas: civil, penal e disciplinar. De início, vamos analisar, sob o aspecto jurídico, a responsabilidade civil e penal, tendo estas como ponto comum a transgressão de um dever jurídico preestabelecido, acarretando, assim, prejuízo, sem o qual não se cogitaria qualquer responsabilização.

A responsabilidade civil e penal pode atingir objetos de naturezas diversas, perturbando a paz social ou apenas o indivíduo, ou, ainda, os dois ao mesmo tempo. Desta forma, o mesmo ato ou a mesma conduta pode caracterizar-se, concomitantemente, como um crime e um ilícito civil, ou como um crime ou um ilícito civil. No direito privado, a responsabilidade tem como meta a reparação de um dano em favor do lesado; no direito penal, como regra, busca-se a punição, sendo que quando coincidirem as duas ações, haverá duas persecuções, uma penal e outra civil em favor dos direitos da vítima, procurando, assim, restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela lesão.

Além disso, a responsabilidade jurídica pode ser ainda disciplinar, consoante ensinamentos do notável doutrinador José Cretella Júnior (2004, p. 121), que pontifica:

[...] a responsabilidade disciplinar atinge, tão-só, o profissional. Ocorre quando este desrespeita um dos deveres relativos ao cargo, contribuindo para comprometer o bom funcionamento do serviço. Mediante a apuração da responsabilidade disciplinar, um setor do Direito Administrativo se destacou, sendo denominado 'Direito Administrativo Disciplinar.

Como acentua Mário Mazagão (2004 p. 122):

[...] a responsabilidade disciplinar origina-se de ação ou omissão que o profissional pratique com quebra do dever do cargo. Em razão dela, fica sujeito à penalidade de caráter administrativo, tendente a corrigi-lo ou a expulsá-lo.

Essa modalidade de responsabilidade é resultado da violação de deveres consagrados nos estatutos, regulamentos ou códigos que orientam as atividades

profissionais, estando o médico vinculado às regras provenientes do Conselho Regional de Medicina (CRM).

Por fim, vale a pena observar que uma condenação do médico pelo seu órgão de classe não significa uma condenação na esfera criminal ou civil. Para existir a condenação penal, é necessário que a conduta esteja tipificada como crime; do mesmo modo, no âmbito civil, devem existir a violação de um direito e o conseqüente dano material, moral ou estético ao paciente, para que possa haver uma condenação. Isso por que há independência entre essas três modalidades de responsabilidade, embora uma mesma conduta possa infringir as três. Em todos os procedimentos, seja civil, penal ou disciplinar, são asseguradas ao médico as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tudo em conformidade com o nosso texto magno. Igualmente, o artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) (1948, p. 02) garante que:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhes tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

Portanto, o médico pode estar sujeito à responsabilidade penal, quando sua conduta estiver tipificada como crime; pode ser responsabilizado civilmente, quando sua conduta causar dano ao paciente, sendo esta hipótese o objeto do nosso estudo; e disciplinarmente, quando ocorrer um descumprimento do dever inerente à profissão. Pode, também, a conduta do médico está sujeita as três modalidades de responsabilidade concomitantemente.

1.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Uma outra questão importantíssima que se impõe é distinguir a responsabilidade contratual da extracontratual (ou aquiliana). A responsabilidade contratual é aquela que decorre do descumprimento de uma obrigação fixada em um contrato, ou seja, provém da violação de um dever de adimplir, o qual constitui

justamente o objeto do negócio jurídico. Dessa forma, pode vir o inadimplente a ser responsabilizado, com a conseqüente sujeição do seu patrimônio a expropriação, bem como sofrer sanção como o pagamento de multa fixada em cláusula contratual etc.

Já a responsabilidade extracontratual (ou aquiliana) surge da violação direta de uma norma legal, podendo decorrer de atos unilaterais de vontade, de fatos lícitos, de abuso de direito e de atos ilícitos, como homicídio e o furto, por exemplo, surgindo, assim, o dever de indenizar. Sendo assim, só se isenta de responsabilidade o infrator que demonstrar a presença de quaisquer das excludentes da responsabilidade civil.

1.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro dividiu a responsabilidade em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento, com fundamento na Teoria da Culpa. Dessa forma, para que o agente seja obrigado a indenizar, é necessário, além da comprovação da conduta, do nexo de causalidade e do dano, também, o elemento culpa genérica, que inclui o dolo (intenção) e culpa em sentido restrito (imprudência, negligência e imperícia). Ausente tal elemento, não há responsabilidade civil na forma subjetiva. Assim, para que haja a obrigação de indenizar, é necessário um comportamento humano qualificado pelo elemento subjetivo culpa, pois é imperativo que o autor tenha, ao menos, não observado o dever de cuidado objetivo, elemento constitutivo da conduta culposa.

Já quanto à responsabilidade objetiva, por estar baseada na Teoria do Risco, não é necessário o elemento culpa, já que para o surgimento do dever de indenizar cabe somente à vítima provar a existência do dano e do nexo causal entre a conduta do agente e a ofensa, como determina o Código Civil Brasileiro no seu Art. 927, Parágrafo Único. É importante, portanto, distinguir a responsabilidade subjetiva da objetiva, tendo em vista que para ficar caracterizada a responsabilidade médica nas intervenções estéticas, tais institutos, serão de grande relevância, sobretudo no tocante ao ônus da prova.

CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL: GENERALIDADES

Segundo De Plácido e Silva (2004, p. 257), a responsabilidade civil pode ser definida como:

[...] dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.

A responsabilidade civil surge, assim, em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana. Desta maneira, a responsabilidade civil está ligada ao fato de respondermos pelos atos que praticamos, revelando-se um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato, estando, desta forma, estabelecido o campo de atuação do respectivo trabalho, ou seja, o da responsabilidade civil.

2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Segundo os nobres juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 9), a responsabilidade:

[...] pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou convencional), subordinando-se, desta forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Continuando com as lições destes exemplares juristas, eles pontificam que:

[...] trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando-se, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Dessa forma, é fundamental identificar os pressupostos essenciais à responsabilidade civil, ou melhor, os elementos indispensáveis para o surgimento da obrigação de indenizar, embora não haja unanimidade doutrinária em relação a quais são os elementos indispensáveis da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar, pois alguns doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce (2005) apontam a existência de quatro elementos, sendo estes: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; e d) dano. Mas, para Sérgio Cavalieri Filho e os juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os elementos indispensáveis para o surgimento da obrigação de indenizar seriam apenas: a) a conduta (positiva ou negativa) do agente; b) relação de causalidade; c) dano experimentado pela vítima, sendo o elemento culpa apenas um elemento accidental da responsabilidade civil.

Mas, parece estranho não constar como pressuposto essencial da responsabilidade civil o elemento culpa, apesar do Art. 186 do Código Civil referir-se “ação ou conduta omissiva voluntária, negligência ou imprudência”. Porém, seguindo os ensinamentos dos juristas em comento, entende-se que o elemento culpa não é pressuposto essencial da responsabilidade civil, pelo fato de existir em nosso ordenamento um outro tipo de responsabilidade que não tem como pressuposto o elemento culpa, qual seja, a responsabilidade objetiva. Sendo assim, apenas três são os elementos essenciais da responsabilidade, não podendo a culpa estar inserida como pressuposto essencial genérico, haja vista que é elemento apenas da responsabilidade subjetiva, e não da objetiva.

Assim, diante do que foi exposto, analisa-se, separadamente, o estudo de tais elementos da responsabilidade civil (ou pressupostos do dever de indenizar).

2.1.1 Conduta Humana: Ação e Omissão do Agente

Sendo o primeiro elemento da responsabilidade civil, a conduta humana consiste na ação ou omissão violadora de um dever contratual, legal ou, até mesmo, social. A conduta humana voluntária pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa), na forma de negligência, imprudência ou imperícia. A ação (conduta positiva) é a regra, consistindo na maneira mais comum de exteriorização da conduta. Consiste a ação em movimento corpóreo, sendo o ato dela decorrente chamado de comissivo. Já a omissão é a inatividade, conhecida por atitude negativa. A omissão é uma conduta negativa, sendo necessário para que tal exista, que haja por parte do agente causador do ato o dever jurídico de praticar determinado ato, como, também, a prova da conduta negativa. Assim, a omissão surge por alguém não ter realizado determinada ação, onde por força de lei tinha o dever jurídico de praticá-la.

Vale frisar que a conduta comissiva ou omissiva deverá ser voluntária, no sentido de ser controlável pela vontade à qual o fato é imputável, pois, caso contrário, não haverá conduta, inexistindo, assim, o dever de indenizar, visto que a conduta voluntária constitui o primeiro elemento da responsabilidade civil.

A ação e a omissão voluntárias são os momentos iniciais da responsabilidade civil, concluindo-se que somente as pessoas podem cometer uma conduta ilícita, porque somente estas têm consciência dos atos que praticam. Sendo assim, tem a obrigação de reparar o dano aquele que, agindo de forma comissiva ou omissiva, descumpriu uma obrigação contratual prevista, ou aquele que manteve um comportamento contrário ao mandamento legal, ou, ainda, aquele que, apesar de sua conduta não malferir a lei, foge à finalidade social a que se destina, como acontece com os atos praticados com o abuso de direito.

2.1.2 Relação de Causalidade

O nexu de causalidade ou nexu causal constitui o segundo elemento da responsabilidade civil, podendo ser definido como o elemento imaterial ou virtual da

responsabilidade civil, consistente no liame que une a conduta praticada pelo agente e o dano sofrido pela vítima, elemento indispensável da responsabilidade civil. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 298):

[...] trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades (...). o conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação, ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

A responsabilidade objetiva não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, mesmo podendo dispensar a culpa. Assim, quem sofre um dano tem que demonstrar o nexos causal que liga o ato danoso do responsável ao dano sofrido, sob pena de não haver a obrigação de indenizar e o conseqüente ressarcimento pelo dano sofrido, valendo a pena frisar que, na prática, não é fácil estabelecer a relação de causa e efeito, devido a dificuldade de sua prova, e estabelecer a causa direta do fato.

É interessante esclarecer que na responsabilidade subjetiva o nexos de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita, conforme dispõe o art. 186 do novo Código Civil. Já na responsabilidade objetiva, o nexos de causalidade é composto pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilidade sem culpa ou de atividade de risco, conforme dispõe o art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil.

O nosso Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, quanto à responsabilização, na medida em que somente aquelas condutas relevantes para o evento danoso podem acarretar o dever de indenizar. Causa, assim, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 54) será: "o antecedente necessário que ocasionou o dano".

O nexos de causalidade, assim, é aquela relação que se estabelece entre um fato e o dano. Em outras palavras, é a discussão acerca da causa do dano. Só é possível responsabilizar alguém, em regra, se for possível estabelecer a relação entre um dano e seu autor. Ressalta-se que, na maioria das vezes, a vítima é que deve provar a existência do nexos causal. Porém, em outras hipóteses, cabe ao agente o ônus de demonstrar alguma das excludentes de responsabilidade civil,

para eximir-se da obrigação, sendo o estudo das excludentes da responsabilidade civil adiante exposto.

2.1.3 Dano Experimentado pela Vítima

Depois do estudo da conduta e do nexo de causalidade como elementos da responsabilidade civil, será analisado, por fim o estudo do terceiro elemento da responsabilidade civil, qual seja, o dano. O dano é o prejuízo sofrido pela vítima, sendo este elemento necessário para que haja o pagamento da indenização. O dano pode ser individual ou coletivo, material ou moral, ou melhor, econômico ou não econômico. A idéia de dano está ligada à idéia de prejuízo, pois nem sempre que houver a transgressão de uma norma ocorrerá o dano. Sendo assim, só haverá o dever de indenizar se o ato ilícito ocasionar dano.

Saliente-se por oportuno, que cabe o ônus da prova ao autor da demanda, na ação de indenização, conforme preceitua o art. 333, I. do Código de Processo Civil (CPC). Há uma corrente doutrinária, pela qual a mera lesão de direitos poderá acarretar a responsabilidade civil. Todavia, conforme entendimento jurisprudencial, não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando de tais danos de prova efetiva. Seguindo este entendimento, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 41) diz que:

[...] o dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O enunciado da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevê a possibilidade de cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação moral e material. Mas, o mesmo Superior Tribunal de Justiça tem admitido, ultimamente, que são cumuláveis os danos materiais, morais e estéticos, constituindo os danos estéticos uma terceira modalidade de dano.

Mostra-se o julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, ficando a Súmula 37 superada:

Responsabilidade civil - Ônibus - Atropelamento - Vítima que restou total e permanentemente incapacitada para o trabalho - Negativa de prestação jurisdicional - Sentença condicional - Inexistência - Cumulação dos danos morais com os estéticos - Admissibilidade (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: REsp 327210/MG (200100614522), 588139 Recurso Especial, data da decisão: 04.11.2004, Órgão julgador: Quarta Turma, Relator: Ministro Barros Monteiro, fonte: DJ 01.02.2005, p. 564, Veja: (Acumulação - Dano moral - Dano estético) STJ - Resp595866 - RJ, 540021 - ES, 2003142 - RJ, 103102 - SP, 192823 - RJ, 249728 - RJ, 434903 - RJ, 459350 - RJ, 254445 - PR (RDDP 6/2006), 457312 - SP (LEX_STJ 161/215, RSTJ 171/356) REsp 210351 - RJ (RSTJ 139/358, LEX_STJ 137/230), REsp 289885 - RJ).

A vítima que sofre o dano deve ser reparada de forma integral, restabelecendo a situação que existia antes da conduta. Caso não possa ser restabelecida a situação anterior, deve a vítima ser indenizada, cabendo a ela apenas provar que sofreu o dano, sem necessariamente indicar o valor, pois este poderá depender de aspectos a serem provados em liquidação.

O dano patrimonial ou material é aquele que atinge o patrimônio corpóreo de uma pessoa, podendo haver o ressarcimento em dinheiro. O dano material pode ser classificado em danos emergentes ou positivos, constituídos pela diminuição efetiva do patrimônio da vítima, ou seja, uma perda por parte da vítima. Este dano é aquele mais visível, tendo em vista que depende exclusivamente de danos concretos. Como exemplo, cite-se o estrago do automóvel, no caso de acidente de trânsito. Trata-se de um dano pretérito, pois já foi suportado pela a vítima.

Já os lucros cessantes ou danos negativos é o valor que a vítima deixou razoavelmente de lucrar, ou seja, uma frustração de lucro. Temos como exemplo, o caso do acidente de trânsito envolvendo o taxista, que deixa de auferir renda por causa do acontecimento, haja vista que deixou de trabalhar. Quanto aos lucros cessantes, trata-se de um cálculo não muito fácil de ser avaliado, pois o que será considerado é o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoável utilizado acima significa que ação de indenização não pode se converter em um instrumento em que a vítima se enriqueça injustamente, sendo o montante devido apenas nos limites das perdas e danos, conforme dispõe o art. 1059 do

Código Civil: “salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucro”.

Dessa forma, o art. 1.059 do Código Civil estabelece os limites dos danos emergentes e lucros cessantes, uma vez que a ação não pode converter-se em instrumento de lucro para a vítima. Na prática, trata-se de tarefa árdua para o juiz conferir à vítima o montante indenizatório, pois nas indenizações mais complexas o juiz se vê numa situação em que o montante não deve ser avaliado em premissas abstratas, tratando-se, resumidamente, de aplicar a teoria da causalidade adequada, conforme os ensinamentos do nobre e experiente magistrado Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 44):

[...] não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Uma outra espécie de dano é o dano moral ou imaterial, que, embora admitido pela doutrina antes da Constituição Federal (CF) de 1988 (art. 5, X), teve uma maior importância após a inserção em seu art. 5, X. O dano moral atinge diretamente os direitos da personalidade, causando um prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima e causando-lhe dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Para a sua reparação, a vítima não pede a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mais sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo moral causado pela conduta do autor. Fernando Noronha (2005, p. 313) esclarece que:

[...] a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um 'preço', será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.

Visando evitar o enriquecimento sem causa, a doutrina e a jurisprudência sinalizam para o fato de que o dano moral sofrido por alguém não pode ser confundido com o simples transtorno ou aborrecimento que a pessoa sofre durante o dia-a-dia. Diante disso, diz Silvio de Salvo Venosa (2005 p. 47).

Não é qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bônus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há formulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante no comportamento humano universal.

Assim, não é qualquer dissabor da vida cotidiana que pode ser considerado dano moral, devendo ser evitados os excessos que ocorrem em nosso dia-a-dia, o que coloca em descrédito a própria concepção de responsabilidade civil e moral. Quanto a terceira e última espécie de dano, o dano estético, será abordado no último capítulo deste trabalho.

2.2 Exclusão da Responsabilidade Civil

Depois do estudo de todos os elementos componentes da responsabilidade civil, ou seja, a conduta positiva ou omissiva do autor, o dano experimentado pela vítima e o nexo de causalidade, passa-se ao estudo das causas que excluem a responsabilidade de indenizar, sendo elas: a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, fato de terceiro, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal e a legítima defesa. Trata-se de uma matéria importante pelo fato de que é argüida pelo réu para eximir-se da responsabilidade de indenizar, fulminando qualquer pretensão indenizatória. Interessante se faz tratar uma a uma essas causas que excluem o dever de indenizar.

2.2.1 Culpa Exclusiva da Vítima

A culpa exclusiva da vítima é uma das excludentes do dever de indenizar, pois como ensinava Aguiar Dias, “a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade”. Continuando com as lições de Aguiar Dias (2004, p. 177) observa que:

[...] admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.

Hildegard Taggesell Giostri (2001, p. 200) dá como exemplo a seguinte hipótese:

[...] se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumprir as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as consequências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo.

Esta forma de exclusão do dever de indenizar não está expressamente contida na lei civil codificada, sendo uma consolidação da doutrina e da jurisprudência, pois o art. 945 estabelece que, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor, aplicando-se o princípio da gradação da culpa”. Desta forma, o Código civil trata apenas da culpa concorrente, e não da exclusiva, sendo esta fruto da doutrina e da jurisprudência.

Assim, a culpa exclusiva da vítima é forma de rompimento do nexos causal, na medida em que o nexos causal tem que estar ligado, em matéria de responsabilidade subjetiva, à conduta do ofensor. Sendo o dano causado sem a

interferência de um ofensor, mas pela própria conduta da vítima apta a produzir o dano, rompido está o nexo de causalidade. Também, com a culpa exclusiva da vítima, afastada está a responsabilidade civil do agente, posto está a causa do dano ligada à conduta da vítima. A conduta do lesado é o próprio fato gerador do evento danoso, conseqüentemente, afastada está a relação de causalidade.

É bom salientar que só no caso de a culpa ser exclusivamente da vítima é que o agente se isenta da obrigação de indenizar. Caso haja concorrência de culpa, não será excluída a responsabilidade dele, situação em que responderá proporcionalmente pelo dano causado, em face do princípio da gradação da culpa.

2.2.2 Caso Fortuito e Força Maior

O caso fortuito e a força maior são formas que excluem o dever de indenizar, impedindo que se concretize o nexo causal. O artigo 393, parágrafo único do Código Civil diz que: "o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". Essas formas de exclusão do dever de indenizar são objetos de divergência na doutrina quanto a sua distinção. Consoante a tal ponto, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 57) diz:

[...] a doutrina, na realidade, não é concorde sobre a sua definição e compreensão desses fenômenos, havendo certa divergência. O caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades (fato do príncipe). A doutrina costuma apresentar as mais equívocas compreensões dos dois fenômenos. Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexo causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

Assim, qualquer distinção que se faça será inútil distingui-la, pois elas atuam no mesmo campo da responsabilidade civil, sendo os efeitos os mesmos, ou seja, excluem o dever de indenizar, sendo, assim, a distinção meramente doutrinária.

2.2.3 Fato de Terceiro

O fato de terceiro trata-se de um tema no campo das excludentes de responsabilidade que encontra muita resistência na jurisprudência, pois nem sempre um comportamento de um terceiro, que não seja o causador do dano e a vítima, romperá o nexos causal, excluindo-se, assim, o causador do dano do dever de indenizar. Têm-se como exemplos o enunciado da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que: “a responsabilidade contratual do transportados pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra a qual tem ação regressiva” e o enunciado da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, esta salientando que: “é presumida a culpa do patrão, amo ou comitente pelo ato culposo de empregado ou preposto”.

Em algumas situações, todavia, o fato de terceiro romperá o nexos causal e, conseqüentemente, não poderá imputar a participação do agente, excluindo-se, assim, a sua responsabilidade, devendo a pessoa que sofreu o dano ir diretamente contra o terceiro. Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 65) destaca que:

[...] a questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam.

Como um fato de terceiro que venha a excluir o dever de indenizar, citamos as palavras de Hildegard Taggesell Giostri (2001, p. 201), que pontifica:

[...] assim, um fato de terceiro, que pudesse isentar o médico de responsabilidade, concretizar-se-ia por conta de um dano ocasionado por interferência, ou ato, de alguém próximo ao paciente, como um familiar seu

ou, ainda, por erro de farmacêutico ou erro de laboratório. Em resumo, de alguém que não faça parte da equipe médica, ou se estaria a falar em fato de outrem.

Portanto, analisa-se, no caso concreto, se o terceiro foi o causador exclusivo do dano, porque, se foi, em princípio não haverá nexos causal, visto que tal conduta do terceiro romperá o nexo causal em relação agente, cabendo a este provar que o fato era inevitável e imprevisível, assemelhando-se, desta forma, a do caso fortuito e força maior, já que, num e noutro, ocorre a exoneração. Mas, como observa Caio Mário (2004, p. 184), “para que tal se dê na excludente pelo fato de terceiro, é mister que o dano seja causado exclusivamente pelo fato de pessoa estranha”.

2.2.4 Estado de Necessidade

O art. 188, II, do Código Civil prevê que não constitui ato ilícito a deteriorização ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, prestes a acontecer. Continuando, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal prevê que o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável à remoção do perigo. Neste caso, está configurado o estado de necessidade.

Embora o ato praticado em estado de necessidade não configure ato ilícito, o agente causador do dano não fica isento de reparar o dano, pois o art. 929 do Código Civil diz que: “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito a indenização que sofrerem”; e também o art. 930 do Código Civil salienta que: “no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação de regresso para haver a importância que tiver ressarcido o lesado”.

No primeiro comando, o agente do dano, embora sua conduta não configure ato ilícito, estará com o dever de indenizar, pois a pessoa lesada ou o dono da coisa não foram os culpados pelo perigo. Assim, o causador do dano só se isentará de indenizar se provar que a pessoa lesada ou o dono da coisa foram os culpados por tal situação. Já no segundo, o agente causador do dano terá o direito de regresso

contra o terceiro causador do dano, caso tenha arcado com a indenização. Portanto, o causador do dano, no estado de necessidade, só se isentará de indenizar de forma absoluta se comprovar que a vítima foi a culpada pelo dano causado, pois, do contrário, embora lícita a atitude do agente, estará ele obrigado a reparar o dano.

2.2.5 Legítima Defesa

Trata-se de uma excludente de responsabilidade com relevância prática indiscutível, pois não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, conforme dispõe o art.188,I do Código Civil. Para Sílvio de Salvo Venosa (2005 p. 61):

[...] a legítima defesa constitui justificativa para a conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria. Mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas cara ou contra seus bens.

Agora, é bom destacar que os meios utilizados para repelir tal agressão devem ser moderados, sendo certo que o agente não poderá atuar além do indispensável para afastar o dano ou a iminência de prejuízo material ou imaterial, pois, no caso de excesso, estará configurado o dever de indenizar. Os bens protegidos para que a pessoa faça uso da legítima defesa são os mais variados, abrangendo a vida, a integridade física, além dos bens materiais e os direitos da personalidade como o nome, a honra etc.

Sob outro prisma, a legítima defesa putativa, embora admitida, não exclui o dever de indenizar, visto não ser caso de exclusão de ilicitude, mas sim de culpabilidade. Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Civil – Indenização – Homicídio – Pensão – Dano moral – julgamento extra petita – Impossibilidade de decisões contraditórias na espécie vertente –

Ainda que admitida a tese de legítima defesa putativa, subsistiria a obrigação de reparar o dano, visto não ser causa de exclusão de ilicitude (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: REsp 47246/RJ 9 9400119569), Recurso especial, Acórdão: REsp 47246/RJ (9400119569), Data da decisão: 30.08.1994, Órgão julgador: T 3 – Terceira Turma, Relator: Ministro Costa Leite, Fonte: DJ 27.03.1995, p. 7.157, RSTJ 71/343)

E, por fim, igualmente ao estado de necessidade, caberá o direito de regresso contra aquele em defesa de quem o dano acabou sendo causado, conforme dispõe o art. 930, parágrafo único do Código Civil. Citamos como exemplo a legítima defesa putativa em fato causado por terceiro.

Assim, na legítima defesa em que há culpa exclusiva da vítima, o causador do dano fica isento de indenizar, tendo em vista que a culpa exclusiva da vítima rompe o nexo de causalidade. Já na legítima defesa putativa, o nexo de causalidade não é rompido, subsistindo o dever de indenizar por parte do causador do dano. Mas, se nesta hipótese o fato for provocado por terceiro, caberá o direito de regresso por parte do agressor em relação à pessoa que deu causa ao ato ilícito.

2.2.6 Exercício Regular de Direito

Tal como a legítima defesa, os danos causados no exercício regular de direito não são passíveis de indenização. Caio Mário (2004, p.182) sustenta que:

[...] o fundamento moral dessa causa de isenção da responsabilidade civil encontra-se no adágio: *qui iure suo vitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém.

Para que exista o ato ilícito é necessária uma conduta antijurídica. Quando uma pessoa age no exercício regular de um direito, tal pessoa está utilizando-se de um direito que o próprio ordenamento jurídico lhe faculta, não constituindo, assim, ato ilícito sua conduta, conforme estabelece o art. 188, I, segunda parte do Código Civil.

Porém, quando uma pessoa agir no exercício regular de um direito, deve utilizar-se de meios razoáveis, pois, caso exceda seu direito, estará causando um mal desnecessário e injusto, equiparando-se seu ato a um ato ilícito. Assim, quem age no exercício regular de um direito isenta-se do dever de indenizar, porque quem atua escudado pelo o direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo direito.

2.2.7 Estrito Cumprimento do Dever Legal

Assim como a legítima defesa e o exercício regular de direito, quem age no estrito cumprimento do dever legal isenta-se do dever de indenizar, haja vista que estará atuando no exercício regular de um direito. Tais excludentes pertencem ao Direito Penal, que as estuda em profundidade. Dessa forma, se uma pessoa no estrito cumprimento do dever legal causar um fato considerado ilícito, esse fato perderá essa natureza, visto que quem age no estrito cumprimento de um dever legal imposto pela a lei penal ou extrapenal, e procede sem abusos, não está cometendo um ato ilícito.

Agora, é necessário que a pessoa que age no estrito cumprimento do dever legal, para que possa isentar-se do dever de indenizar, esteja exercendo sua conduta com fulcro na lei, não confundindo com o dever social, moral ou religioso, pois, nestes casos, embora a atitude possa parecer correta, não terão o condão de isentar-se do dever de indenizar, tendo em vista que sua atitude não tem fundamento na lei, tendo, portanto, de indenizar os prejuízos sofridos pela sua conduta danosa.

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: NOÇÕES GERAIS

Como nos mostram as páginas da história da sociedade humana, os atos médicos sempre estiveram sujeitos ao julgamento das sociedades em que foram praticados.

Nesse sentido, a par dos parágrafos 215 ao 223 do Código de Hamurabi, cujas normas legais cuidavam de complicações advindas do ato cirúrgico no ser humano, encontramos a Lei Aquília (287 a.C.) na Roma Antiga, com a previsão de pena de morte ou de deportação de médicos por erros profissionais. No ano de 1170, já na Idade Média, Maimônides, médico judeu, elaborou um Código que previa as penas de prisão, açoite ou morte para a punição de médicos que fracassavam. (Fernanda Schaefer: 2002, 19). Por outro lado, é nessa época que se nota a importante influência do Direito canônico (1200 a 1600), no julgamento dos atos médicos, ao se exigir tanto o exame quanto o parecer de cirurgiões e de parteiras, na instrução dos processos judiciais, inaugurando a proteção da lei para tais profissionais.

Destaca Schaefer (2002, p. 21) que o grande legado do Direito Civil Francês foi o entendimento, externado pela Corte de Cassação Francesa em 1936, de que a relação jurídica médico-paciente advém de um contrato *sui generis*, assim definido por Giostri (2002, p. 61):

Um contrato *sui generis* (ou inominado ou atípico) é aquele contrato não disciplinado expressamente pela lei, mas que em virtude das crescentes relações humanas tem sido permitido, se lícito o seu objeto, para que produza efeito no mundo jurídico, tutelando-se, dessa maneira, a iniciativa da autonomia privada.

Completando a definição acima, o insigne jurista Caio Mario da Silva Pereira (2003, p. 61) nos ensina que “a celebração de um contrato atípico exige-lhes (às partes) o cuidado de descerem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica”. Tal noção reveste-se de vital importância para os contratos médicos, mormente ao tratar-se da cirurgia plástica estética, assunto central de nosso trabalho.

Nesse sentido, deve-se lembrar que, como determina o art. 70, do Código de Ética Médica, é obrigação do médico dar as explicações necessárias à compreensão do paciente sobre seu estado. Não apresenta tal determinação mera obrigação médica, cujo significado encerra-se em si mesma, pois o que a prática nos demonstra é que paciente bem informado é paciente obediente e cooperativo com as instruções que lhe são fornecidas, o que certamente irá diminuir, em muito, as chances de insucesso no tratamento a que esteja submetido.

3.1 Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica

O novo Código Civil, seguindo a jurisprudência e a doutrina adotou a responsabilidade médica na forma subjetiva, conforme está disposto no art. 951, exigindo-se para sua caracterização, que haja culpa por parte do médico. Tal entendimento foi mantido pelo Código de defesa do Consumidor (CDC), em seu art. 14, §4, ao dispor que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. Para confirmar que a responsabilidade médica tem a natureza subjetiva, têm-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG):

Responsabilidade civil – Médico – Ligadura de trompas – Nova gravidez – Alegação de imperícia e negligência – Ausência de culpa. A responsabilidade do médico decorre de culpa comprovada, não presumida. O erro médico no procedimento de ligadura consiste em não ligar as trompas, ligar apenas uma ou não achá-las, devendo, entretanto, ser comprovado o fato. A recanalização é um fato natural que escapa ao controle do profissional médico. Não sendo o caso de imperícia, imprudência ou negligência, não se pode responsabilizar o médico pela eficiência do método contraceptivo. ACÓRDÃO vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível Nº. 357.478-7 da comarca de Santa Luzia, sendo Apelante (s): Rosane da Silva e Apelado (a) (os) (as): Marco Aurélio Guimarães Câmara, ACORDA, em turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Negar Provitamento. José Affonso da Costa Cortes (Relator). Belo Horizonte, 18 de Abril de 2002.

É bom lembrar que a Teoria da Culpa aplica-se somente, neste estudo, ao médico, pois, quanto aos hospitais, clínicas e assemelhados, por serem prestadores

de serviços, aplica-se a Teoria do Risco. Uma questão discutida na doutrina refere-se à *responsabilidade ser somente contratual, ou contratual e extracontratual*.

O Código Civil colocou a responsabilidade do médico dentre os atos ilícitos, sendo, assim, de natureza extracontratual. Porém, o nobre jurista Aguiar Dias, não concordando com a sua colocação na parte relativa aos atos ilícitos, é taxativo em dizer: "ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvidas. [...] Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos". Assim, Aguiar Dias assegura a sua natureza contratual.

Embora possa ter natureza contratual, quando um paciente contrata com o médico uma consulta, terapia, tratamento, sendo, portanto, uma relação jurídica contratual onerosa e comutativa, ela pode se apresentar como extracontratual como frisa bem Sílvio de Salvo Venosa, dispondo que: "quando a iniciativa do médico é unilateral, quando passa a tratar de pessoa, ainda que contra a vontade dela, a responsabilidade profissional emerge da conduta e não de um contrato".

Como exemplos da natureza extracontratual da responsabilidade médica apresentamos as seguintes hipóteses citadas por Sílvio de Salvo Venosa: "quando um médico assiste transeunte em via pública, ou socorre vizinho acometido por mal súbito". Nestas hipóteses, fica bem claro que a responsabilidade médica pode assumir a natureza extracontratual, pois, nestes casos, a responsabilidade surge de um dever de conduta, e não de um contrato.

Nessa medida, embora a regra seja a responsabilidade médica decorrente de um contrato, não se deixa de lado que, às vezes, ela pode assumir a natureza extracontratual. Quando assume a natureza contratual, é bom enfatizar o momento do início dessa relação. Maria Helena Diniz (1993, p. 457) diz que: "o médico que atende um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com uma pessoa que o chamou em benefício do enfermo".

E, finalmente, quanto ao ônus da prova na responsabilidade médica, cabe ao autor provar que o médico agiu com culpa, quando tratar-se de obrigação de meio, mas, tratando-se de obrigação de resultado, o autor ficará numa posição mais cômoda, uma vez que poderá haver a inversão do ônus da prova, cabendo, neste caso, apenas à vítima provar o nexo de causalidade e o dano sofrido, não sendo necessário provar o elemento *culpa*. Neste último caso, para eximir-se de

indenizar, o médico tem que arguir em sua defesa alguma das causas excludentes do dever de indenizar.

3.2 Obrigação de Meio e de Resultado

Tendo em vista o princípio da autonomia da vontade na formulação de um contrato, ou seja, a liberdade que as pessoas têm de, antes de estabelecer um contrato, acertar as cláusulas contratuais da forma que melhor lhes convier, poderá decorrer dois tipos de obrigações para os profissionais liberais, quais sejam, obrigação de meio ou obrigação de resultado. Miguel Kfoury Neto (2003, p. 163) diz que:

[...] há obrigação de meio, segundo Demogue, o formulador da teoria, quando a própria prestação nada mais se exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de um determinado meio sem olhar o resultado.

Sendo assim, o profissional, nas obrigações de meio, obrigar-se-á a empregar na prestação do serviço toda atenção, zelo, cuidado, bem como empregar toda diligência possível, a fim de atingir, com êxito, o pacto estabelecido.

Já na obrigação de resultado, Teresa Ancona Lopes de Magalhães (2003, p. 164) reza que: “o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as conseqüências”.

Dessa maneira, a maioria das intervenções médicas derivará de uma obrigação de meio, onde o facultativo obrigar-se-á a empregar toda diligência possível para atingir a meta colimada pelo ato. Mas há outras em que a simples atenção, zelo e cuidado por parte do facultativo não serão suficientes para isentá-lo de indenizar, uma vez que terá que atingir aquela meta pactuada, pois, do contrário, terá que indenizar, caso o fim preestabelecido não seja alcançado. Tem-se como exemplo de obrigações de resultado às especialidades dos cirurgiões estéticos e dos anesthesiologistas.

CAPÍTULO 4 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS

O estudo da cirurgia plástica pode ser dividido em três fases: a da rejeição, a da aceitação com reservas e a da admissão. A primeira fase, ou da rejeição, é o início do surgimento da cirurgia plástica. Nesse período, entendia-se que a cirurgia plástica não se destinava a curar doenças, mas, sim a corrigir uma imperfeição física. Essa foi uma fase de muitas experiências e descobertas.

Foi uma fase em que se perguntava: se esta operação não tivesse êxito, a vítima teria direito a indenização? E se existia culpa em tentar uma operação de finalidade puramente estética por parte do médico? Estas perguntas foram respondidas na França, depois de uma cirurgia com o fim de corrigir o excesso de volume de pernas de uma jovem senhora, bonita e gozando de boa saúde, sendo que o resultado da cirurgia não foi o desejado. Depois de proposta a ação contra o médico que não conseguiu o resultado desejado, a sentença foi condenatória, imputando ao médico a responsabilidade em tais intervenções. Daí tal fase ser conhecida pela rejeição.

A segunda fase foi a da aceitação com reservas, onde tal entendimento sobre a responsabilidade do médico foi atenuado, depois de um julgamento do Tribunal de Sena (TS), de 25 de Fevereiro de 1929, com o entendimento de que a responsabilidade do médico deveria ser aferida caso a caso, recusando-se, em princípio, a tese de que toda operação plástica de finalidade puramente estética é suscetível de estabelecer a responsabilidade do cirurgião. Caio Mário, a respeito desta fase, salienta: "bem espelha esta segunda fase, receptiva da cirurgia plástica, o argumento de que, não sendo proibida por lei, não se pode se considerar em si mesma um ato ilícito". Assim, procurou-se conciliar o direito com a cirurgia plástica, sem prejuízo da atenção dispensada aos anseios das pessoas que pensam em corrigir imperfeições físicas, renovando o prazer pela vida, bem como não atribuindo uma responsabilidade objetiva ao facultativo, toda vez que o resultado não for o desejado pelo paciente.

Atualmente, vive-se a terceira fase, a da admissão ampla, repercutindo inclusive no Brasil. Nesta fase, a busca pela boa aparência física é imensa. Estão se multiplicando as cirurgias, tendo a cirurgia plástica um grande espaço dentre as mais

rentáveis, impulsionada pelo culto ao corpo e pelos inúmeros anúncios feitos pela imprensa. Conseqüentemente, a cada dia, aumenta-se o número de profissionais que busca se especializar em tal área da medicina. Acrescente-se que, a cirurgia plástica dividi-se em reparadora (ou corretiva) e estética propriamente dita (ou cosmética). Segundo o grande especialista nesta área da medicina, Paulo Jatene (2004 p. 548):

[...] a cirurgia plástica dividi-se em dois ramos distintos, mas que estão interligados entre si: a) a cirurgia plástica reparadora, que visa a reconstrução dos tecido danificados em razão de acidente ou doença adquirida ou genética; e b) a cirurgia plástica estética, rotulada como cosmética e desnecessária.

Mais à frente, será demonstrado possivelmente se a cirurgia plástica estética ou cosmética trata-se de obrigação de meio ou de resultado.

4.1 Particularidades acerca da Cirurgia Plástica Estética

Diferentemente do que ocorre com outras especialidades médicas que, têm o objetivo de curar enfermidades, a cirurgia plástica estética tem como escopo eliminar imperfeições físicas que não alteram a saúde de uma pessoa, mas tornam a pessoa mais atraente do ponto de vista estético.

As pessoas que se submetem a tal tipo de procedimento cirúrgico, como já foi dito, não vão em busca de medidas curativas de enfermidades, mas, sim, em busca de uma modificação de sua aparência física de natureza cosmética, pois pensam que seus problemas, muitas vezes psíquicos, irão se resolver com tal tratamento. O renomado cirurgião plástico Paulo Jatene (2004, p.548), nesse sentido, informa que:

[...] deve-se convir que, quando o médico aplica um tratamento cosmético está cuidando de uma doença da alma, pois os pacientes da cirurgia plástica estética são, em sua maioria, mulheres na faixa de 30 a 50 anos de idade, carentes de afetividade, geralmente, superando ou recuperando

perdas (final de um casamento, traumas, vida atribulada, crise existencial), acreditando que a cirurgia e a modificação de sua aparência física irá resolver seus problemas.

Observou ainda o referido profissional que: “o princípio básico de uma cirurgia plástica estética é o respeito às dobras e linhas naturais do corpo humano, cuja preservação se impõe”. Como consequência dos resultados, muitas vezes satisfatórios, da cirurgia, as pessoas que estavam com um mal-estar, não físico, mas psíquico ou moral, acabam passando de um comportamento arredo a sociável; de calado, a loquaz; de inseguro a auto confiante.

Diante disso, é que Miguel Kfourri Neto (2004, p.548) exprime que:

[...] em determinados casos até recomendam-se aconselhamento e acompanhamento psicológicos, preparando o paciente para a intervenção a que irá se submeter. Não raras vezes, o satisfatório resultado na cirurgia plástica reflete-se no comportamento do paciente.

Igualmente às outras intervenções cirúrgicas, a cirurgia plástica estética encontra-se sujeita às mesmas adversidades, visto que pode haver reações imprevisíveis do organismo humano, tendo como consequência resultados indesejáveis. A cirurgia estética difere das outras intervenções cirúrgicas, pois nunca terá natureza de urgência, tendo em vista que o paciente não está correndo risco de morte para que seja submetido a tal intervenção.

Por outro lado, é bom destacar que mesmo o médico prestando todas as informações acerca da cirurgia plástica, bem como obtendo o consentimento do paciente para a realização da mesma, não se isentará de indenizar se, “conhecendo o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera obter, executar uma intervenção desse tipo”.

4.2 *Lex Artis Ad Hoc*

Miguel kfourri Neto (2003, p.163) define a *Lex Artis ad hoc* como:

[...] o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo o profissional da medicina - arte ou Ciência Médica - , visando a verificar se a atuação é compatível - ou não – com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor pelo resultado obtido.

Desse modo, serão levadas em consideração as características pessoais do médico, as peculiaridades relativas à especialidade, os recursos materiais que dispõe, bem como a complexidade e importância do ato para preservação da vida e o estado geral do paciente. A conduta do médico, portanto, tem que ser aferida tendo-se em conta a conduta de outros profissionais em casos semelhantes.

Qualquer profissão é regida por uma *Lex Artis*. “Na medicina, não obstante seu caráter geral, essa *lex* é aplicada a cada ato médico individualizado (*ad hoc*)” (Miguel.Kfoury Neto, 2003, p.163). Diante de tudo isso, o juiz, que não é conhecedor assíduo das ciências médicas, definirá *Lex Artis ad hoc* por meios de assistentes, peritos e assistentes técnicos, que o prestarão as mais variadas informações para a formação do seu convencimento acerca do procedimento recomendado para aquele ato do qual veio o ato lesivo.

4.3 Dano Estético

Sobre do dano estético, haja vista não ter sido mencionado no segundo capítulo, vem sendo considerado pela doutrina e pela jurisprudência como uma segunda modalidade de dano extrapatrimonial, cujo assunto já foi objeto de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se reconheceu a possibilidade de cumulação de danos morais e estéticos, sendo, inclusive, essa tese adotada em concursos públicos.

Para Tereza Ancona Lopes (2005, p. 325), o dano estético significa: “a lesão à beleza física, ou seja, a harmonia das formas estéticas de alguém”. Ensina a autora que “o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era”. Para essa

mesma autora, para haver o dano estético “basta a pessoa ter sofrido uma ‘transformação’ para que o referido dano seja caracterizado”.

Tais danos irão se concretizar, em regra, quando a pessoa sofre, segundo Flávio Tartuce (2005, p. 325), “feridas, cicatrizes, cortes superficiais, ou profundos, em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana”.

Como ocorre com o dano moral objetivo ou presumido, tal tipo de dano, vale dizer, o estético, não precisa de prova, como ocorre com o dano moral subjetivo. Para Rui Stoco (2004), o dano estético é espécie do gênero dano moral e, diante disso, entende pela impossibilidade de cumulação de pedido de indenização dos mencionados danos, pois configuraria uma hipótese de *bis in idem*.

Apesar de outros autores renomados compartilharem o mesmo entendimento de Rui Stoco, como Flávio Tartuce e Sérgio Cavalieri Filho, o dano estético vem sendo tratado pelo Superior Tribunal de Justiça, como já dito, como uma terceira modalidade de dano, distinguindo-se do moral. Assim, o dano estético seria a alteração morfológica de formação corpórea que agride a visão, causando desagrado e repulsa. Já o dano moral seria um sofrimento moral pertencente ao foro íntimo.

Tanto o dano estético quanto o dano moral representam um dano a um direito da personalidade. No dano estético, cabe somente à vítima a legitimidade para pleitear indenização, conforme entendimento do diploma jurídico pátrio. Uma questão a ser analisada é quanto à avaliação do dano estético, devendo ser feito por ocasião do julgamento, o mais tarde possível, pois a cicatriz, a deformidade, ou seja, o dano, pode atenuar-se.

Para apurar o *quantum debeatur*, cumpre que se apreciem as condições do ofendido, porque um dano estético terá conseqüências bem mais graves para uma pessoa que trabalha como modelo do que para uma pessoa que não usa da beleza como fonte de renda. Nesse diapasão, não se pode querer que uma cicatriz na face de um jovem modelo profissional traga as mesmas conseqüências que o mesmo ferimento em uma pessoa de idade avançada, usando-se, desse modo, o princípio da proporcionalidade do dano, bem como uma interpretação dos artigos 949 e 950 do Código Civil. Em matéria de prejuízo estético, Tereza Ancona Lopes (2003, p. 109) ensina que:

[...] não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita. Nesses casos não há ressarcimento e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo, atenuam sua dor.

Portanto, quando se fala em dano estético, é mais apropriado falar em compensação, em função de um prejuízo ou dano causado.

4.4 Cláusula de Não Indenizar no Contrato Médico

A cláusula de não indenizar é considerada, por parte da doutrina, como uma excludente de responsabilidade, consistindo numa previsão contratual pela qual a parte exonera-se de responsabilidade, sendo, tal cláusula, somente aplicada na responsabilidade contratual.

Atualmente, tal cláusula tem se tomado freqüentes nos contratos médicos, como forma do facultativo tentar se prevenir contra uma possível ação de reparação de danos, firmando com seus pacientes contratos com cláusulas por meio das quais os pacientes renunciam a qualquer compensação por parte do facultativo, mesmo agindo este com culpa ou erro durante o tratamento. Com isso, a cláusula de não indenizar no contrato médico tem o poder de afastar as conseqüências normais do descumprimento de uma obrigação, isto é, a indenização.

René Demogue (2003), isoladamente, procura sustentar a validade de tal cláusula no caso de manifestação formal do paciente, em operação que o médico julgue perigosa. Aguiar Dias (2003, p. 104), discordando de tal entendimento, argumenta que:

[...] a estipulação dessas cláusulas no início do tratamento – fase mais delicada da relação médico-paciente – lança dúvidas sobre a espontaneidade do pacto: haveria, aí, vício de consentimento que o tornaria inválido.

Além de tal cláusula ser inválida com relação à responsabilidade médica, temos que ter em mente que a saúde e a integridade física do paciente são direitos da personalidade, não podendo haver nenhuma renúncia a boa saúde e a integridade física, mesmo por seu próprio titular, salvo em circunstâncias especiais fixadas em lei ou não vedadas (doação de sangue ou órgão para transplante) por exemplo.

Ana Prata (2003, p. 104), acerca do tema, ressalta que, "estando a pessoa fora do comércio, nunca poderão ser válidos os contratos que a tenham por objeto". A cláusula de não indenizar, nos contratos médicos, trata-se de prática corriqueira por parte de alguns profissionais médicos, com a qual pretendem afastar eventual responsabilidade civil por dano ao paciente. Todavia, por tratar-se de direito da personalidade, o que por si só afasta a disponibilidade, a integridade física não pode ser objeto de renúncia por quem quer que seja, tudo conforme o art. 5º da CF e as normas cogentes do novel código, manchando, desta forma, tais cláusulas com vícios de natureza absoluta.

4.5 Cirurgia Estética e Obrigação de Meio e de Resultado

Nos contratos médicos, normalmente o médico assume uma obrigação de meio, exigindo-se do facultativo apenas a prudência e zelo em busca dos meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la. Agindo assim, o facultativo se exime da obrigação de indenizar, se não chegar ao resultado desejado.

A obrigação do médico pode assumir natureza de resultado, quando o médico assume expressamente a obtenção da cura ou do resultado pretendido, como quando (faz um Raio X ou aplica uma injeção), sendo que se não chegar ao resultado esperado terá que indenizar o paciente. No caso do cirurgião plástico, ela pode assumir uma obrigação de meio ou de resultado, conforme a espécie de cirurgia plástica realizada, é dizer, cirurgia plástica reparadora (ou curativa) ou cirurgia plástica estética (ou cosmética). Se o cirurgião fizer uma operação que vise à reconstrução dos tecidos danificados em razão de um acidente de carro ou de queimadura, ele irá assumir uma obrigação de meio, tendo em vista que trata-se de

uma cirurgia plástica curativa ou reparadora. Assim, se a cirurgia tiver a finalidade de curar doenças ou reparar deformidades, será ela uma obrigação de meio, tendo o paciente a incumbência de provar a culpa do médico, caso venha a sofrer algum dano em virtude da cirurgia plástica reparadora.

De outra banda, se a cirurgia plástica tiver a finalidade puramente cosmética, ou seja, o paciente está em pleno gozo de sua saúde e busca uma modificação de sua aparência física para resolver problemas de vaidade, fazendo uma cirurgia para tornar seu nariz mais bonito, por exemplo, neste caso, o médico assumirá uma obrigação de resultado, pois tem que atingir um resultado específico, desejado pelo paciente: a melhora da aparência. Alguns doutrinadores entendem que as cirurgias estéticas seriam obrigações de meio, uma vez que importaria num ônus que o médico não tem capacidade de atender, na medida em que o comportamento da corpo humano é imprevisível. Miguel Kfoury Neto (2003, p. 171), acerca desse tema acrescenta que:

[...] embora os estudiosos se inclinem a enquadrar a cirurgia plástica com finalidade preponderantemente estética no figurino das obrigações de meio, os Tribunais ainda se mostram refratários à evolução doutrinária. Afirma-se, por exemplo, que para os outros médicos o resultado pode ser uma incógnita; para os cirurgiões plásticos, nas intervenções embelezadoras, deverá ser uma certeza [...].

Este último entendimento é majoritário na doutrina e na jurisprudência, com o argumento de que quando um paciente se submete a uma cirurgia plástica estética, não se encontra doente, pretendendo apenas corrigir um defeito que o incomoda, sendo que o que lhe interessa é o resultado prometido. Portanto, caso o paciente fique com uma aparência pior após a cirurgia, ele terá o direito à compensação pelo dano sofrido, haja vista o resultado prometido pelo facultativo e almejado pelo cliente não ter sido alcançado.

Uma questão difícil é estipular o *quantum*, já que ele poderá variar, dependendo do tamanho do inadimplemento. Se a cirurgia apenas não logrou o resultado pretendido, sem, contudo, agravar a situação do paciente, mantendo-se o *statu quo ante*, ensina Rui Stoco (2004, p. 548) que “caberá ao médico apenas restituir aquilo que pagou pelo serviço”. Porém, se além de não se alcançar o

resultado almejado pelo paciente, agravar-se a situação, criando defeito estético, alerta o autor que deverá:

além de restituir o que recebeu ou deixar de receber o valor contratado, deverá submeter o paciente a nova cirurgia, visando corrigir o defeito que causou. [...] Mas se esse defeito não for passível de correção e torna-se definitivo e irreparável, o médico causador desse mal, além de devolver o que recebeu, deverá indenizar a vítima pelo o dano estético e moral que causou, na proporção do dano e levando em consideração os efeitos que esse defeito possa causar no seu portador, sob o aspecto psicológico, moral, social e profissional.

Portanto, se a intervenção cirúrgica for meramente estética, na qual o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física, a obrigação assumida será de resultado e, uma vez presente o inadimplemento, presume-se a culpa do facultativo, cabendo ao mesmo o ônus da prova para livrar-se de possível responsabilidade, embora a responsabilidade do médico seja subjetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, portanto, tratou da responsabilidade médica nas cirurgias plásticas estéticas, demonstrando a relevância do tema nos dias atuais tanto para a coletividade como para os estudantes de direito, juristas e doutrinadores, ou seja, para os operadores do direito.

Saliente-se que este trabalho não teve por intuito esgotar o tema, já que este é objeto de vasta publicação doutrinária, sendo constante a sua evolução, seja doutrinária, seja jurisprudencial, o que o torna um dos pontos mais polêmicos do estudo da responsabilidade civil.

Todavia, apenas mostrou-se, de forma objetiva, sem, no entanto, olvidar dos aspectos mais importantes que circundam o tema, as particularidades e importância do mesmo, ao sinalizar a maneira como se posicionam alguns dos mais autorizados doutrinadores do assunto, bem como em que direção vem decidindo a maior corte em matéria infraconstitucional.

A cirurgia plástica como especialidade médica está na pauta do dia nos dias atuais, tendo em vista o aumento exagerado desse procedimento, nos últimos anos, em razão do culto ao corpo cada dia mais difundido e imposto pelos meios de comunicação e pela sociedade.

Segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia, o Brasil é o recordista mundial em cirurgias estéticas, sendo que só no ano de 2000, mais de 350 mil pessoas submeteram-se à cirurgia plástica estética. A busca por um corpo perfeito, bem como por uma boa aparência, deixou de ter suas razões apenas na vaidade do paciente, passando tanto para uma melhor colocação no mercado profissional como também para uma melhor aceitação no meio social. Sendo assim, pode-se afirmar que o aumento das cirurgias estéticas deveu-se à diminuição dos preços, e vice-versa, fazendo com que um número cada vez maior de pessoas tivessem acesso a tal procedimento.

Como não poderia deixar de ser, com o aumento exagerado das cirurgias estéticas no Brasil, aumentou-se também o número de ações judiciais buscando a reparação por danos sofridos em decorrência de tais tratamentos.

Ficou claro, neste trabalho, que uma deformidade física ou uma lesão corporal em decorrência de uma cirurgia pode tanto afetar o lado psíquico de uma

pessoa, ocasionando um dano moral, como pode afetar a integridade física, gerando um dano estético, o que dá margem à cumulação de pedidos numa ação judicial, conforme entendimento mais vanguardista do Superior Tribunal de Justiça.

Algumas peculiaridades envolvem as cirurgias plásticas estéticas diante de um erro por parte do médico: a) a responsabilidade médica, em regra, apresenta natureza contratual, embora, às vezes, possa apresentar natureza extracontratual; b) a responsabilidade médica nas cirurgias estéticas é subjetiva, mas com culpa presumida, pois caso a cirurgia estética seja um insucesso, deverá o facultativo para eximir-se do dever de indenizar, provar alguma excludente de responsabilidade; c) a cláusula de não indenizar nos contratos médicos é nula, devendo ser entendida como não escrita, haja vista a indisponibilidade do corpo humano, limitando, assim, a autonomia da vontade; e d) que para apurar o quantum do dano estético, deve-se analisar as condições pessoais do paciente.

Por último, ficou expresso que se a cirurgia plástica tiver a finalidade puramente cosmética, ou seja, o paciente está em pleno gozo de sua saúde e busca uma modificação de sua aparência física para satisfazer seu ego, fazendo uma cirurgia para tomar seu nariz mais bonito, neste caso, o médico assumirá uma obrigação de resultado, pois tem que atingir um resultado específico, desejado pelo paciente, a melhora da aparência, para não se ver obrigado a reparar o dano. Mas, se o cirurgião fizer uma operação que vise à reconstrução dos tecidos danificados em razão de um acidente de carro ou de queimadura, por exemplo, ele irá assumir uma obrigação de meio, tendo em vista que se trata de uma cirurgia plástica curativa (ou reparadora), devendo, para eximir-se do dever de indenizar, manter o paciente informado sobre possíveis conseqüências advindas da intervenção cirúrgica, bem como agir de acordo com as técnicas aplicáveis ao caso, prestando o serviço de modo atento.

REFERÊNCIAS

BARROS, Felipe Luiz Machado. **O Dano Estético e a Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1870>>. Acesso em: 25 mai. 2009.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **Erro Médico. Responsabilidade Civil Médica em Cirurgia Estética**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4490>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico. A Cirurgia Plástica como Obrigação de Meio**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5985>> . Acesso em: 17 mai. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7

_____. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 2.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfrança/artigo_21.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 3 vol. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica**. Curitiba: Juruá Editora, 2001, vol. 5.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RABELLO, Tiago Simões. **O Erro Médico e o Direito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2455>>. Acesso em: 18 abr. 2009.
REVISTA

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANELO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica, Civil, Criminal e Ética**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
Sousa, Fábio Torres de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4523>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004..

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v. 1. 2 ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Direito Civil**. v. 2. 1 ed. São Paulo: Método, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. v. 1. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VASCONCELLOS, Pedro Paulo. **Obrigação de Meio e de Resultado**. Disponível em: <http://www2.passosuemg.br/faculdades/fadipa/artigos/Dir_Civil/0027.htm>. Acesso em: 15 mai. 2005.

VEJA. São Paulo: Abril, n. 33, 23 de agosto de 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 1. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil**. v. 4. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2005.