



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

FRANCISCO WILTON APOLINÁRIO JÚNIOR

**CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO**

**SOUSA - PB
2007**

FRANCISCO WILTON APOLINÁRIO JÚNIOR

**CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO**

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: Profº. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**SOUSA - PB
2007**

Francisco Wilton Apolinário Júnior

**CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO**

Monografia apresentada 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.

Aprovada em: _____

COMISSÃO EXAMINADORA

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
PROF. ORIENTADOR

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

Dedico este Trabalho:

A Deus, primeiramente, pela iluminação concedida, por guiar meu raciocínio, e cuidar de meus passos até aqui.

Aos meus queridos pais e irmã pelos sacrifícios aos quais se submeteram para que eu chegasse até aqui e que sem os quais eu talvez jamais chegasse.

Aos amigos, que também tanto contribuíram com tudo. Alguns até se fizeram para mim verdadeiros irmãos.

A Saulinha, pessoa muito especial a quem tenho enorme carinho, e que ficou ao meu lado por quase toda a elaboração desse trabalho me ajudando pacientemente e de quem também roubei tantas horas que deveriam ser de atenção e carinho.

Ao caro Prof. Eduardo Jorge que confiou em mim e aceitou o convite para ser meu orientador.

RESUMO

Com a popularização cada vez mais acentuada das intervenções cirúrgicas do tipo plástica, surgiu para o direito a necessidade de normalizá-la. De estabelecer-lhe as balizas a quais ela deverá seguir. Porém, em virtude de ser relativamente nova essa discussão, ainda não é pacífico o entendimento dos doutrinadores tanto pátrio quanto internacionais sobre a matéria. Dentre outras, grande polêmica paira dentro desse assunto sob o campo concernente ao tipo de responsabilidade civil que incide sobre os profissionais que atuam nesse campo de cirurgia sob sua modalidade puramente estética. Com uma certa unanimidade, a doutrina e jurisprudência pátria tipifica como responsabilidade de meio a responsabilidade dos médicos em geral, entendendo-se que o médico não se compromete com a cura do paciente, mas com o emprego dos meios possíveis e mais adequados dentro do aparato técnico e científico disponível. Porém, dentre esses, alguns tendem a distinguir a cirurgia plástica, quanto a sua finalidade, em reparadora e estética. Tendem ainda a atribuir para os profissionais dessas duas modalidades de cirurgia plástica responsabilidades distintas. Afirmam esses que quando reparadora a responsabilidade gerada é de meio, não distinguindo-se ela das intervenções médicas em geral, mas em se tratando de cirurgia plástica com fim puramente estético, a responsabilidade gerada é de resultado. O principal argumento dos adeptos dessa corrente tem como principal argumento o compromisso do cirurgião de obter com o ato cirúrgico um determinado resultado, considerando que não há patologia a ser enfrentada, ou seja, o paciente quase sempre encontra-se em estado de higidez. Entretanto, outros aos quais me junto, entendem que a cirurgia plástica seja ela reparadora ou puramente estética consiste em subespécie do ramo da medicina de cirurgia geral e como essa submete-se aos mesmos princípios e os pacientes aos mesmos riscos, não podendo, então, serem diferenciadas uma da outra quanto a esse aspecto. Esse trabalho foi produzido, então, com a finalidade de melhor elucidar sob essa polêmica que se trava no cenário jurídico nacional e também internacional sobre o assunto. O método utilizado foi o indutivo.

Palavras-chave: Responsabilidade, Cirurgia Plástica, Meio e resultado.

EL RESUMEN

Con el popularización cada uno acentuó tiempo más de las intervenciones quirúrgicas del tipo plástico, aparecido para el derecho la necesidad para normalizarlo. Para establecer las almenaras a él qué tendrá que seguir. Sin embargo, en la virtud de no todavía ser relativamente nuevo esta ríña, es yo pacífico el acuerdo de nativo cuánto de tal una manera el doutrinadores internacional en la substancia. Entre otros, gran controversia dentro de las caídas de este asunto bajo el concernente del campo al tipo de responsabilidad civil que pasa en los profesionales que actúan en este campo de cirugía bajo su modalidad completamente estética. Con un cierto unanimity, la doctrina y tipifica la jurisprudencia nativa como la responsabilidad de la manera la responsabilidad ellos doctoran en general, mientras entendiéndose que el doctor no se compromete más a la cura del paciente pero al trabajo de las posibles maneras y ajustado dentro de él el aparato el técnico científico disponible y. Sin embargo, entre éstos, algunos tienden a distinguir la cirugía plástica cuánto su propósito en el fontanero estético y. Las responsabilidades distintas todavía tienden a atribuir para los profesionales de estas dos modalidades de cirugía plástica. Ellos afirman éstos en general que cuando fontanero que la responsabilidad generada es de manera, mientras no distinguiendo médico él ellos las intervenciones, pero en si tratando a la cirugía plástica con el fin completamente estético, la responsabilidad generada es de resultado. El argumento principal de los adeptos de esta cadena tiene como el argumento principal el compromiso del cirujano para conseguir con el acto uno quirúrgico determinado resultado, considerando que no tiene patología ser enfrentado, que es, el paciente casi siempre se encuentra en el estado del higidez. Sin embargo, otros que juntos yo, entiende que la cirugía plástica es él fontanero o completamente estético consista en subespecie de la rama de la medicina de cirugía general y como esto lo somete los mismos principios y los pacientes a los mismos riesgos, siendo entonces capaz no serran diferenciado uno del otro cuánto a este aspecto. Este trabajo se produjo entonces con el propósito de elucidar bien bajo esta controversia que si el constreñimiento en el nacional y también la escena legal internacional en el asunto. El método usado era el inductivo.

Palabra-importante: la Responsabilidad, la Cirugía plástica, la Mitad, resultaba.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 NOÇÕES PRELIMINARES	11
1.1 Correlação entre o Direito e a Medicina	11
1.2 Direito Médico como especialização profissional	11
CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 Evolução histórica	13
2.2 Conceito	17
2.3 Pressupostos	18
2.3.1 Ação ou omissão do agente	19
2.3.2 Culpa do agente	20
2.3.3 Dano	23
2.3.4 Nexo de causalidade	24
2.4 Espécies	26
2.4.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	26
2.4.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva	28
2.4.3 Responsabilidade direta e indireta	30
2.4.3.1 Responsabilidade por fato de terceiro	31
2.4.3.2 Responsabilidade por fato de coisa	31
2.5 Excludentes ou atenuantes da responsabilidade	32
2.5.1 Caso fortuito e força maior	32
2.5.2 Culpa exclusiva da vítima, concorrente ou comum	33
2.5.3 Fato de terceiro	33
2.5.4 Estado de necessidade	33
2.5.5 Legítima defesa real	34
2.5.6 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal	35
2.5.7 Cláusula de não-indenizar	35
CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	37

3.1 Noções preliminares	37
3.2 Evolução histórica da cirurgia plástica	39
3.3 Cirurgia plástica, obrigação de meio ou de resultado	40
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

Devido ao fenômeno cada vez mais avançado de globalização, os meios de comunicação cada vez mais eficientes, capazes de interligar as diferentes culturas do mundo, difundindo as notícias e o conhecimento, numa velocidade quase que imediata, o mundo vem passando por uma profunda revolução de seus costumes. A urbanização e industrialização das cidades, cada vez mais acentuada, fez surgir novos ramos de empregos, exigindo profissionais cada vez mais capacitados. A estimativa de vida populacional também aumentou, o que se deve dentre outras razões, aos avanços da ciência médica.

Com tudo isso, as exigências sobre as pessoas vem aumentando numa proporção imensa, as empresas passaram a exigir de seus funcionários cada vez mais excelência e qualificação, além de uma ótima apresentação, que vem se tornando requisito cada vez mais essencial. A moda vem invadindo os lares através dos diversos meios de comunicação, os quais levam, atualmente, para as famílias, formando suas opiniões, o destaque tão somente de pessoas que se enquadram em determinados padrões estéticos. Logo, a "boa aparência física" passou a ser imprescindível tanto para uma colocação profissional, quanto para uma melhor aceitação social.

Dessa forma, o culto ao corpo e a luta pela beleza vêm se transformando, para muitos, numa obsessão, fazendo surgir uma nova e promissora especialidade médica: a cirurgia plástica. Os avanços tecnológicos vêm popularizando bastante o acesso às intervenções cirúrgicas estéticas que vêm diminuindo de forma considerável seu preço com o passar dos anos, fazendo com que as mesmas deixassem de ser consideradas "artigos de luxo", e tornando-se cada vez mais acessíveis às classes posicionadas na base da pirâmide social.

Com essa instigação, vem crescendo consideravelmente, as intervenções cirúrgicas com fins estéticos. E com isso, proporcionalmente, o número de pacientes insatisfeitos com os resultados obtidos.

Com a busca desses de verem reparada sua frustração, vem crescendo consideravelmente, o número de ações judiciais, nas quais se busca a reparação dos danos sofridos em decorrência de tais cirurgias. Com isso, discute-se acerca da responsabilidade médica no tocante à cirurgia plástica.

Deste modo, se justifica a opção pela execução do presente trabalho, em face da relevância social, e atualidade de seu tema.

Quanto à estrutura do trabalho, abordei de início a correlação entre o direito e a medicina, a seguir passei para as questões concernentes à responsabilidade civil *lato senso* e, finalmente, adentrei na responsabilidade civil médica, discutindo a problemática a que se propõe esse trabalho, a questão da responsabilidade civil do médico na intervenção cirúrgica plástica com finalidade puramente estética, quanto ao seu caráter ^{pr} ser de meio ou de resultado.

O método utilizado foi o indutivo.

CAPÍTULO 1 NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 CORRELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MEDICINA

A medicina é tida como um fato social, pois está intrinsecamente ligada à coletividade, tendo em vista que a promoção da saúde é interesse de todos. O direito a saúde está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/1948, que integra as Cartas Políticas das Nações Civilizadas.

A relação existente entre a medicina e o direito, ciências aparentemente insolúveis, é bastante estreita. O Direito regula condutas previstas em normas jurídicas, a Medicina, por sua vez, contém um conhecimento acumulado, traduzido em "condutas ou procedimentos a serem observados pela classe médica", gerando, assim, um agir concreto do médico no tratamento de seu paciente, visando a obtenção da cura.

Nesse contexto, entrelaça-se o procedimento terapêutico com a norma jurídica; encontra-se, porém, ponto comum entre essas duas áreas, pois o médico, como ser humano que é, pode cometer erros ou mesmo atos criminosos no exercício profissional, e por eles pode e deve ser julgado.

É nesse ponto, que se observa a importância do Direito, fixando parâmetros concernentes às conseqüências jurídicas das condutas do profissional da Medicina, tanto nas esferas da responsabilidade civil e penal, quanto no campo ético-profissional, diante dos Conselhos Regionais e Federais de Medicina.

Por tanto, a Ciência médica necessita, cada vez mais, de ser regulamentada por normas jurídicas.

1.2 DIREITO MÉDICO COMO ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL.

Da necessidade vista acima, surge no cenário jurídico, um novo ramo de atuação do operador do direito: o Direito Médico que tem como objeto o conjunto de normas que regem as práticas vinculadas à saúde, abrangendo tanto o exercício da

Medicina como das demais ciências a essa complementar como a Fisioterapia, a Fonoaudiologia e a Enfermagem.

A apuração de responsabilidade civil por erro médico; a questão do sigilo profissional; os atos privativos ao profissional de medicina e os limites éticos da intervenção sobre o ser humano são temas de interesse desse novo ramo do direito.

Destá forma, justifica-se a autonomia do Direito Médico. A normatização do conceito e alcance do ato profissional do médico pela Resolução nº. 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina, consistiu ^{em} em um passo fundamental rumo à disciplina legal desse novo ramo da Ciência Jurídica.

Assim, reza o artigo 1º da Resolução nº. 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina, *in verbis*:

Artigo 1º - Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para:

I - a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);

II - a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);

III - a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária).

Porém, o mesmo ato profissional médico pode ensejar três ordens de apuração de responsabilidade: a) na ordem ético-disciplinar - por meio de um procedimento administrativo junto ao CRM; b) na ordem penal - através de um processo criminal; c) na ordem civil - por intermédio de um processo civil (ação de indenização por danos morais e/ou patrimoniais).

Logo, vale observar que a responsabilidade civil independe da criminal para sua caracterização, conforme expressa o art.935 do Código Civil.

CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Mesmo nos grupos de indivíduos mais primitivos, a idéia de reparação sempre esteve presente. Nos primórdios da civilização, predominava, porém, o processo da vingança coletiva, pelo qual a ofensa a um dos componentes do grupo provocava a reação conjunta desta coletividade contra o agressor.

No direito Romano, inicialmente, a responsabilidade por danos era pessoal, no sentido de apreensão do próprio corpo do causador do dano, tendo por fim a punição de um delito e a vingança da vítima, sem correlação entre o dano causado e a pena imposta. Nesta linha, o talião representou um avanço, já que estabelecia um limite estabelecido diante do delito. Período de aplicação da vingança privada em que os homens "faziam justiça com as próprias mãos".

A partir da Lei das XII Tábuas, passou a ser possível a remissão, mediante o pagamento de uma dívida expiatória ou multa pecuniária (poena), imposta nos casos de responsabilidade civil, consubstanciados em ofensas ao indivíduo, à família ou aos bens, os chamados *delicta privata*, enquanto as ofensas contra a coletividade eram chamadas de *crimina publica*. Finalmente, as noções de dívida e responsabilidade superaram a vingança, passando a existir um direito à prestação, para indenização dos prejuízos, a qual pode ser paga com trabalho.

Com o advento do período da composição, pois, chegou-se à conclusão de que seria mais conveniente para o lesado entrar em composição com o agente causador do dano, através do pagamento de determinada quantia em dinheiro, do que exigir uma retaliação, haja vista que esta não repara nenhum dano, ao contrário, ocasiona um duplo dano: o da vítima e o do seu ofensor.

Nesse sentido, a *Lex Aquilia de damno* foi um verdadeiro divisor de águas em matéria de responsabilidade civil, conforme a lição de Venosa (2003, pág. 15-16):

Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a

moderna concepção de responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade, embora exista hoje um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual.

Deveras, a *Lex Aquilia de damno* criou uma forma pecuniária de indenização dos prejuízos, estabelecendo que o patrimônio do lesante é que deveria suportar o ônus da reparação. Fixou-se, então, a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, noção essa que ainda está presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Na Idade Média, se passou a distinguir a responsabilidade civil da penal, através da elaboração da dogmática da culpa.

Dentro deste contexto, a importância do Código Civil francês de 1804 é paradigmática, pois ali ficou consagrado, em termos claros, que "todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo" (art. 1.382). Ou seja, ficou consagrado o princípio da atipicidade da responsabilidade civil, mediante cláusula geral instituidora de uma responsabilidade subjetiva.

Até o final do Século XIX o sistema da culpa (modelo subjetivo) funcionara satisfatoriamente. Os efeitos da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na vida cotidiana romperam o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma "culpa" na origem do dano e, por vezes, identificar o próprio causador do dano. Daí o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização.

Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a idéia da responsabilidade objetiva (modelo objetivo), descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. A idéia de responsabilidade objetiva, porém, abrange uma miríade de teses e enfoques diversos – sendo mais importantes as teorias do risco-proveito, do risco-criado e a idéia de garantia.

A idéia de risco-proveito foi imaginada tendo em vista uma situação especial: a responsabilidade do patrão no caso de acidente de trabalho em que fossem vítimas seus empregados, no contexto do final do Século XIX, início do Século XX. Assinalou-se, então, que quem recolhesse as vantagens de uma atividade alheia deveria indenizar aqueles que tivessem sido vítimas de acidentes: *ubi emolumentum ibi onus; cuius commoda, eius et incommoda*.

Evoluiu-se, posteriormente, para a teoria do risco-criado, considerando-se que, pelo simples fato de agir, o homem muitas vezes cria riscos potenciais de dano para os outros. É justo, portanto, que suporte ele os ônus correspondentes. Nesta teoria, a responsabilidade não é mais a necessária contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A idéia do risco passa a ligar-se a qualquer atividade humana que seja potencialmente danosa à esfera jurídica alheia. Concretizando-se tal potencialidade, surge a obrigação de indenizar.

Uma outra idéia que encontra abrigo no amplo espectro da responsabilidade objetiva é a de garantia, que é particularmente eficiente para explicar certas espécies de responsabilidade objetiva, como quando o autor direto do dano é desprovido de bens ou renda. Ou seja, o legislador, exemplificativamente, ao responsabilizar os pais pelos atos dos seus filhos menores, teria visado assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que restaria seriamente comprometido se dependesse unicamente da solvabilidade do autor direto do ato danoso.

Uma idéia que transita sob a mesma denominação, porém com configuração distinta, diz que todos possuem direito à vida e à integridade corporal, da mesma forma que têm direito à integridade material dos bens que lhes pertencem. Existindo estes direitos subjetivos, eles devem ser protegidos e garantidos pelo Direito. Ou seja, reconhece-se a existência de um direito individual à segurança, cuja violação não autorizada constitui um dano causado em contrariedade ao direito, uma injustiça em si mesmo, independentemente das disposições físicas ou psicológicas do seu causador.

O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrado cada vez mais no imperativo de reparar um dano do que na censura do seu responsável.

Cabe
Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente causador do dano. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima.

De certa forma, tende-se a substituir a idéia de um débito ressarcitório derivado de um ato ilícito a cargo do sujeito responsável pela noção de crédito a uma indenização a favor da vítima de um dano injusto. Trata-se de uma verdadeira inversão de perspectiva, com inúmeras conseqüências no âmbito da responsabilidade civil.

O fato é que a moderna responsabilidade civil comporta tanto a culpa quanto o risco (modelo misto). Quando a culpa não puder fundamentar o direito à indenização, passa a atuar o modelo objetivo. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado.

Trata-se de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico, ainda que sem culpa, está mais sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento.

Nas últimas décadas, porém, percebe-se que esse modelo misto tornou-se mais complexo com o surgimento de um outro modelo de responsabilidade, não individual, mas coletiva (modelo socializado, também chamado de coletivizado ou securitizado), fundada na idéia de solidariedade. Busca-se a socialização da responsabilidade e dos riscos individuais, de modo a garantir uma assistência econômica a qualquer vítima de um acidente. Nesse sistema, o Estado absorveria todos os riscos e os redistribuiria por todo o corpo social, através de um imposto. Assim, o prejuízo de um seria suportado, afinal, por todos.

Este terceiro modelo vai além da idéia de uma simples responsabilidade objetiva, pois esta permanece uma idéia vinculada a parâmetros individuais, ao passo que o modelo ao qual agora referido transcende o indivíduo e socializa as perdas, transferindo-se para toda a sociedade ou para um setor desta uma parte do prejuízo. A hipótese, aliás, não é nova, bastando lembrar o *modus operandi* do seguro de responsabilidade por acidente de trabalho, bem como no campo do seguro obrigatório de responsabilidade civil envolvendo veículos automotores.

Fala-se que onde o sistema de seguridade social se apresenta particularmente abrangente, de modo a satisfazer adequadamente o princípio "do berço ao túmulo", a responsabilidade civil poderá recobrir territórios mais limitados e ser ativada de acordo com seus princípios clássicos. Onde, ao contrário, for

deficiente o sistema de seguridade social, parece inevitável que o modelo de responsabilidade civil venha a desenvolver uma função camuflada de um tipo de "seguridade social privada", cumprindo, em via supletiva, uma função distributiva de riqueza.

2.2 CONCEITO

A doutrina, tanto pátria quanto estrangeira, tem tido grandes dificuldades para conceituar a responsabilidade civil. Os autores não chegam a um consenso no que concerne a sua definição. Alguns doutrinadores tendem, no defeito condenado pela lógica, ^{a responsabilidade civil} de conceituar usando o mesmo termo a ser definido – "responsável seria aquele que responde; e responsabilidade seria a obrigação do responsável", ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever. Outros estabelecem na conceituação de responsabilidade a alusão a uma das causas do dever de reparação, atribuindo-a ao fato culposo do agente; e há, também, os que preferem nem definir.

Destarte, em vista à importância da responsabilidade no direito moderno, é imprescindível trazer à luz os diversos conceitos que alguns de nossos mais ilustres doutrinadores formularam a respeito da responsabilidade civil.

José Cretella Júnior (Revista Forense, Rio de Janeiro, ^{h.} 286:11/ abr.-jun./1994, pág. 15) concebe a responsabilidade civil como a "(...) situação especial de toda pessoa física ou jurídica, que infringe norma ou preceito de direito objetivo e que, em decorrência da infração, que gerou danos, fica sujeita a determinada sanção".

Já Maria Helena Diniz (2002, pág. 34) afirma que:

(...) poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.

Sívio Rodrigues (2003, pág. 06), ainda sobre a matéria, assim se manifesta:

Verificar normas da ABNT.

A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Realmente o problema em foco é o de se saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.

Dessa forma, depreende-se de tais conceitos que a conseqüência precípua da execução de um ato ilícito se constitui na obrigação de reparar o dano imposto à vítima, de forma a restabelecer a situação anteriormente existente ou, sendo isso impossível, compensando-a pelo infortúnio em decorrência do fato, donde se conclui que a responsabilidade civil é, pois, parte integrante do Direito das Obrigações.

2.3 Pressupostos.

A responsabilidade civil, para que realmente se configure, para que surja a obrigação de indenizar, faz-se necessária a existência de determinados fatores, denominados pressupostos ou elementos da responsabilidade civil. Porém, não existe ainda um consenso no tocante a ^{isto} quais ^{erava-se} esses requisitos. 9

Frente à imprecisão doutrinária, ^{optei} pela classificação de Silvio Rodrigues, a qual ~~me~~ parece abordar o assunto de forma mais ampla e com uma visão holística do direito, considerando todos os aspectos da questão.

Para o Magnífico autor (2003, ^{h.} pág. 14), são pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; e d) dano experimentado pela vítima.

Sendo assim, faz-se necessário analisar cada um dos elementos referidos para melhor entendimento.

2.3.1 Ação ou omissão do agente.

A ação consiste no ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Assim, o comportamento do agente pode tanto ser uma ^{comissão} omissão quanto uma omissão. A comissão verifica-se quando da realização de ato que o agente não deveria ter praticado, enquanto ~~que~~ a omissão surge sempre pela inobservância de um dever de agir ou da inação quando o agente estava obrigado a realizar o ato. Silvio Rodrigues (2003, p. 19) afirma que a indenização pode derivar de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe, um dever contratual, legal ou social.

Logo, a ação ou a omissão do agente, deverá constituir ato ilícito para que venha a gerar direito à indenização. Deverá existir a infração de um dever legal, contratual ou social (a infração a dever social constitui nos atos praticados com abuso de direito, ou seja, a atitude do agente não contraria a letra da lei, mas sim o seu espírito).

Porém, a ilicitude da conduta humana não é condição essencial para gerar responsabilidade civil. Exemplo claro são os casos de desapropriação, em que, movido por interesse público, devidamente previsto em normas legais, o ente governamental retira do patrimônio do particular um bem e indenizá-lo por esse ato, apesar de lícita sua conduta. Hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da idéia de culpa, transferindo a responsabilidade nela fundada para o risco.

Como foi dito, a ação pode ser lícita ou ilícita. A responsabilidade que decorre do ato ilícito advém da idéia de culpa, enquanto ~~que~~ a responsabilidade sem culpa funda-se na idéia de risco, que vem se impondo, hodiernamente, devido a impossibilidade da culpa solucionar todos os danos.

2.3.2 Culpa do agente.

Em nosso ordenamento jurídico, ^{Não} o dever de indenizar ^{patro,} impõe-se, via de regra, pela prática de atos ilícitos, que decorrem da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente.

Nesses termos, o comportamento humano será reprovável ou censurável quando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, se entende que o agente poderia ou deveria agir de modo diverso, evitando, assim, a ocorrência do dano. Desta forma, não havendo culpa, não haverá qualquer responsabilidade, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva, a qual será tratada pormenorizadamente adiante.

Corroborando com o que ^{acabamos} acabamos de afirmar, Maria Helena Diniz (2003, ~~pág.~~ 39) ensina que:

O ato ilícito é praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa. A prática de ato ilícito, infringindo preceito normativo de tutela de interesse privado, produzindo dano a um bem jurídico, lesando direitos pessoais ou reais, dá origem ao ressarcimento do prejuízo. É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o.

Em sentido amplo, a culpa consiste no fato do agente não observar um dever que deveria conhecer. Deveras, não há como se afastar o conceito de dever da noção de culpa.

José de Aguiar Dias (cit. Venosa, 2003, ~~pág.~~ 21) há muito tempo já ensinava que:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.

O Código Civil estabelece, em seu art. 186, que o ato ilícito é fonte da obrigação de indenizar os danos causados à vítima. Ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa em sentido

estrito), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem. Como se vê, é de ordem pública o princípio que obriga o autor de ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando aquele que foi prejudicado.

Diante disso, observa-se que para a caracterização do ato ilícito, é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole uma norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de sua ação, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que podem advir de seu ato.

A culpa, em sentido *lato*, enquanto violação de um dever jurídico, abrange tanto o dolo, que é a violação intencional desse dever jurídico, e a culpa em sentido *estrito*, que compreende a imperícia, negligência e imprudência, hipóteses em que não há deliberação de violar um dever jurídico.

O dolo pode ser: a) direto, quando o agente almejava deliberadamente alcançar o resultado; b) eventual, quando a vontade do agente não era dirigida à obtenção do resultado, querendo ele algo diverso, porém assumindo o risco de causar com seu comportamento um dano a outrem.

Por sua vez, a culpa *strictu senso*, apresenta-se sobre três modalidades: a) imperícia, que é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; c) negligência, a qual consiste na inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; c) imprudência, que é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

É certo que, mesmo não estando contida de forma expressa no art. 186 do Código Civil, a imperícia encontra-se inserida no conceito de culpa em sentido estrito, de modo que, mesmo diante do silêncio do legislador, não se pode afirmar que a conduta da pessoa que age com imperícia não gera o dever de indenizar, haja vista que tal entendimento vai de encontro aos princípios basilares da responsabilidade civil subjetiva.

Caracterizado o ato ilícito, só resta verificar a imputabilidade do agente, para efeitos de responsabilidade civil, e se em face da situação ele podia ter agido de forma diferente.

No intuito de facilitar o estudo da culpa, a doutrina classifica-a de acordo com os mais variados critérios. Comentaremos, a seguir, as classificações que, nesse ~~ver~~ ^{se-ç}ver, apresentam maior relevância prática para o objeto de ~~nosso~~ ^{nosso} estudo.

Assim, a culpa pode ser classificada em graus:

a) culpa grave: quando o agente não prevê aquilo que é previsível ao comum dos homens (dolo ou negligência extremados), de modo que, sua conduta se manifesta de forma tão grosseira que beira ao dolo. Nessa modalidade de culpa, também se inclui a denominada culpa consciente, que se verifica quando o agente, embora preveja a ocorrência do evento danoso, não muda seu modo de agir, assumindo assim o risco da ocorrência do evento;

b) culpa leve: a lesão ao direito poderia ter sido evitada se o agente tivesse pautado a sua conduta de acordo com a atenção ordinária. São situações em que o homem comum (o *bonus pater familias* do Direito Romano) não transgrediria o dever de conduta;

c) culpa levíssima: a lesão ao direito poderia ter sido evitada se o agente tivesse pautado a sua conduta de acordo com a atenção ordinária. São situações em que o homem comum (o *bonus pater familias* do Direito Romano) não transgrediria o dever de conduta.

O artigo 944 do Código Civil, em seu *caput*, nos deixa uma idéia de inutilidade da classificação da culpa disposta acima na fixação do *quantum debeat*, pois, dado a existência de um dano, ele deverá ser reparado por completo independentemente do grau da culpa do agente ou mesmo se ele agiu com dolo, porém, em seu parágrafo único, concede autorização para o juiz decidir por equidade em casos de culpa leve ou levíssima, in verbis:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Assim, de acordo com a análise do caso concreto, a gravidade da culpa pode ser um elemento de fundamental importância para a fixação do *quantum debeat*.

Ainda ^{ps}temos as seguintes classificações de culpa: a) *in committendo* ou *in faciendo*, quando o agente pratica um ato positivo (comissão); b) *in omittendo*, *in negligendo* ou *in non faciendo*, se o agente pratica uma abstenção (omissão); c) *in eligendo*, que é consistente na má escolha de pessoas para representar o agente; (Súmula 341 do STF); d) *in vigilando*, que é a decorrente da falta de cuidado e atenção sobre a conduta das pessoas que estão sob a responsabilidade do agente.

2.3.3 Dano

O dano, pressuposto da responsabilidade civil, porque não poderá haver indenização sem a existência de um prejuízo, pois é lógico que a obrigação de ressarcir, resultante da responsabilidade civil, não poderá se concretizar ^{quando} onde não há o que se reparar. Nesses termos, a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Assim, para que haja responsabilidade civil é imprescindível a prova real e concreta da lesão, já que nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona o dano, somente existindo a possibilidade de indenização, como regra geral, se a atividade humana ocasionar dano, que poderá ser tanto de ordem patrimonial quanto moral, dependendo da natureza dos direitos subjetivos que forem afetados.

Logo, cabe à vítima, em regra, provar que sofreu um dano. Porém, nem sempre cabe à vítima o ônus de comprovar sua existência, havendo casos em que o dano é presumido, como acontece nos chamados juros moratórios.

Diante disto, é importante destacar, para um maior esclarecimento da matéria, quais são os requisitos para a devida configuração do dano, a) diminuição ou destruição de um bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano; c) causalidade, d) legitimidade; e) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade.

portanto

2.3.4 Nexo de causalidade

Consiste o nexu causal no liame indissociável entre a conduta e o dano. Desta forma, o sujeito pratica um ato, conduta, outro sofre um prejuízo, dano, sendo que este foi resultado da conduta do primeiro. É, portanto, a relação de causa e efeito entre ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem esse pressuposto não existe a obrigação de indenizar, pois se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, conseqüentemente, também a obrigação de indenizar.

Segundo Venosa (2003, pág. 42):

nexo causal, nexu etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Nesse diapasão, o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível, quer dizer, não é necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, basta que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Assim, ensina Maria Helena Diniz (2003, pág. 97):

O dano poderá ter efeito indireto, mas isso não impede que seja, concomitantemente, um efeito necessário da ação que o provocou. P. ex.: se um desordeiro quebrar vitrina de uma loja, deverá indenizar o dono não só do custo do vidro e sua colocação, mas também do valor dos artigos furtados em conseqüência de seu ato, por ser dano indireto, embora efeito necessário da ação do lesante [...] A obrigação de indenizar, em regra, não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. Basta que o autor seja responsável por uma causa, sempre que desta provier o dano, estabelecida sua relação com as demais. P. ex.: A feriu levemente B; se vier a falecer em razão de sua constituição anômala, A responderá por isso. Desse modo não haverá nexu de causalidade se houver interferência de terceiros, da vítima, ou de força maior ou de caso fortuito.

Porém, pode haver casos em que a própria vítima venha a participar, juntamente com aquele que é apontado como causador do dano, para a ocorrência

do fato danoso. Este fato fará com que a responsabilidade do causador do dano seja mitigada, conforme a culpabilidade da vítima podendo chegar até a ser excluída.

Alguns fatores podem causar exclusão do nexo de causalidade. São eles: a) o fato exclusivo da vítima, nesse caso fica-se evidenciado que faltou o liame de causalidade entre o ato daquele e o dano por este experimentado, de modo que o agente não deve indenização à pessoa que experimentou o dano; b) o fato de terceiro, somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, o que elimina o nexo causal; c) o caso fortuito ou força maior, nesse caso se ficar comprovado que o dano resultou não do comportamento de comportamento culposo do agente que o causou, e sim do fortuito, não há do que se falar em obrigação de indenizar.

Deve-se ressaltar que todas essas excludentes da responsabilidade civil deverão ser devidamente provadas e analisadas pelo órgão julgante, já que, devido a sua natureza de exoneração da responsabilidade do agente, deixam o lesado sem a reparação do dano sofrido.

Quanto a esse último, Venosa (2003, pág. 53) trata bem desse fato de exclusão :

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

O nexo de causalidade como um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele, necessariamente deverá ser provado, sendo que o ônus da prova caberá, via de regra, ao autor da demanda, excetuando-se os casos de responsabilidade objetiva que, como se verá a seguir, invertem, algumas vezes, o ônus da prova, cabendo ao autor do fato apontar a existência de alguma excludente da obrigação de indenizar.

Aqui, vale ressaltar, para maior elucidação, a diferença entre o nexo causal e a imputabilidade; pois a primeira se relaciona com os elementos objetivos consistentes na atividade ou inatividade do sujeito, produzindo um dano moral ou material a outrem; enquanto que a segunda, ou seja, a imputabilidade, diz respeito a um elemento subjetivo, interno, que diz respeito apenas ao sujeito.

2.4 Espécies

Enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade, a responsabilidade civil, é, na sua essência, um conceito uno, incindível, porém, em função de algumas peculiaridades dogmáticas, faz-se estabelecer uma classificação sistemática, tendo-se em vista o prisma pelo qual se analisa.

Maria Helena Diniz classifica a responsabilidade civil da seguinte maneira: a) Quanto ao seu fato gerador: contratual e extracontratual; b) Em relação ao seu fundamento: subjetiva e objetiva; c) Relativamente ao agente: direta e indireta.

2.4.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.

Observa-se que determinada pessoa pode gerar danos à outra, tanto pelo não-cumprimento de uma obrigação contratual, como pela prática de ato ilícito; logo, existem dois tipos de responsabilidade: a contratual e a extracontratual, também denominada de aquiliana.

A responsabilidade contratual possui um vínculo jurídico, originário de um acordo prévio entre as partes contratantes, e surgindo, posteriormente, a obrigação de indenizar. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser expressa ou tácita, quando a lei não exigir que seja expressa, sendo que todo ato jurídico para ter validade requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Essa espécie de responsabilidade civil, norteadada pelo princípio da obrigatoriedade das convenções, baseia-se no dever de resultado, o que acarreta a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Assim, só excepcionalmente se permite que um dos contratantes assumam, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou caso fortuito. Portanto, esse tipo de responsabilidade, configura-se no surgimento de um prejuízo ou dano, oriundo do descumprimento de uma obrigação contratual preexistente entre vítima e o causador do dano.

Se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será. Quando ocorre o inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimentada a responsabilidade, vez que surge uma nova obrigação que se substitui à preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo decorrente à inexecução da obrigação assumida. Portanto, a responsabilidade contratual é fruto da violação de uma obrigação anterior preexistente, por exemplo, artigo 389 do Código Civil.

Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana também chamada de delitual, inexistente o vínculo firmado entre as partes, ou seja, entre o agente causador do prejuízo e a vítima. Deriva por sua vez, de da existência de um fato lesivo à esfera jurídica de outrem. Aplica-se no caso, os artigos 186 e 927 do CC. O artigo 927 afirma que: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Por conseguinte, responsabilidade aquiliana é resultado do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito.

A diferença fundamental entre essas duas modalidades de responsabilidade está na carga da prova atribuída às partes; na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Além dessa responsabilidade delitual baseada na culpa, abrangerá ainda a responsabilidade sem culpa fundada no risco, frente à insuficiência da culpa para cobrir todos os danos.

Porém, na prática, tal distinção nem sempre é tão simples, pois há casos em que se observa, ao mesmo tempo, aspectos de natureza contratual e extracontratual.

2.4.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva.

Na responsabilidade subjetiva é necessária a apuração da conduta do sujeito, ela é fundamentada na ação ou omissão culposa do agente. Assim, para que se configure a obrigação de indenizar, não basta que exista o dano e o nexo causal, sendo indispensável que haja a demonstração inequívoca de culpa ou dolo do agente.

A responsabilidade com culpa é regra geral, somente sendo admitida a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, em casos expressamente previstos em lei. Entretanto, essa prova muitas vezes se torna difícil. ~~Nosso~~ ^o direito positivo ^{positivo} admite, então, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa.

Aqui se cuida de um dever de prestar reparação ou indenização pelo dano que é imputado a determinada pessoa, sem cogitação de culpa ou para o qual a existência de culpa se mostre irrelevante. A pessoa responde pelos danos com fundamento na teoria do risco. O legislador e a jurisprudência, ancorados na idéia e no sentimento de solidariedade social, buscam através da teoria do risco, repartir com equidade os efeitos dos danos. Ao surgimento do dever de prestar recomposição ou indenização, basta a existência de relação de causa/efeito entre o dano e o fato produtor dele e sua imputação a alguém, tido como responsável, de forma direta ou indireta.

A sociedade moderna em razão do extraordinário desenvolvimento científico, tecnológico e industrial, viu em virtude desse incremento também aumentada a potencialidade de produção de danos. O ser humano passou a utilizar-se de coisas latentemente perigosas e a exercer atividades com grande potencial de produção de danos às pessoas. Tanto a utilização de coisas perigosas como o exercício de atividades com potencial de risco está marcada pela licitude ou liceidade. Mas, quem pretenda extrair proveito do uso de coisas perigosas e do exercício de atividades de risco, também deve suportar os incômodos que daí lhe possam advir. O dever de prestar indenização ou recomposição pelos danos que, com a utilização de coisas perigosas e com o exercício de atividades de risco, vier a causar a terceiros, decorre do fato de responder pelo aumento do potencial de produção de danos que a pessoa introduz no meio social pelo seu uso e exercício.

O dever de prestar indenização ou recomposição se concretiza pela só ocorrência do fato danoso e da relação deste com o uso de coisa perigosa ou o exercício de atividade de risco pela pessoa a quem os danos venham a ser imputados.

Se os danos ou prejuízos, que alguém diz terem experimentado, puderem ser relacionados à utilização de uma coisa latentemente perigosa ou à exploração de uma atividade de riscos por outrem, a este fica cometido o dever de prestar indenização ou recomposição.

A manipulação de produtos químicos; o manuseio de aparelhos de raios x; a utilização de energia nuclear ou de aparelhos de cobalto ,aumenta o potencial de risco quanto à produção de danos, e só por isso o manipulador, o manuseador e o utilizador deles respondem pelos danos que se venha a produzir.As indústrias petroquímicas e empresas que usam produtos altamente tóxicos podem causar prejuízos a terceiros em virtude de exalação de gases e vazamentos, hipótese em que respondem pelos danos pelo risco assumido.

Figure-se a hipótese de pessoa física, ou de empresa, que assuma implodir um edifício de vários andares. Se por ocasião da implosão ocorrerem danos a prédios vizinhos, a pessoa, ou a empresa, fica vinculada ao pagamento da indenização correspondente aos prejuízos causados ou de promover a sua recomposição.

Empresa que incentive e explore a prática de esportes radicais, tirando dessa atividade seus lucros, pode vir a ter cometido o dever de prestar indenização na hipótese de o particular experimentar prejuízo ou dano no decorrer do exercício.

Quando se trata da questão dos danos imputáveis à responsabilidade de alguém pelo risco, é preciso registrar que o novo Código Civil trouxe um extraordinário avanço ao fazer responsáveis os empresários individuais e as empresas pelos danos que os produtos por eles postos em circulação e produzidos possam vir a causar aos seus consumidores (artigo 931). A esta categoria de danos, imputáveis com fundamento no risco, se denomina de risco pelo desenvolvimento, que imputa ao fabricante do produto e ao responsável pela sua circulação a responsabilidade indenizatória por danos que o mesmo venha a causar ao consumidor. Aqui, não se cogita simplesmente de produto defeituoso ou com vício, tal como se dá e é objeto do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de produto com risco de produzir dano ao consumidor, risco por dano futuro, isso que sua

apuração se dá pelos efeitos danosos produzidos após sua incorporação ao mercado, sua circulação pelos intermediários e através de sua utilização pelo consumidor. Para a incidência e aplicação da referida norma legal se prescinde da idéia de defeito ou de vício contido no produto; basta que se verifique, posteriormente ao dano experimentado e em virtude dele, que a nocividade ou a lesividade preexistia ou se continha no produto.

Logo, o intuito de abranger todos os casos de dano e atender ao princípio social da reparação, em todas as circunstâncias em que ele possa vir a se produzir, são os argumentos principais apresentados pelos defensores da responsabilidade civil objetiva.

2.4.3 Responsabilidade direta e indireta.

A responsabilidade direta, simples ou por fato próprio, é aquela decorrente de um fato pessoal do causador do dano. Ou seja, é o dever de reparar dano ou prejuízo causado a terceiro por ato próprio. Seja ele praticado por dolo ou culpa.

Já a responsabilidade indireta ou complexa, por sua vez, é aquela que se vinculada indiretamente ao responsável, não se moldando, portanto, com o princípio geral de que o homem apenas é responsável pelos prejuízos causados diretamente por ele e por seu fato pessoal.

Por representar uma exceção ao princípio geral da responsabilidade, somente poderá ser encarada dentro dos termos legais, não admitindo interpretação extensiva ou ampliativa.

Poderá surgir em duas modalidades: a) responsabilidade por fato de terceiro, desde que o causador do dano esteja sob a direção de outrem, que, então, responderá pelo evento lesivo; b) responsabilidade pelo fato das coisas animadas ou inanimadas, que estiverem sob guarda de alguém, que se responsabilizará pelos prejuízos causados.

Aqui, analisar-se-á mais detalhadamente essas duas modalidades supracitadas.

2.4.3.1 Responsabilidade por fato de terceiro

Nessa modalidade, prevista no art.932 do CC, alguém responderá, indiretamente por dano ou prejuízo resultante de um ato de outra pessoa que se encontra ligada a ela por disposição legal.

Pelo tema do presente trabalho vale aqui citar o Enunciado Aprovado na III Jornada de Direito Civil do - CEJ da CJF. *In verbis*, Enunciado nº 191: - “A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932 III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico”.

Portanto, observa-se aqui dois agentes: o causador do dano e o responsável pela indenização. E, essa, surge de fato praticado por pessoa por quem se é responsável.

2.4.3.2 Responsabilidade por fato de coisa

Já essa outra modalidade, ocorre, como já foi dito, quando fato de coisa animada ou inanimada decorre em dano ou prejuízo a terceiro em razão de defeito próprio, sem que para isso tenha ocorrido diretamente uma conduta humana.

Funda-se ora no risco, caso em que a responsabilidade será objetiva, ora na culpa, hipótese em que será subjetiva.

Essa modalidade abrange a responsabilidade por dano causado por animais (art. 936 do NCC) e a responsabilidade por fato de coisa inanimada, alcançando não só os casos previstos no Código Civil, (arts. 937 e 938), mas também outros, como os transportes. O animal e as coisas são objetos de guarda, de modo que essa responsabilidade pelo fato da coisa se baseia na obrigação de guardar.

Portanto, responderão pelos danos causados por animais ou por coisas inanimadas tanto o seu proprietário como o seu detentor ou possuidor, porque o dever de indenizar é fruto da negligência da guarda ou da direção do responsável.

2.5 Excludentes ou atenuantes da responsabilidade

Como já discutido acima, para o surgimento da obrigação de indenizar, é necessário que se observem certos pressupostos. No entanto, da mesma forma que existem certos pressupostos capazes de gerar o dever de reparar, existem outros que se presentes no caso excluem ou atenuam a responsabilidade do causador do dano.

São as causas que geram o afastamento da responsabilidade, total ou parcial, por um prejuízo imputado: caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima, concorrente e comum; culpa de terceiro; estado de necessidade; legítima defesa real; exercício regular de direito; estrito cumprimento de dever legal; cláusula de não indenizar.

2.5.1 Caso fortuito e força maior

Os conceitos de caso fortuito e força maior não se constituem em questão pacífica na doutrina. Alguns conceituam caso fortuito de forma diferente da de força maior, ainda que não vejam importância prática na distinção, em face de atribuírem a ambos o mesmo efeito exoneratório, isto é, o efeito de romper o nexo de causalidade dos acontecimentos. O caso fortuito e ou a força maior funcionam como excludentes de responsabilidade civil, porque, diante de sua presença, o nexo causal se estabelece diretamente entre o evento inevitável e o resultado danoso.

Com efeito, se o raio provocou o incêndio que matou os passageiros transportados pelo ônibus, se uma inundação impediu o devedor de entregar, no prazo, a mercadoria vendida, o dano sofrido por aqueles ou pelo credor não derivou do comportamento do transportador ou do devedor, mas daqueles fatos inexoráveis, cujos efeitos não seria possível evitar ou impedir.

2.5.2 Culpa exclusiva da vítima, concorrente ou comum

Se a culpa é exclusiva da vítima, inexistente, por definição, culpa do agente causador do dano, e obviamente não há relação de causa entre o ato culposos deste e o prejuízo.

No caso de culpa concorrente (da vítima e do agente), se lesado e lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso.

Haverá culpa comum se a vítima e o ofensor causaram culposa e conjuntamente o mesmo dano; caso em que se terá compensação de reparações. As duas se neutralizam e se compensam se as duas partes estiverem em posição de igual, logo, não haverá qualquer indenização por perdas e danos. Se estiverem em situação desigual, por haver gradatividade na culpa de cada um, ter-se-á uma condenação das perdas e danos proporcional à medida de culpa que lhe for imputável, conforme preceitua o art. 945 do CC.

2.5.3 Fato de terceiro

Com exceção dos casos previstos no item 2.4.3.1, supra, se o fato derivou da atividade de terceiro, não há relação de causalidade com entre o ato gerador do prejuízo e o indigitado responsável. Se o trem percorre a ferrovia e o disparo partido da arma de um caçador desastrado fere um passageiro, não há relação jurídica entre o ato do transportador e o prejuízo experimentado pelo viajante.

2.5.4 Estado de necessidade

O estado de necessidade se caracteriza quando se constitui uma situação de perigo iminente para a pessoa ou seus bens. É o que se dá quando, diante de um

incêndio que ocorre em prédio e que se está propalando para outros prédios. Nesta situação, pode a pessoa, para salvar seu bem de ser atingido e destruído pelo incêndio, sacrificar prédio vizinho, ao manto do estado de necessidade.

Muito embora o sacrifício de bens e direitos alheios, em tais circunstâncias, seja marcado pela liceidade, ou licitude, ele não isenta o causador do dano do dever de prestar reparação, ou indenização, quanto aos prejuízos experimentados pela pessoa lesada, se esta não for culpada do perigo. Contemplam-se aí hipóteses em que alguém responde pelos danos que causar à esfera jurídica de outrem, embora o causante tenha praticado ato ou tido conduta lícita e legítima.

Inobstante não se constituam em ilícitos tais atos, a ordem jurídica estabelece um dever de prestar recomposição, ou indenização, por parte daquele que lhes deu causa.

Esse dever de prestar indenização, ou recomposição, encontra sua fundamentação jurídica na idéia de que quem deve sacrificar algum de seus bens devido ao interesse preponderante de outro, deve ser por isso indenizado. Trata-se de uma espécie de compensação quanto aos interesses participantes, ou postos em confronto.

Há que se ressaltar que o estado de necessidade serve como escusa apenas aos danos contra coisas, e não contra pessoas.

Portanto, o estado de necessidade não exime o agente de responsabilidade, gerando para ele apenas o direito à ação regressiva contra o causador do perigo, salvo quando esse for a própria vítima, já que, em oposição ao fato de terceiro, não há no caso o desaparecimento do liame causal, vez que o terceiro apenas provocou o perigo, sendo o dano efetivamente ocasionado pelo defensor do direito próprio ou alheio.

Essa matéria se encontra versada nos artigos 188, 929 e 930 do Código Civil.

2.5.5 Legítima defesa real

A legítima defesa se conceitua como sendo a utilização de atos ou meios que sejam necessários para afastar de si, ou de outrem, uma agressão injusta à

pessoa ou bens. É uma reação autorizada, para casos excepcionais, a permitir que o ofendido possa reagir por suas próprias forças para afastar a agressão injusta. É o caso em que o ofendido em sua posse pode, valendo-se de suas próprias forças e meios, restaurar ou manter-se em sua posse.

Porém, recaindo o dano sobre pessoa diversa da que provocar a agressão ou ameaça, não se pode conceber a presente causa de exclusão de responsabilidade, posto estar configurado, *in casu*, o chamado erro de execução, previsto no art. 73 do CP, ou a legítima defesa putativa, onde a reação é suposta, já que não há agressão ou ameaça concreta. Em tais casos, a obrigação de indenizar persiste, haja vista os mesmos excluírem tão-somente a culpabilidade penal, mas não a antijuridicidade do ato.

2.5.6 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal

Por exercício regular de direito se deve entender o uso, por parte do titular de um direito subjetivo, dos meios necessários e suficientes, para o seu uso, sua conservação ou cumprimento, isso observadas as limitações ditadas pela finalidade econômica ou social que os informam, de modo a não se mostrarem contrários aos bons costumes e nem seja violada a boa-fé que preside o normal relacionamento intersubjetivo. Ultrapassados que venham a ser esses limites, o exercício do direito subjetivo descamba e configura o abuso de direito.

O exercício regular de direito se baseia no art. 188, I, *in fine*, do CC e tem como exemplos: a defesa em esbulho possessório recente (art. 1.210, §1º do CC), o penhor forçado (art. 1.419 e ss. do CC), as intervenções médicas, dentre outros.

Quanto ao estrito cumprimento de dever legal, pode ser citado como exemplo o despejo realizado por oficial de justiça em cumprimento de mandado judicial.

2.5.7 Cláusula de não-indenizar

Silvio Rodrigues (2003, p. 179) doutrina que:

A cláusula de não indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentada, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.

Observa-se que tal cláusula exclui a responsabilidade civil não por inexistir o liame de causalidade, mas em razão da própria convenção. E além do mais, o campo de atuação dessa cláusula é somente no âmbito contratual, logo, ela está afastada em matéria delitual.

Percebe-se também que através dela há uma transferência da responsabilidade, ou seja, o risco é transferido para a vítima (situação similar ocorre quando o risco é transferido para uma seguradora).

Porém, não é pacífico nem no âmbito doutrinário, legal e nem jurisprudencial a aceitação desse tipo de cláusula nos contratos.

Um argumento muito utilizado pelos adversários da cláusula é o de formentar a desídia, a negligência e a imprudência do contratante, pois, não tendo que responder pelos efeitos desastrosos do seu comportamento, não se esmerará-lo.

Do ponto de vista antagônico, admite-se a cláusula, pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual, sendo as partes capazes, e não sendo ilícito seu objeto, podem ajustar sobre tudo aquilo que lhes aprouver. Ademais, além de lícita, a cláusula também seria conveniente ao interesse social, pois, como ela diminui os riscos do empreendimento, representa um barateamento de custos e assim constitui elemento de desenvolvimento dos negócios.

Porém, é unânime o entendimento de que a cláusula de não indenizar, não pode eximir o dolo do estipulante. Seria da maior imoralidade admitir-se a idéia de alguém fugir à responsabilidade, pelo inadimplemento da avença, por sua deliberada e exclusiva decisão. Aliás, a hipótese vai de encontro ao disposto no art. 122 do CC.

Para muitos ainda só é admissível tal cláusula quando ela corresponde-se a uma vantagem paralela, um benefício do outro contratante, como, por exemplo, o custo menor do serviço.

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 Noções preliminares

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com a evolução da ciência e as regras consagradas pela prática médica, com a qual conviveu o profissional por longos anos de estudos, renúncias e sacrifícios. E esse dever consubstancia-se em um Código de Ética, ao qual, à evidência, apreendeu e obrigou-se a respeitar sob o sagrado juramento de Hipócrates.

Desta maneira, a obrigação do médico não é a de curar o doente. Compromete-se, sim, a empregar o tratamento adequado segundo orienta a ciência e a prática, visando a sua finalidade. Tem ele, assim, uma obrigação de meios de diligência e prudência e não de fins ou resultados. A doutrina e jurisprudência entendem ser o objeto do contrato médico não a cura, mas, a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.

Entretanto, quando se trata de cirurgia plástica visando ao embelezamento e/ou rejuvenescimento estético, essa obrigação de meios, no entender da maioria dos tratadistas do direito civil pátrio, transforma-se em obrigação de resultados. Eis aqui a problemática jurídica a que se propõe discorrer nesse trabalho.

A cirurgia plástica consiste em subespecialidade do ramo da medicina de cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir, reconstituir ou embelezar parte externa do corpo deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, reunindo o nobilíssimo ramo da medicina que trata de doenças por meio de cirurgia com a beleza da arte de improvisar e criar. Esta finalidade pode ser necessária e reparadora ou puramente estética. Portanto, o resultado de uma intervenção cirúrgica estética não difere daquela dos demais cirurgiões, pois que submete o paciente aos mesmos riscos e depende da mesma *álea*. Seria como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios.

No tocante a esta especialidade, sem pretender desmerecer o trabalho nem a dignidade de qualquer profissional desta nobre arte, os tribunais pátrios não têm

visto com muita benevolência a prática desta ciência médica que é a cirurgia estética, evidentemente, impressionados com a finalidade posta a serviço de uma vaidade na maioria das vezes considerada fútil. O que não concorda uma boa parcela da doutrina e jurisprudência. Alie-se ao fato de que o Código de Ética Médica proíbe ao médico, por ser tal atitude contrária ao costume e à ética profissional, dar expectativa de resultado ao paciente em qualquer prática médica.

O principal argumento utilizado por parte dos civilistas pátrios para transpor a cirurgia estética ao campo das obrigações de resultado está assentado no compromisso do cirurgião de obter com o ato cirúrgico um determinado resultado, considerando que não há patologia a ser enfrentada, ou seja, o paciente quase sempre encontra-se em estado de higidez.

Somam-se a tal postura fatores comerciais, tendo em vista ^{que se testemunha} ~~testemunhamos~~ na atualidade a existência de uma parcela, embora pequena, de "médicos comerciantes", despidos do espírito profissional e humanitário que deve nortear a nobre atividade do médico. Neste sentido, vêem-se clínicas de cirurgia plástica com anúncios publicitários inseridos em revistas, jornais, colunas sociais e até outdoors. Propagandas nas quais o profissional se compromete a obter um determinado resultado, e esta promessa é quase sempre de um corpo perfeito, ou pleno rejuvenescimento do incauto e desinformado paciente.

Diariamente ~~vemos~~ ^{vêm} programas de TV em que o profissional se compromete a transformar qualquer pessoa numa estrela de cinema, garantindo pleno êxito na cirurgia, o que atrai a pertinência de indisfarçável contrato de obrigação de resultado. Porém, não se pode penalizar a classe médica desta especialidade, constituída em quase sua universalidade de profissionais corretos, por exceções que servem apenas para confirmar a regra.

Não se pode também e nem se pretende justificar a conduta de profissionais omissos e desidiosos que muito mais se aplicam às técnicas de venda de serviços, e tão pouco ainda fazer apologia à indústria da medicina.

Não se pretende assim, abordar aqui o comportamento de maus profissionais que caminham à margem do direito. Por isso, é até compreensível o debate que se trava diante da responsabilidade do cirurgião plástico. Que ela é mais ampla não restam dúvidas, pois, como já foi abordado, o paciente ao procurá-lo encontra-se, quase sempre, em estado de higidez e ausência de patologia.

Todavia, a cirurgia puramente estética não significa necessariamente a ausência de uma patologia. Ocorre, e isto tem sido bastante comum, que um paciente procure um cirurgião plástico para corrigir algo que ele considere fora dos padrões estéticos de beleza, como por exemplo, um nariz avantajado, que cause-lhe transtornos de personalidade, depressão, complexos ou comportamento neurótico que lhe impeça ou dificulte o exercício de atividades profissionais, sociais ou até afetivas.

Desta maneira, uma verdade se extrai: a responsabilidade do cirurgião plástico estético é maior que a do cirurgião geral, não tendo todavia, tal fato, o condão de inserir-se em uma obrigação de resultado.

Necessário, assim, que o julgador se atenha à prova nos autos, aos limites da postulação e aos ditames da ordem jurídica com a devida flexibilidade, sem o que perderiam os profissionais acusados sua mais valiosa garantia: o da isenta, imparcial e correta aplicação do ordenamento jurídico, a fim de manter o equilíbrio na administração da Justiça e a conseqüente e tão necessária organização social.

Ainda neste aspecto, a única particularidade a se acrescentar à responsabilidade do cirurgião plástico estético reside no aumento dos deveres de informação ao paciente, que deve ser exaustivo e de pleno consentimento, claramente manifestado, esclarecido e determinado.

3.2 Evolução histórica da cirurgia plástica

A cirurgia plástica como subespecialidade do ramo da cirurgia geral surgiu a partir de 1914, em razão da readaptação e correção funcional dos feridos em guerra, desta forma e por mais estranho e irônico que possa parecer, foi em conseqüência da I Grande Guerra e seus mutilados que a cirurgia plástica teve seu início e divulgação como especialidade.

Investigando a gênese da responsabilidade do cirurgião plástico na cirurgia reparadora e estética, nota-se que, historicamente, já no final do Século XIX, com as primeiras próteses nasais, o conhecimento dos cirurgiões adquirem dimensões incipientes, dando surgimento ao que hoje se denomina rinoplastia. E em 1930, é criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora Plástica e Estética.

No Século XVI (os informes no tempo não são precisos), o italiano GASPAR TAGLIACCOZZI utilizou-se de enxertos do braço para reconstruir narizes e orelhas. Segundo ainda informes relatados em acórdão publicado na RT 767/118, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito assegura que historicamente esta especialidade é antiquíssima, precedendo de muitos séculos a própria cirurgia geral, e que quando se faz menção apenas do aspecto estético desta especialidade, não se leva em conta o trabalho corretivo e reconstutivo de deformidades congêntas e adquiridas nas fendas faciais, lábio leporino, seqüelas de queimaduras, etc. E que na Índia antiga já se praticavam cirurgias de reconstrução nasal.

Na verdade, procedimentos para reconstrução do apêndice nasal, do pavilhão auricular e dos lábios são mencionados em escritos muito antigos, havendo referência, ainda no Século XIII de trabalhos na Sicília e na Calábria de famosos cirurgiões da época como BRANCA e TAGLIACCOZZI.

A expressão cosmetologia surgiu no Congresso Internacional de Dermatologia, em Bucareste, em 1935, quando o Dr. AURIEL VOINA a apresentou "en hommage à la beauté conservée ou supplée de la femme éternelle". E em 1950 foi criada a Sociedade Francesa de Cosmetologia, constituindo-se os seus objetivos na "therapeutique de la laiderus".

A partir de 1950, os Tribunais franceses, espanhóis e italianos admitiram as cirurgias destinadas a embelezar o corpo como atividade médica legalmente justificada. É o direito abraçando o fato social, adotado como de regra pelas maiores democracias.

Percebe-se assim que a finalidade da cirurgia plástica não é a garantia de uma vaidade fútil como a têm algumas vezes visto os tribunais. Prestam-se, assim, tanto a cirurgia plástica corretiva como a estética a corrigir defeitos não somente físicos como também aqueles que atingem a complexa alma humana.

3.3 Cirurgia plástica, obrigação de meio ou de resultado

De qualquer maneira, e digo infelizmente, é ainda polêmica a natureza jurídica da cirurgia estética, quando o contratante busca melhorar a aparência,

contrariamente da cirurgia reparadora, ²⁰⁰² onde se pretende a correção das lesões ou defeitos congênitos ou adquiridos.

Diante da lei, em prestígio aos institutos e princípios do direito, há que se observar a importância de o jurista ater-se não só ao que o legislador pretendeu regular no momento da sua elaboração, mas também as transformações que inevitavelmente surgem em face da evolução histórica dos fatos, ou seja, o que ele, legislador, queria se vivesse no mundo atual.

Surge daí a necessidade de os métodos hermenêuticos jurídicos estarem constantemente atualizados, a fim de se tornarem úteis quando da aplicação do direito. São variadas as situações que se apresentam para solução, exigindo, evidentemente, um exame sistematizado e vinculado a sugestões doutrinárias e a interpretações jurisprudenciais que tentam aproximar-se das realidades provocadas pelas variadas causas determinantes da responsabilidade civil.

Foco gerador de entraves ao julgamento da conduta do médico, posiciona-se na falta da compreensão de alguns institutos do direito. O exame desta conduta impõe uma série de cuidados que visam não só a evitar a errônea interpretação da lei, futuras nulidades, como também a suprimir, banir de uma vez, a indesejável injustiça da qual muitas vezes, excelentes e renomados profissionais da medicina são vítimas, a exemplo do que ocorreu em um recente acórdão, o qual abstenho-me de citar, que, referindo-se a estes profissionais, qualificou-os de "máfia de branco", numa generalização de todo injustificada.

E o direito brasileiro ainda titubeia no que respeita à adequação do rumo a seguir em face ao progresso científico e à globalização cada vez mais abrangentes. E como se sabe, o direito deve esposar o fato social.

Por isso, a necessidade de atualização, a meu ver, situa-se na medida em que, com o considerável avanço da medicina, testemunhamos na realidade o que há vinte anos abordava-se em livros e filmes de ficção, como a clonagem de espécies, desenvolvimento de novas técnicas, como terapias genéticas, tecnologia do DNA, novas drogas, Projeto Genoma, globalização de descobertas, etc. E neste campo da cirurgia plástica, as novidades não param de surgir, encontrando-se em plena evolução, com soluções e métodos de tratamentos novos a cada momento, longe de se esgotarem os acontecimentos fáticos.

E a conseqüência de toda essa profusão exuberante de tecnologia científica, não somente que surge nesta área da cirurgia plástica, como em qualquer outra

especialidade médica, evidentemente, é o excessivo número de ações de responsabilidade civil que proliferam no mundo todo, especialmente nos Estados Unidos da América, onde já em 1970, segundo dados estatísticos, um quarto dos médicos respondia por ações de reparação de danos. E mais ainda, naquele país, segundo estatística recente divulgada na Revista Veja, 70% dos médicos obstetras são processados anualmente. Todavia, no Brasil padecemos de pauperismo franciscano no tocante a dados estatísticos, notadamente sobre a responsabilização dos cirurgiões plásticos.

As posições jurisprudenciais, apesar de cautelosas nos últimos tempos, vêm caminhando prudentemente, distinguindo entre cirurgia reparadora, na qual há que se apurar a culpa do médico, com a obrigação de meios, e cirurgia estética ou embelezadora, na qual o médico se compromete a uma obrigação de resultado, onde há de se presumir em favor daquele economicamente mais fraco, que, seduzido pela asfixiante propaganda, pretende melhorar seu aspecto estético.

Com facilidade pode-se concluir pelas injustiças que advêm desta sistemática da obrigação de resultado, especialmente na cirurgia estética e reparadora onde desenvolve-se o fator álea, como comporta qualquer submissão de paciente à cirurgia em qualquer outra área.

Aprofundando-se um pouco mais sobre o tema, percebe-se com facilidade as injustiças que advêm da adoção da teoria da "obrigação de resultado".

Decisões há que, embora não entendam configurada a culpa, condenam o profissional pelo simples fato de o mesmo aplicar-se à cirurgia plástica. A injustiça chega, muitas vezes, a ponto de apenar o médico por um resultado inerente à constituição física e carga genética do paciente, como cicatrizes hipertróficas, quelóides, etc.

Desta postura decorre uma incoerência absurda, qual seja, a de responsabilizar o cirurgião plástico estético, quando o resultado não querido, e menos ainda esperado, advém de uma resposta adversa do organismo do paciente. Ninguém pode se obrigar à realização plena de uma obrigação que, na maioria das vezes, está fora dos seus limites de atuação e deliberação. Não se nega, no entanto, que há profissionais que prometem determinado resultado, aqueles já referidos, que inserem anúncios em jornais e revistas, prometendo corpos esculturais, rejuvenescimento pleno, etc., devendo, por isso, em muitos casos, obrigar-se a atingi-lo.

Todavia, a meu juízo, nem mesmo eventual compromisso com determinado resultado e a ausência de patologia, ocorrentes na cirurgia puramente estética, não devem e não servem para descaracterizar a unidade científica do ato cirúrgico, não importando a especialidade, pois ambos têm a mesma natureza e dependem da mesma álea.

As cirurgias reparadoras, de normal, se inserem em uma finalidade terapêutica, evidentemente associada a uma busca da estética, até porque nenhuma deformidade física é agradável aos olhos. O mesmo há que se dizer no que tange à cirurgia estética ou embelezadora, pois que, sendo o motivo principal a busca da estética, há também nelas o lado terapêutico que jamais pode ser ignorado, até tendo em vista os graus de desequilíbrio emocional que uma alteração estética pode ocasionar a um indivíduo.

Entendo ^{o-se} que quando o resultado buscado pelas partes é tido por elas como aleatório, a obrigação é uma simples obrigação geral de prudência e diligência; se este resultado é, ao contrário, considerado como possível de ser alcançado sem álea, então a obrigação é determinada.

O insucesso parcial ou total de uma cirurgia pode ocorrer em razão de característica peculiar inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de escusa absolutória ou causa excludente da responsabilidade.

O renomado médico e professor da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto/USP Dr. MÁRIO EDUARDO P. MONTEIRO DE BARROS, membro titular da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, manifestando-se sobre as divergências entre cirurgias reparadoras e estéticas, tão debatidos nos meios médicos e jurídicos, enfrenta aspecto inusitado, observando que:

A OMS (Organização Mundial de Saúde), define a saúde como: 'Um estado completo de bem-estar físico, mental e social', e não a ausência de patologia. E partindo deste conceito, não há como negar que a cirurgia plástica estética traz enorme benefício ao paciente, e estes quando procuram o cirurgião plástico sentem dor. Não apenas dor física, mas dor moral, emocional. Esclareça-se com exemplos: encontre uma solução para uma criança magoada e entristecida em seus melhores anos, pelo complexo causado por deformidade cicatricial, especificamente os queimados, marcados por lábio leporino, 'orelhas de abano' ou resultantes de acidente automobilístico, que de normal provocam a cruel curiosidade humana pelo destaque da anormalidade. Diga para uma mulher ainda jovem, portadora de câncer de pele, cuja retirada cause cicatriz deformante no rosto, não ser necessária a intervenção de cirurgião plástico a fim

de preservar a estética, resultando em estigma auto-segregatório. Peça para uma adolescente, exaurida em seu vigor, ser feliz e comportar-se dentro dos padrões de normalidade, quando não há roupa que lhe permita esconder seios enormes, que, projetando-se para frente pelo peso, cause-lhe ainda dores e deformidade na coluna. Os problemas psicológicos surgem dependendo dos conceitos pessoais de beleza, estética e de anormalidade, resultantes da complexidade do sentimento humano.

E expressando vasta experiência adquirida do exercício do magistério e da clínica, o conceituado cirurgião, com toda ponderação, esclarece que:

Nossa especialidade é a cirurgia plástica, e tudo que se faz neste campo é ao mesmo tempo reparador e estético. Inúmeras são as cirurgias estéticas que se realizam por recomendação de psiquiatras e psicólogos pelos benefícios que trazem à auto-estima e segurança dos pacientes. Quantas pessoas, crianças, adolescentes, adultos, que se excluem do convívio social, por não aceitarem suas próprias características e defeitos físicos. E se existindo uma possibilidade de contornar, amenizar o problema que as aflige, essa solução pode ser considerada terapêutica ou pura vaidade?

Concluindo que:

Quanto às conseqüências do ato cirúrgico, quando se trata da fisiologia humana, além da técnica correta e usual empregada pelo médico, dentro dos mais rígidos critérios da conduta cirúrgica, outros componentes podem influir no resultado cirúrgico. O imprevisível, que em grande parte está fora dos limites de nossa atuação. Nenhum médico pode afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso.

Na prestigiosa *Plastic and Reconstructive Surgery* (vol. 156, agosto de 2005, pgs. 255-266) está publicado artigo versando sobre complicações e resultados a longo prazo de procedimentos para correção de fendas faciais, baseado na observação de 116 pacientes acompanhados durante sete anos. Os autores esclarecem que os procedimentos usados são seguros e confiáveis, oferecendo aos pacientes uma substancial melhora de sua qualidade de vida, com resultados satisfatórios em apenas 89% a 92% dos casos. Há também relato de Cento e sessenta e sete implantes mamários para reconstrução ou aumento dessas glândulas, realizados em 77 pacientes e seguidos durante nove anos, que sofreram completa deflação em cerca de 25%, e contratatura fibrosa em 37% dos casos.

A mesma *Plastic and Reconstructive Surgery* (vol. 155, junho de 2005, pgs. 1.195-1.204) 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. 44, 2005, pp. 113-116) 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.

Também no *Annals of Plastic Surgery* (vol. 44, 2005, pgs. 251-254), 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 na mesma instituição, e um de cada cinco daqueles que haviam sido operados em outros centros.

Segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (09.10.2000), o percentual de adolescentes que fizeram cirurgias plásticas estéticas dobrou entre 1994 e 1999. Das 100 mil cirurgias realizadas em 1994, 5% foram realizadas em adolescentes. Em 1999, foram 10% das 300 mil plásticas. A previsão feita para o ano 2000 foi que esse percentual aumentasse para 12%. Segundo ainda esta mesma instituição, que considera adolescente quem tem entre 15 e 25 anos, as plásticas mais realizadas em meninas em 1999 foram as de mama (40%), nariz (30%), face (20%) e lipoaspiração (10%). Entre os meninos, as principais foram de nariz (40%), face (30%), ginecomastia (20%) e lipoaspiração (10%). A pesquisa, no entanto, não diferencia as cirurgias estéticas e reparadoras, aduzindo ainda que a ginecomastia é o desenvolvimento excessivo das glândulas mamárias nos homens e devem ser retiradas, sendo, portanto, tal cirurgia estética e reparadora.

Recentemente, segundo informes da Revista *Época* (19.06.00), a procura de cirurgiões plásticos pela população masculina vem crescendo nos últimos anos os dados estatísticos em 1994 eram de 5% por homens e em 2000, esta procura passou a 30%. Estes dados, inequivocamente, demonstram a incapacidade humana de lidar com defeitos, qualquer que seja sua origem, genético ou adquirido.

O que muito ocorre também, é a expectativa exagerada por parte do paciente, porque um bom resultado não significa perfeição. Quando se trata de cirurgia de rejuvenescimento, a pele operada pode ficar com melhor aspecto, todavia não mais jovem.

Por tais razões, com máxima *venia*, hão de ruir duas concepções, porque errôneas, injustas e imprestáveis à exata compreensão do instituto da

responsabilidade, especialmente do cirurgião plástico: a primeira, a distinção entre cirurgia plástica reparadora e estética. E a segunda, a conceituação de obrigação de meio para uma e de resultado para outra. Em outro dizer, a cirurgia plástica, seja reparadora ou estética, é sempre uma obrigação de meio de diligência e prudência e não de fim ou resultado. A conduta do cirurgião plástico, seja na cirurgia reparadora, seja na cirurgia estética, qualquer que seja o resultado, deve ser aferida com flexibilidade, até porque, contrariamente, se o médico não obtiver a total correção, restauração, preservação da função e da estética ou cura do seu paciente, por motivos alheios à sua vontade, como, por exemplo, rejeição, deficiência física, conduta inadequada do paciente, abandono de tratamento sem alta médica ou se os recursos empregados não satisfazer, implicaria o dever de indenizar toda vez que não alcançar a cura ou o resultado não ser bem recebido pelo paciente.

A obrigação do cirurgião plástico não difere da dos demais, conquanto, infelizmente, seja tema ainda polêmico.

CONCLUSÃO

Uma das discussões surgidas com o mapeamento do código genético humano, anunciado ao mundo em 26.06.2000, é o temor de que o homem passe a brincar de Deus. A pesquisa científica aproxima-nos dos mistérios da criação. Como conceber, todavia, que os cientistas criem um ser parecido com o homem, mas desprovido de livre-arbítrio, porque condicionado à vontade dos cientistas. Este sim, é tema para longos e filosóficos debates.

Concluo pois, que o ponto de convergência e os critérios geradores de entraves ao julgamento da conduta do médico posiciona-se, como exposto, na despersonalização do atendimento médico que vem ocorrendo nos últimos anos, aliado ao incentivo da mídia; também na falta de compreensão de alguns institutos do direito, que a meu ver devem ser debatidos, sobre o necessário aperfeiçoamento de nosso sistema processual, tendo em vista o objetivo maior, que é levar ao Poder Judiciário um padrão de qualidade semelhante ao das melhores democracias contemporâneas. Além, evidentemente, de se evitar injustiças das quais são vítimas, muitas vezes, renomados e zelosos médicos.

Vivenciamos um retrocesso à Antiguidade, quando ainda não se cogitava de responsabilidade. Hoje, percebe-se que as "vítimas" abraçam-se muito mais à idéia de *vindita*, e muitas vezes, salvo justificadas exceções, ao que se pode considerar de verdadeira extorsão. Basta surgir um hematoma para que surja a idéia de responsabilizar o médico.

Assim, apesar de tanta controvérsia, evidencia-se que a flexibilidade deve ser adotada no critério da apuração da conduta do profissional, caso contrário jamais se livrará de condenação.

Portanto, repita-se, há que se excluir duas concepções, por errôneas, injustas e imprestáveis à exata compreensão do instituto da responsabilidade neste campo da cirurgia plástica: a primeira, a divisão entre cirurgia plástica reparadora e estética, e a segunda, a conceituação de obrigação de meio para uma e de resultado para outra.

A essência da culpa, a toda evidência, reside na previsibilidade dos acontecimentos, sendo este seu ponto nuclear. Sem ela é impossível fundamentar ou justificar um juízo de reprovação. Não se há de reconhecer a responsabilidade

civil do médico cirurgião plástico quando o resultado não pode ser previsto ou evitado. E por este raciocínio não se consegue atinar como seria possível responsabilizar um cirurgião plástico estético, quando seu atuar está fora da linha causal.

O médico trabalha sempre com uma margem de risco inerente à sua atividade, circunstância que deve ser sempre avaliada e apresentada ao paciente. Para tanto, sustento que, se previsível alguma reação adversa, inerente à terapia aplicada, está à evidência, deve ser comunicada ao paciente, que, conseqüentemente, deve assumir o risco pelo resultado.

Assim, independentemente da classificação que se adote sobre a natureza jurídica da atuação do médico, se decorrente de um contrato ou de intervenção imposta pelas contingências inexoráveis da vida, deve-se perquirir a culpa como elemento primordial, excluindo-a quando inexistir o liame causal.

94 Ponto finalizando, esposada a teoria da culpa pelo art. 951 do Código Civil, no que concerne à responsabilidade do médico, a regra geral dita que este, no desempenho de sua nobre atividade, não pode obrigar-se a obter a cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde. O que se exige do médico, seja qual for sua especialidade, é a prestação de serviços zelosos, atentos, conscienciosos, a utilização de recursos e métodos adequados e de agir conforme as aquisições da ciência. O que não se pode admitir, sempre com a máxima vênia, é uma corrente jurisprudencial em pleno desalinho com a realidade moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.

A solução, a meu sentir, é que por primeiro se adote aqui o mesmo que se adota nos hospitais do Canadá, Estados Unidos e Inglaterra, ou seja, quando o paciente que se interna para este tipo de cirurgia reparadora e estética, o médico deve fazer uma preleção sobre os deveres do paciente antes da cirurgia, de suas próprias obrigações no tocante à assistência até a alta médica, expor as probabilidades de êxito e riscos cirúrgicos, fatores aleatórios independentes de sua atuação (como cicatrizes hipertróficas, etc.), exigindo-se ainda do paciente que leia o documento de autorização e que o assine. Tudo, inclusive, a fim de não alimentar a "indústria da indenização".

Por tudo, pode-se concluir, que o ato do médico, incluindo-se evidentemente o do cirurgião plástico, constitui uma obrigação de meios. O profissional não se obriga a curar o doente, mas prestar-lhe assistência e cuidados conscienciosos

adequados ao estado do paciente e de acordo com sua ciência e regras consagradas pela prática cirúrgica. Repita-se, qualquer contrato para melhorar a aparência física do paciente por meio de cirurgia não depende somente de diligência e perícia do cirurgião, mas de fatores idênticos aos de qualquer outra cirurgia, devendo, por conseguinte, a responsabilidade do médico a ser apurada, conforme prescreve o Código Civil, mediante a verificação de culpa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Annals of Plastic Surgery vol. 44, 2005.

CROCE, Delton et CROCE JÚNIOR, Delton. Erro médico e o direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7. *Observar ABNT*

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

X Gagliano, Pablo Stolze. / Pamplona, Rodolfo Filho. Novo Curso de Direito Civil 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.3 *Observar a ABNT*

KHOURI, Paulo Roque. Erro Médico. Revista Consulex. São Paulo, ano 3, n. 36, p. 14-21, dez. 1999.

MONTEIRO. Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações, 2.pt. 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

RESPONSABILIDADE civil por erro médico. Revista Consulex. São Paulo, ano 5, n. 113, 10-18, set. 2001.

Revista Época de 19.06.00. *g.a.*

Revista Plastic and Reconstructive Surgery vol. 155, junho de 2005.

Revista Plastic and Reconstructive Surgery vol. 156, agosto de 2005.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.4.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 6,ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.4.