

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS
PLÁSTICAS ESTÉTICAS**

Acadêmico: Adriano Vitalino dos Santos

**MONOGRAFIA APRESENTADA AO CURSO DE
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À
OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO**

Orientadora: Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis, novembro de 1999.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

- aos meus pais, a quem devo minha própria existência;
- ao meu irmão Édison e sua esposa Sílvia, pela confiança em mim depositada nos últimos cinco anos;
- à minha irmã Raquel, por saber ouvir e falar nas horas certas;
- à minha irmã Adriana, pelos anos de compreensão e convívio.

AGRADECIMENTOS

À Professora Leilane, pela orientação prestada e por sua dedicação à profissão.

À Promotora de Justiça Doutora Jorgelita Toner Favaretto, pela generosidade, amizade e incentivo.

Aos amigos da Promotoria de Justiça da Comarca de São José, com os quais tive o prazer de manter dois anos de excelente convívio.

Aos amigos da equipe 298, pelas dicas e informações trocadas.

A todos os meus amigos que, nos últimos cinco anos, de alguma forma contribuíram para que eu aqui chegasse.

“Fui à floresta porque queria viver profundamente e sugar a essência da vida. Eliminar tudo o que não era vida. E não, ao morrer, descobrir que não vivi.”

Colacionado do filme *A Sociedade dos Poetas-Mortos*.

RESUMO

A presente monografia trata da responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. O trabalho encontra-se dividido em dois capítulos. O primeiro deles trata de noções gerais acerca da responsabilidade civil, tais como histórico do instituto, conceito do mesmo, seus pressupostos, espécies e excludentes.

O segundo capítulo trata, inicialmente, da responsabilidade civil do médico em geral, abordando a evolução histórica da mesma, bem como considerações gerais sobre o tema, tais como as obrigações de meios e de resultado, a natureza contratual e subjetiva da responsabilidade médica, a responsabilidade do profissional da área em face do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula de não-indenizar nos contratos médicos, a *Lex artis ad hoc*, e, por fim, o erro médico, nas modalidades erro de diagnóstico e erro de tratamento.

Em seguida, trata da temática da responsabilidade médica nas cirurgias plásticas estéticas. São estudadas neste tópico a questão da legitimidade de tais espécies de cirurgias, as peculiaridades que as envolvem, a problemática do dano estético, considerações acerca do dever de informação que ao médico incumbe observar e do consentimento do paciente para a intervenção cirúrgica e as obrigações de meios e de resultados no tocante às cirurgias plásticas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	
RESPONSABILIDADE CIVIL - NOÇÕES GERAIS.....	3
1.1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	3
1.2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	7
1.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
1.3.1. Ação ou omissão do agente.....	10
1.3.2. Nexo de causalidade	13
1.3.3. Dano	14
1.4. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	15
1.5. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA	18
1.6. MEIOS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
\ 1.6.1. Caso fortuito ou força maior	21
\ 1.6.2. Fato de terceiro	24
\ 1.6.3. Culpa exclusiva da vítima	26
\ 1.6.4. Estado de necessidade	27
\ 1.6.5. Legítima defesa real	29
\ 1.6.6. Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal.....	29
CAPÍTULO II	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS	
ESTÉTICAS	31
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	31
2.2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	36
2.2.1. Obrigações de meio e obrigações de resultado	36
2.2.2. Natureza contratual da responsabilidade do médico	38
2.2.3. Natureza subjetiva da responsabilidade médica.....	41
2.2.3.1. Responsabilidade médica e o Código de Defesa do Consumidor	44
2.2.4. Cláusula de não-indenizar e contrato médico	46
2.2.5. A Lex artis ad hoc	48
2.2.6. Erro médico	49
2.2.6.1. Erro de diagnóstico	50
2.2.6.2. Erro no tratamento	51

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS	53
2.3.1. <i>Legitimidade da cirurgia plástica</i>	53
2.3.2. <i>Peculiaridades acerca da cirurgia estética</i>	55
2.3.3. <i>O dano estético</i>	56
2.3.4. <i>Dever de informação do médico e consentimento do paciente</i>	57
2.3.5. <i>Cirurgia estética e obrigação de meio e de resultado</i>	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, cerca de uns cinqüenta anos para cá, a sociedade brasileira passou por uma espécie de revolução em seus costumes. As cidades aumentaram assustadoramente. Dentro desse processo de urbanização e industrialização, novos empregos surgiram, exigindo profissionais cada vez mais habilitados. Também a expectativa de vida da população aumentou, o que se deve em boa parte aos avanços da ciência médica. A tecnologia de massa fez com que os meios de comunicação evoluíssem de tal modo que se pode ter hoje conhecimento imediato de fatos ocorridos no outro lado do mundo.

Dentro desse contexto, surgiu um apelo para o belo como nunca se viu antes. As empresas passaram a exigir de seus empregados, além de grandes conhecimentos técnicos, excelente apresentação; a moda invadiu os lares através da televisão, a qual leva atualmente famílias inteiras a consumirem horas e horas de seus dias envolvidas em programas em que se destacam apenas pessoas que se enquadram em determinados padrões estéticos. Assim, o boa aparência física passou a ser requisito tanto para uma boa colocação profissional, quanto para uma melhor aceitação social.

O culto ao corpo e a luta pela beleza duradoura passou a tornar-se uma espécie de obsessão, fazendo surgir uma nova e promissora especialidade médica: a cirurgia plástica. Em entrevista à Revista Veja, o então Presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, Munir Curi, informou que, no ano de 1995, cerca de 100.000 cirurgias plásticas foram feitas no país, o que havia representado um aumento de 100% em relação a média de dez anos atrás. Ressaltou, outrossim, que o preço das intervenções cirúrgicas estéticas caiu de forma considerável, fazendo com que as mesmas deixassem de ser consideradas *artigos de luxo*, passando a alcançar não só as classes sociais posicionadas no ápice da pirâmide social.

Sob tal influxo, o número de clínicas estéticas cresceu, aumentando, outrossim, o número de pacientes que, insatisfeitos com os resultados obtidos com a intervenção cirúrgica a que foram submetidos, buscavam alguma maneira de reparar a frustração de expectativa daí gerada.

Passa-se, então, a questionar acerca da responsabilidade médica no tocante

à cirurgia plástica, em face do crescente número de ações judiciais em que se busca a reparação por danos sofridos em decorrência de cirurgias plásticas.

Desse modo, justifica-se a opção pela feitura da presente monografia, dada a atualidade de seu objeto, bem como a relevância social que envolve o tema da responsabilidade civil no tocante à cirurgia plástica estética.

O trabalho encontra-se dividido em dois capítulos. O primeiro deles trata de noções gerais acerca da responsabilidade civil e apresenta a seguinte estrutura: histórico da responsabilidade civil; conceito do instituto; pressupostos; responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva e objetiva; e, por fim, os meios de exclusão da responsabilidade.

O segundo capítulo trata, inicialmente, da responsabilidade civil do médico em geral, trazendo a evolução histórica da mesma, bem como considerações gerais sobre o tema, nas quais são abordadas as obrigações de meios e de resultado, a natureza contratual e subjetiva da responsabilidade médica, a responsabilidade do profissional da área em face do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula de não-indenizar nos contratos médicos, a *Lex artis ad hoc*, e a questão do erro médico, nas modalidades erro de diagnóstico e erro de tratamento.

Em seguida, trata da problemática da responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas, fazendo, primeiramente, uma abordagem acerca da legitimidade de tais espécies de cirurgias; após, faz breves considerações sobre as peculiaridades que as envolvem; em seguida, traz um estudo a respeito do dano estético; logo depois, trata da temática do dever de informação que ao médico incumbe observar e do consentimento do paciente para tais intervenções cirúrgicas; finalizando, são analisadas as obrigações de meios e de resultados no tocante às cirurgias plásticas.

Para a elaboração do trabalho, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O método, por sua vez, foi o indutivo.

CAPÍTULO I

1. RESPONSABILIDADE CIVIL - NOÇÕES GERAIS

1.1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Vigorava, na era primitiva da humanidade, a *vingança coletiva*, a qual consistia na reação, por parte de determinado grupo comunitário, contra aquele que ocasionasse algum dano a qualquer de seus membros.

Posteriormente, passou-se à fase da denominada *vingança privada*, quando o próprio ofendido buscava a satisfação ao dano contra si ocasionado, numa reação comumente conhecida como “fazer justiça pelas próprias mãos”, fase esta que, segundo o magistério de Alvino Lima, consubstanciava-se em uma “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.¹

Regulamentadas as condições em que a vítima tinha o direito de retaliação, chegou-se à fase do talião, em que o ofensor deveria sofrer o mesmo dano causado ao ofendido (“olho por olho, dente por dente”).²

Após, chegou-se ao período da composição, reparação ao dano de cunho econômico, substituindo, assim, a vingança. Subsistia, porém, a retaliação, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

Nesse momento, segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves³, não se cogitava sobre a existência de culpa, sendo a composição obtida ao alvitre da vítima.

¹ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. 2ª ed., revista e atualizada pelo Prof. Ovídeo Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998, p. 10.

² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 17.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 4.

Na etapa seguinte, a composição deixa de ser facultativa, tendo o legislador regulamentado seu uso, não mais permitindo à vítima fazer justiça pelas suas próprias mãos. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. José de Aguiar Dias⁴ ressalta, contudo, a inexistência de um critério tarifário para a composição de certas espécies de dano.

Quando a autoridade passou a dirimir os conflitos, assumiu para si também a função de punir, fazendo-se substituir ao particular para atingir o causador do dano. Passou-se, então, segundo o mesmo autor:

... da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenhava em manter. Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos.⁵

Tal direito foi concretizado na Lei das XII Tábuas, na qual não havia um princípio fixador da responsabilidade civil.⁶

Com a *Lex Aquilia* chega-se, finalmente, a um princípio geral norteador da responsabilidade civil, originando o conceito de culpa aquiliana como atualmente se conhece, já que, até então, não existiam regras uniformes a respeito da matéria. A Lei Aquília dividia-se em três capítulos, sendo o terceiro, intitulado *damnum injuria datum*, o mais abrangente, alcançando desde as lesões a escravos ou animais, à destruição ou deterioração das coisas corpóreas. Importante ressaltar que foi por obra da jurisprudência, através da intervenção do pretor e dos jurisconsultos, que se deu a ampliação de seu campo de atuação, fazendo-a incidir sobre outros direitos reais. Abrandou-se seu rigorismo original, de forma a possibilitar a reparação do dano com exigências menores.⁷

Permitiu-se, em sua última fase, uma multiplicidade de ações de

⁴ *Op. cit., loc. cit.*

⁵ *Op. cit., p. 18.*

⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit., p. 17.*

⁷ *Idem, ibidem, p. 18.*

responsabilidade, admitindo-se, inclusive, a responsabilidade por danos morais.⁸

Coube ao direito francês, contudo, estabelecer a concepção da reparação de danos com fundamento na culpa, tendo influenciado, de forma inegável, a maioria das legislações do sistema romano-germânico, dentre elas a brasileira, sendo que, antes do surgimento do Código Civil francês, desenvolveram-se as noções então existentes no direito romano, fundando-se, assim, um princípio geral de responsabilidade civil, ficando de lado a enumeração dos casos de composição obrigatória. Não se cogitava, no direito francês, acerca da gravidade da culpa como pressuposto para a reparação do dano, sendo apenas necessária a existência daquela, ainda que levíssima.⁹

O Código Napoleônico, posteriormente, assentou a responsabilidade civil sobre a culpa, influenciando, com este princípio, várias legislações, como, por exemplo, a brasileira.¹⁰

Inobstante o aprimoramento dos estudos acerca da responsabilidade, multiplicavam-se os casos de danos, como consequência do surto de desenvolvimento que vivia todo o continente europeu, tornando-se imperiosa uma maior proteção às vítimas, surgindo, destarte, uma nova teoria, que passou a amparar muitos casos até então não contemplados pela noção de responsabilidade fundada na culpa. Nascia, assim, a teoria do risco, estabelecendo a responsabilidade objetiva, segundo a qual aquele que, através de sua atividade, criasse um risco de dano para terceiros, deveria ser compelido a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento fossem isentos de culpa.¹¹

Oportuno é o estudo, ainda que breve, do surgimento da responsabilidade civil em Portugal, haja vista a vigência da legislação portuguesa no Brasil durante a colonização e o império. É com a invasão dos godos que se encontra a primeira evidência do instituto no direito lusitano, com a consequente aplicação de seu código na península ibérica. O referido diploma legal adotava um sistema misto,

⁸ *Idem, ibidem*, p. 18.

⁹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 19.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 19.

mesclando a composição germânica e o critério penal dos romanos.¹²

Logo após a invasão árabe, predominou o direito consuetudinário, buscando-se reprimir delitos de várias maneiras, a saber: aplicando-se a reparação pecuniária, a composição, as penas corporais e, ainda, a utilização da vingança privada.¹³

As diferenças sociais influenciavam na reparação do dano, injustiça esta minorada quando da emancipação do trabalhador em Portugal, por volta do século XII, mas que não alterou substancialmente a forma como se vinha realizando.¹⁴

As Ordenações do Reino, vigentes durante o período do Brasil-colônia, não deixavam claro o caráter indenizatório, fazendo confusão entre reparação, pena e multa.¹⁵

A primeira legislação a tratar do tema da responsabilidade civil no Brasil foi o Código Criminal de 1830, o qual trouxe em seu bojo regras que disciplinavam a apreciação de casos de responsabilidade civil, estabelecendo, quando possível, a reparação natural, bem como a garantia da indenização pelo dano sofrido, dentre outros institutos que visavam à satisfação do mal acarretado pelo dano ocasionado ao ofendido. José de Aguiar Dias afirma que foi alvo de muitos elogios, sendo, segundo entende, plenamente aplicável aos dias atuais.¹⁶

O Código Penal de 1890, por sua vez, não trouxe qualquer inovação de relevo para o desenvolvimento da matéria, limitando-se a reproduzir as regras já constantes no Código Criminal do Império, mas com uma redação que apenas o empobreceu.

Já o atual Código Civil Brasileiro (Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916) há muito mostrou-se insuficiente para resolver o problema da responsabilidade civil, haja vista o avanço de nossa sociedade, que levou à obsolência as poucas regras existentes em seu bojo acerca da matéria. Deve-se à doutrina e à jurisprudência a evolução, no direito pátrio, da disciplina da responsabilidade civil

¹² *Idem, ibidem*, p. 20.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 20.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 20.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 21.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 21.

durante este tempo de estagnação, não se podendo olvidar da contribuição trazida ao tema por alguns diplomas legislativos reguladores de atividades específicas, tais como o Código Aeronáutico e a Lei de Imprensa, além do reconhecimento de sua relevância a nível constitucional, como se pode confirmar através da leitura dos incisos V, X, XXIV, LXXV do artigo 5º, bem como do artigo 37, § 6º, todos da *Carta Magna* de 1988. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, também tratou da responsabilidade civil, de forma a garantir o ressarcimento de danos advindos de defeitos nos produtos e serviços.¹⁷

1.2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, conforme já visto supra, desenvolveu-se juntamente com a história da humanidade, sendo atualmente inconcebível cogitar a vida em sociedade sem a segurança que daquela advém. Embasa-se em determinados princípios, os quais surgem da regra romana consubstanciada no *leminem laedere*, que significa, no vernáculo, “não lesar ninguém”.

Segundo José de Aguiar Dias, a raiz etimológica do termo “responsabilidade” encontra-se na expressão latina *spondeo*, “... fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano.”¹⁸

De Plácido e Silva, sobre o tema, leciona que o termo responsabilidade denota:

... obrigação de responder por alguma coisa. Quer significar, assim, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal.¹⁹

José de Aguiar Dias, porém, ressalva que:

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 21-22.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 2.

¹⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 713.

... dizer que responsável é aquele que responde e, portanto, que responsabilidade é a obrigação cabente ao responsável é, além de redundante, insuficiente, porque, por aí, a definição, permanecendo na própria expressão verbal que se pretende aclarar, não dá solução ao problema que se quer resolver, a começar pelos conceitos.²⁰

E continua, dizendo que:

O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente. Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.²¹

Sobre a matéria, a lição de Carlos Alberto Bittar:

Embora na evolução tenha enfrentado vicissitudes as mais diversas, sob filosofias prosperantes a cada etapa, a verdade é que sempre se orientou na defesa de direitos violados, em virtude de fatos de terceiros, e a partir da constatação do nexu causal entre o evento danoso e a conduta do agente. No plano civil, sob a iniciativa do lesado, assim que consolidada em sua textura central, procura proporcionar-lhe instrumentos de reação contra o agente, inclusive com a utilização do aparato judiciário do Estado, que, para tanto, se habilitou. Ora, embora embalada por acentuado cunho pecuniário em sua inserção nas codificações, a teoria em debate tem expandido, consideravelmente, a sua base, atingindo situações de danos provocados objetivamente, bem como a sua latitude, alcançando, com isso, tanto os danos patrimoniais, como os extrapatrimoniais, como constatamos na doutrina especializada dominante.²²

Assim sendo, faz-se oportuno trazer a lume os diversos conceitos que os doutrinadores formularam a respeito da responsabilidade civil.

²⁰ *Op. cit.*, p. 3.

²¹ *Idem.*

²² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 17.

Sílvio Rodrigues²³ entende que a responsabilidade é “... 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”.

Serpa Lopes²⁴, por sua vez, preleciona que “... a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

José Cretella Júnior²⁵ concebe a responsabilidade 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 Diniz²⁶ leciona que “... a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

E mais adiante, estatui que “a responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente do inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei.”²⁷

Depreende-se de tais conceitos que a conseqüência precípua da execução de um ato ilícito constitui-se 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 ocasionado pela ocorrência do fato, donde se conclui que a responsabilidade civil é, pois, parte integrante do Direito das

²³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - responsabilidade civil*. 13^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 4, p. 4.

²⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil*. 5^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 160.

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo “in” *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 286:11, abr.-jun./1994.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro - responsabilidade civil*. 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 7, p. 32.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 237.

Obrigações.

1.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que surja a obrigação de indenizar, faz-se necessária a existência de determinados fatores, denominados pela doutrina de pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, quais sejam: a) a conduta do agente, que pode consistir numa ação ou omissão; b) o nexo de causalidade, que estabelece o elo de ligação entre a conduta ofensiva e a perturbação ocasionada à vítima; e c) o dano, que é o mal acarretado à vítima em razão da ação ou omissão do agente. Passar-se-á, pois, a discorrer acerca de cada um desses pressupostos, a fim de melhor elucidar o tema.

1.3.1. Ação ou omissão do agente

Toda conduta humana decorre de um ato, o qual pode consubstanciar-se em uma atitude positiva ou negativa.

A atitude positiva é denominada ação, sendo o ato dela decorrente chamado de comissivo.

A inatividade, ou atitude negativa, chama-se omissão, sendo decorrente dela um ato omissivo. Segundo Rui Stoco, "... omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma."²⁸

Sobre a ação e a omissão, oportuno é o escólio de Júlio Fabbrini Mirabete:

A conduta é, em regra, consubstanciada em uma ação em sentido estrito ou 'comissão', que é um movimento corpóreo, um fazer, um comportamento ativo (...) Poderá, entretanto, constituir-se em uma 'omissão', que é a inatividade, a abstenção de movimento, é o 'não fazer alguma coisa que é devida'.²⁹

²⁸ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 51.

²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, vol. 1, p. 103.

Para adquirirem relevância jurídica, ensejando a obrigação de indenizar, a ação ou omissão devem ser voluntárias. Toda conduta voluntária, por sua vez, pode ser dirigida à produção do resultado, ou pode se dar pela inobservância de um dever de cuidado, ou seja, pode ser, respectivamente, dolosa ou culposa.

Em sentido lato, a culpa abrange o dolo e a culpa *strictu sensu*.

Segundo Sílvio Rodrigues, "... no dolo, o resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente, ele desejava causar o dano e seu comportamento realmente causou."³⁰ Assim sendo, a ação dolosa é aquela praticada pelo agente com consciência e vontade de atingir o fim colimado.

Mas há hipóteses em que a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado, querendo ele algo diverso e assumindo o risco de causar, na busca de seu desiderato, um dano a outrem. Trata-se, pois, do chamado "dolo eventual", sendo a espécie mencionada no parágrafo anterior o denominado "dolo direto". Acerca do tema, ensina Edgard Magalhães Noronha que "... age dolosamente não apenas o que quer livre e conscientemente o resultado, mas também quem, embora não o querendo de modo principal, aceita-o ou a ele anui. Na primeira hipótese, diz-se direto o dolo; na segunda, eventual."³¹

A conduta culposa, por sua vez, é aquela na qual o agente, embora sem ter a vontade voltada para a ocorrência do resultado nem ter assumido o risco de produzi-lo, acarreta o dano à vítima pela inobservância de um dever de cuidado objetivo. No dizer de Júlio Fabbrini Mirabete:

A cada homem, na comunidade social, incumbe o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que do seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Quem vive em sociedade não deve, com uma ação irrefletida, causar dano a terceiro, sendo-lhe exigido o dever de cuidado indispensável a evitar tais lesões. Assim, se o agente não observa esses cuidados indispensáveis, causando com isso dano a bem jurídico alheio, responderá por ele. É a inobservância do cuidado objetivo exigível do agente que torna a conduta antijurídica.³²

³⁰ *Op. cit.*, p. 6.

³¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. 1, p. 135.

³² *Op. cit.*, p. 143.

Apresenta-se a culpa em três modalidades, a saber: imprudência, negligência e imperícia. Discorrendo sobre as mesmas, preleciona José Aguiar Dias:

Da culpa, caracteriza no art. 159 do Código Civil como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são todas formas desse elemento essencial: a falta de diligência, falta de prevenção, falta de cuidado. Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento. Consiste a imprudência da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

(...)

Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade.³³

Para Maria Helena Diniz, “a imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.”³⁴

A culpa também pode ser classificada em graus, como a seguir passa-se a ver: a) culpa grave, quando decorre da imprudência ou negligência grosseira e extrema do indivíduo, sem ter previsto o que ao homem comum é plenamente previsível; b) culpa leve, quando advém da inobservância de cautelas ordinárias, podendo ser evitada com a atenção esperada por um homem comum; e c) culpa levíssima, que é aquela o dano somente poderia ser evitado com extraordinária atenção.

A classificação da culpa em seus diversos graus, bem como a distinção

³³ *Op. cit.*, p. 120-121.

³⁴ *Op. cit.*, p. 37.

entre a conduta culposa e dolosa, perdeu, de certa forma, sua finalidade prática, haja vista subsistir a obrigação de indenizar inobstante tenha o agente ocasionado a ofensa por um comportamento doloso ou culposo e, neste último caso, tenha sido grave, leve ou levíssima a culpa, posto que, para a incidência da responsabilidade, “... não é preciso que a culpa seja grave: basta que seja certa”.³⁵ Nesse sentido, afirma Sílvio Rodrigues:

A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de um certo modo perde sua oportunidade. Isto porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual ‘in Lex Aquilia et levissima culpa venit’. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. Ora, como a indenização deve ser o mais possível completa, posto que indenizar significa tornar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima.³⁶

Carlos Roberto Gonçalves traz, ainda, a seguinte classificação de culpa:

... ‘in eligendo’: decorre da má escolha do representante, do preposto; ‘in vigilando’: decorre da ausência de fiscalização; ‘in committendo’: decorre de uma ação, de um ato positivo; ‘in omittendo’: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; ‘in custodiendo’: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal, de alguma pessoa ou de algum objeto.³⁷

1.3.2. *Nexo de causalidade*

Para existir a obrigação de indenizar, faz-se necessário que o prejuízo suportado pela vítima advenha da ação ou omissão do ofensor, vale dizer, que exista entre ambos (ação ou omissão e dano) uma perfeita relação de causa e

³⁵ KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*. RT: 654/67.

³⁶ *Op. cit.*, p. 163.

³⁷ *Op. cit.*, p. 27. Exemplos da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo*, no direito pátrio, encontram-se no artigo 1.521 do Código Civil, estando a primeira nos incisos I e II e, a segunda, no inciso III.

efeito. Não havendo tal relação, inexistente a obrigação de indenizar.

Discorrendo sobre a matéria, afirma Rui Stoco:

No tocante à determinação do nexo causal, duas questões se antepõem: a primeira pertine à dificuldade de sua prova; a segunda, situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, máxime quando ocorra a 'causalidade múltipla', pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa efetiva.³⁸

Maria Helena Diniz, por sua vez, ressalva que:

... não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.³⁹

Regra geral, incumbe à vítima comprovar o liame causal, 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 demonstrar a existência de alguma causa excludente da obrigação de indenizar, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, etc. Sobre a chamada responsabilidade objetiva e as causas excludentes de responsabilidade, ver-se-á infra.

1.3.3. Dano

Constitui-se o dano no abalo sofrido pela vítima, o qual pode ocasionar-lhe um prejuízo de ordem econômica, consistindo no dano patrimonial, ou pode acarretar-lhe repercussão apenas de ordem psíquica, consubstanciando-se, então, no dano moral.

Não se pode cogitar obrigação de indenizar sem a existência de um dano, posto que a admissão de tal idéia ensejaria num enriquecimento sem causa para aquele que recebesse a indenização. Assim, cabe à vítima, regra geral, provar que

³⁸ *Op. cit.*, p. 59.

³⁹ *Op. cit.*, p. 81.

sofreu um dano. Nesse sentido, o escólio de Carlos Roberto Gonçalves:

Sem prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível.⁴⁰

Com efeito, a respeito da liquidação do dano, estabelece o Código Civil, nos artigos 1.537 a 1.553, a regra, nos casos ali previstos, acerca da extensão da reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos.

No que tange à prova do dano, ressalte-se que nem sempre cabe à vítima o ônus de comprovar sua existência, existindo casos em que o dano é presumido, como ocorre nos chamados juros moratórios, onde, ocorrendo impontualidade do devedor, deve o mesmo pagar ao credor os juros em comento, como uma espécie indenização ao prejuízo que, no caso, presume-se ter sofrido o credor.⁴¹

1.4. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Dividem-se os casos de responsabilidade civil em duas grandes modalidades, a saber, responsabilidade negocial, também denominada pela doutrina de responsabilidade contratual, e responsabilidade civil em sentido estrito, ou extracontratual ou aquiliana. Tal distinção dá-se conforme decorra do acordo de vontades ou da lei.

Como é cediço, regra geral, todas as pessoas, antes de estabelecerem um pacto, têm a liberdade de aceitá-lo ou não, de acordo com as suas conveniências. Além disso, têm os contratantes a faculdade de escolher com quem e quando pactuar, bem como a de poderem estipular o conteúdo da avença, acertando as cláusulas contratuais da forma que melhor lhes convier, salvo casos especiais, como os dos chamados contratos de adesão, e respeitando, outrossim, os preceitos de ordem pública.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 27.

⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 90.

Porém, embora existam tais liberdades no que concerne ao surgimento do contrato, o mesmo não ocorre no que tange à liberação das partes às imposições do mesmo, já que vige o princípio da obrigatoriedade das convenções, denominado *pacta sunt servanda*. Destarte, uma vez feito entre os contratantes o pacto, regra geral não há como se liberar unilateralmente do avençado, passando o contrato a ter força de lei entre aqueles que o firmaram.

Assim sendo, o inadimplemento contratual gera para a outro pactuante uma frustração de expectativa, ocasionando para o mesmo um dano, seja na esfera patrimonial, seja de ordem moral.

Presentes a conduta violadora da obrigação preestabelecida, o dano e o nexo causal entre o fato e a ofensa, resta ao que ocasionar o descumprimento da avença a obrigação de indenizar, donde resulta a responsabilidade contratual.

Dessa maneira, a responsabilidade contratual, como o próprio nome deixa claro, é aquela que surge quando há o inadimplemento de uma obrigação contratual, ou seja, quando ocorre o descumprimento de um acordo de vontades preestabelecido.

Por outro lado, sendo o inadimplemento resultante de um evento estranho à vontade do devedor, *v.g.*, caso fortuito ou força maior, não há que se cogitar, em regra, acerca da responsabilidade daquele.

Orlando Gomes, sobre a matéria, ensina que:

O Código Civil, artigo 1.056, ao prescrever que, não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos, está admitindo dois modos de inadimplemento voluntário: a) absoluto, quando a obrigação não for cumprida, nem poderá sê-la, e o credor não mais tiver possibilidade de receber aquilo a que o devedor se obrigou; e b) relativo, quando a obrigação ainda não foi cumprida no tempo, lugar e forma devida, porém poderá sê-la, com proveito, para o credor, hipótese em que se terá a mora.⁴²

A consequência para o inadimplemento, seja ele absoluto ou relativo, é a mesma, cabendo ao devedor inadimplente responder por perdas e danos, a fim de reparar o prejuízo sofrido pelo credor lesado pelo descumprimento do contrato.

Segundo Maria Helena Diniz:

... a responsabilidade do infrator, havendo liame obrigacional decorrente de contrato ou de declaração unilateral de vontade, será contratual, fundando-se na ocorrência da culpa em sentido estrito. Nosso Código Civil não trata diferencialmente o transgressor que agiu por dolo do que agiu por culpa, apenas excepcionalmente no art. 1.057, parágrafo primeiro, alínea 'a', distingue entre inadimplemento doloso e culposo para definir a responsabilidade do inadimplente.⁴³

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, deriva da existência de um fato lesivo à esfera jurídica de outrem, não pressupondo qualquer avença anterior entre ofensor e ofendido. Aplica-se, no caso, o artigo 159 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. É, assim, a responsabilidade oriunda do ilícito extracontratual, denominada também de “responsabilidade aquiliana”.

Sobre a responsabilidade aquiliana, preleciona Orlando Gomes:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de uma violação legal, ou seja, da lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, independentemente da existência de algum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.⁴⁴

Sílvio Rodrigues, discorrendo a respeito das duas espécies de responsabilidade, afirma que:

Ao menos aparentemente, existe uma responsabilidade contratual, diversa da responsabilidade extracontratual, também chamada ‘aquiliana’. Tal distinção, entretanto, é clara, uma vez que o art. 159 do Código Civil regula as conseqüências advindas da responsabilidade extranegocial, e o art. 1.056 prescreveu a responsabilidade contratual.

(...)

⁴² GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 12.

⁴³ *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁴ *Idem*, p. 338.

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.⁴⁵

Tal distinção, contudo, nem sempre é tão nítida, já que há casos em que se envolvem, ao mesmo tempo, aspectos de natureza contratual e extracontratual.

Oportuna, pois, a lição de Sílvio Rodrigues:

Muitos entendem que as duas responsabilidades são de igual natureza, não havendo por que discipliná-las separadamente. E, de fato, tanto na configuração da responsabilidade contratual, como na da aquiliana, vários pressupostos são comuns. Numa e noutra mister se faz a existência do dano, da culpa do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.⁴⁶

Por fim, traz-se a lume o escólio de José de Aguiar Dias:

... domina hoje na doutrina a convicção de que, com respeito à responsabilidade civil, as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade, são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, nexa de causa e efeito entre os primeiros elementos.”⁴⁷

E mais adiante, sustenta que “... a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade é una.”⁴⁸

1.5. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade subjetiva é aquela dependente do comportamento do sujeito, tendo por fundamento a ação ou omissão culposa do agente, vale dizer, não basta, para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexa causal, sendo

⁴⁵ *Idem*, p. 7.

⁴⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 124.

necessária também a comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, prescinde da culpa, cabendo à vítima apenas a prova do dano e o liame causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida. Os estudos sobre tal espécie de responsabilidade tomaram impulso na segunda metade do século XIX, a partir da constatação da insuficiência da disciplina da responsabilidade subjetiva, face o advento de determinadas atividades de risco, as quais deixavam as vítimas de lesões, em boa parte dos casos levados a juízo, sem a devida reparação.

O direito nacional filiou-se, como regra geral, à teoria da responsabilidade subjetiva, como se depreende do disposto no artigo 159 do Código Civil, acima transcrito, tendo a tese da responsabilidade objetiva, contudo, sido agasalhada em diversas leis esparsas, como a Lei de Acidentes do Trabalho, o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Estradas de Ferro, dentre outras.

Sobre o tema, importante é o escólio de Rui Stoco:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.⁴⁹

Contudo, faz-se mister ressaltar que a responsabilidade objetiva não é uma espécie diversa de responsabilidade civil. É, em verdade, uma das modalidades desta, podendo apresentar-se sob dois enfoques, conforme afirma Rui Stoco:

A teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas

⁴⁸ *Idem*, p. 125.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 62.

faces no Direito moderno, a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Na primeira face, apresenta-se a teoria do risco que pode ser explicada com a seguinte relação: quando alguém põe em funcionamento qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, ou a um erro de conduta, enfim, é assim, que a teoria do risco é configurada.⁵⁰

Por outro lado, também não é ocioso ressaltar que a teoria objetiva não se confunde com a presunção legal de culpa, embora esta tenha precedido aquela. O que ocorre, porém, é que os casos de presunção de culpa excluem os de responsabilidade objetiva. O que há, na verdade, é uma inversão do ônus da prova no que tange à culpa do agente, uma vez que, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, esta é uma incumbência da vítima, ao passo que, se for o caso de culpa presumida, será justamente o causador do dano quem deverá comprovar alguma excludente da culpa. Já na teoria objetiva, como já visto, não há que se questionar sobre a culpa.

1.6. MEIOS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme já visto supra, para que surja a obrigação de indenizar, há a necessidade de coexistência de determinados pressupostos, a saber, a ação ou omissão do agente, o dano e o nexo causal, sendo, os dois últimos, requisitos comuns à teoria da responsabilidade civil como um todo, independente de, no caso concreto, a regra aplicável ser de responsabilidade subjetiva ou objetiva. Já a ação ou omissão do agente pode, no caso de responsabilidade objetiva, ser suprimida como pressuposto da obrigação de indenizar.

Mas, assim como existem tais pressupostos ensejadores do dever de reparar o dano sofrido pela vítima, há outros que, se presentes no caso concreto, isentam o causador do dano de responsabilidade. Tais causas de exclusão de responsabilidade podem ser enumeradas da seguinte forma, inobstante a doutrina sobre a matéria não ser uníssona em sua classificação: a) caso fortuito ou força maior; b) fato de

⁵⁰ *Idem*, p. 60.

terceiro; c) culpa exclusiva da vítima; d) estado de necessidade; e) legítima defesa real; e f) exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal.⁵¹

Passar-se-á, destarte, à análise de cada uma das causas de exclusão de responsabilidade civil acima elencadas, no intuito de melhor elucidar por que e quando elas incidem.

1.6.1. Caso fortuito ou força maior

No ordenamento jurídico pátrio, o caso fortuito e a força maior são tratados sem distinção. Com efeito, preceitua o artigo 1.058, parágrafo único, do Código Civil: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”. Porém, não é ocioso aos objetivos do trabalho em pauta distinguir as hipóteses de caso fortuito das de força maior, posto que, embora sejam as mesmas amiúde tratadas conjuntamente, acarretando, do ponto de vista prático, os mesmos efeitos, quais sejam, a liberação da responsabilidade de indenizar, do ponto de vista doutrinário as mesmas não se confundem, haja vista emanarem de diferentes fontes.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “o caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto.”⁵²

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, fortuito é o acontecimento imprevisível e, por tal motivo, irresistível. A força maior, por sua vez, consubstancia-se no acontecimento que, embora previsível, é impossível de ser resistido.⁵³

Ressalva, contudo, o autor, que a distinção entre caso fortuito e força maior ocorre tão-somente na doutrina, posto que, como salientado supra, além de haver o Código Civil disciplinado ambos igualmente, o efeito das excludentes de

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 520.

⁵² *Op. cit.*, p. 522.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 303.

responsabilidade em comento é o mesmo.⁵⁴ Mais adiante, tal autor, em oposição à opinião de Carlos Roberto Gonçalves (acima transcrita), equipara o caso fortuito ao acontecimento natural, derivado de força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o temporal, e a força maior às hipóteses onde há um elemento humano, ou a ação de autoridades, ou, ainda, a revolução, o furto ou o roubo.⁵⁵

Pode-se perceber que, em relação às excludentes de responsabilidade em estudo, o que existe é, na maioria das vezes, apenas uma divergência semântica, podendo ser esta inerente aos requisitos que caracterizam tais situações ou, de outra banda, na extensão adotada por uma ou outra categoria, transformando qualquer intempérie numa situação de força maior.

De relevo a seguinte assertiva de Carlos Roberto Gonçalves:

O caso fortuito e a força maior, equiparados no art. 1.058 e parágrafo único do Código Civil, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima. Assim, por exemplo, se uma fâsca elétrica, um raio, descobrir ou romper os fios de alta-tensão e inutilizar os isolantes, não será a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado. A menos que, informada do evento, não tome urgentes providências para sanar o problema.⁵⁶

Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca, regra geral os conceitos de caso fortuito e força maior caracterizam-se pela imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento, formando, a partir daí, a denominada corrente objetiva, que foi seguida pelo Código Civil brasileiro. O mesmo autor alerta, todavia, para a existência de uma outra corrente, denominada corrente subjetiva, a qual refuta o conceito clássico que entende que o caso fortuito se equipara inteiramente à ausência da culpa⁵⁷, entedimento este aceito por diversos juristas pátrios.

Com efeito, sobre o tema, o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves:

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 523.

⁵⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal Comércio Rodrigues & Cia., 1932, p. 92.

Na lição da doutrina, exige-se, pois, para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida que um exclui o outro. Como dizem os franceses, culpa e fortuito ‘ces sont des choses que hurlent de se trouver ensemble’; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance humano.⁵⁸

Maria Helena Diniz, por sua vez, preleciona que “deveras, o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento.”⁵⁹

Já Rui Stoco, postula que “assim, um fato poderá, ou não, ser classificado como de força maior e isentará, ou não, de responsabilidade, conforme se possa caracterizar, ou não, por força do critério misto, quer dizer, pelo pressuposto da inevitabilidade e da ausência de culpa do agente.”⁶⁰

O professor Fernando Noronha aponta que, face a ausência de culpa no caso fortuito ou de força maior, faz-se necessário atentar para a distinção entre a exclusão de culpabilidade e a exclusão de causalidade, haja vista que “a existência ou ausência de culpa, que diz respeito a um requisito da responsabilidade civil (o nexó de imputação) com a ocorrência ou não de caso fortuito ou de força maior, que diz respeito a outro requisito (o nexó de causalidade), sendo este que põe termo à obrigação de indenizar.”⁶¹

Caio Mário enumera os requisitos dessas excludentes, a saber: “1) Necessidade, pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao ato danoso. 2) Inevitabilidade: para que se exima o agente, é mister que o evento não possa ser impellido nos seus efeitos.”⁶²

É a imprevisibilidade incluída como requisito por alguns autores, como

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 505.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 79.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 57.

⁶¹ NORONHA, Fernando. *Dano e nexó de causalidade*. Capítulo 8, p. 203.

⁶² *Op. cit.*, p. 304.

José de Aguiar Dias, para quem tal requisito deve reportar-se ao curso normal dos acontecimentos, não se podendo conceber, porém, a imprevisibilidade absoluta, caso em que a ocorrência do caso fortuito dificilmente se poderia determinar, sendo passível de cogitação, por outro lado, a análise da imprevisibilidade que resulta da improbabilidade.⁶³ Caio Mário, contudo, refulta a inclusão de tal requisito.⁶⁴

De tudo o que foi acima exposto, denota-se que a isenção de responsabilidade pelos danos causados por caso fortuito e força maior tem por esteio o fato que, se a obrigação de ressarcimento dá-se em decorrência de acontecimento que escapa ao poder do agente, haja vista sua gênese em um fator estranho, a consequência lógica é o afastamento da obrigação de compor perdas e danos.

O conceito e a caracterização de caso fortuito ou força maior devem ser depreendidos, contudo, da análise do contexto em que se deu o evento, não se podendo estabelecer uma gama de casos que sempre sejam assim reputados. Nesse sentido, a lição de Arnaldo Medeiros Fonseca:

Ao contrário do que se tem por vezes afirmado, não há acontecimentos que possam, 'a priori', ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de facto em que se verifique o evento. O que hoje é caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da 'sciencia' ou da maior previdência humana. Um mesmo acontecimento, diversamente do que sustentou Exner, poderá constituir ou não caso fortuito, conforme a hypothese a que se applique, variando as condições objectivas do caso (...) Para nós, equivocam-se aquelles que pretendem existir uma categoria de acontecimentos por si mesmos constitutivos de força maior. A concepção que aceitamos recusa-se a admitir esse critério apriorístico, exigindo, em cada caso, o exame dos factos.⁶⁵

1.6.2. *Fato de terceiro*

Regra geral, a obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima deve ser

⁶³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 691.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 305.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 98-99.

suportada pelo seu causador direto. Ocorre, porém, que, no mundo dos fatos, nem sempre o causador direto do dano é o responsável pela superveniência do evento funesto, como se dá, por exemplo, no caso do motorista que atropela alguém que é empurrado da calçada para a via de circulação de veículos. Destarte, o fato de terceiro consubstancia-se na idéia de que, embora exista a atitude do agente e o dano, há também a intervenção do terceiro, a qual exclui o nexo causal, posto que, sem ela, o fato danoso não adviria.

Conceituando terceiro, afirma José de Aguiar Dias que aquele é “qualquer pessoa além da vítima e do responsável.”⁶⁶ Assim sendo, havendo na hipótese a intervenção de outra pessoa que não a vítima ou o causador direto do dano, e não sendo este responsável pela pessoa ou a atividade do terceiro interventor, ocorre a excludente de responsabilidade em apreço. Por outro lado, havendo as hipóteses de culpa in vigilando ou culpa in eligendo (item 1.3.1) não se pode falar em fato de terceiro como causa de exoneração da obrigação de indenizar, persistindo, destarte, o dever de reparar o dano.

Entende a doutrina que, para que o fato de terceiro funcione como eximidora do dever de indenizar, deve apresentar os mesmos requisitos do caso fortuito e da força maior, a saber, a imprevisibilidade e a inevitabilidade.

Nesse sentido, posiciona-se Carlos Roberto Gonçalves:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.⁶⁷

José de Aguiar Dias faz importante incursão sobre os requisitos do fato de terceiro como excludente de responsabilidade, quando afirma:

O fato de terceiro precisa, antes de mais nada, ser caracterizado. Isto se faz mediante a exigência destes

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 680.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 509.

pressupostos: a) causalidade: escusado dizer que, se não é causa do dano, nenhuma influência pode o fato de terceiro exercer no problema da responsabilidade; b) inimputabilidade: com efeito, se o fato danoso pode ser imputado ao devedor, fica fora de questão apurar em que medida terá influído, no resultado, o fato de terceiro, porque não foi este, mas aquele, o produtor do dano; c) qualidade: terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável. Ressalvem-se as pessoas por quem o agente responde, tanto no regime delitual (filhos, tutelados, prepostos, aprendizes, etc.) como no campo contratual (encarregados da execução de um contrato em geral), porque essas não são terceiros no sentido de estranhos à relação que aqui nos interessa; quando não muito, algumas de tais pessoas podem ser consideradas terceiros para efeito de direito de regresso, mas esta matéria não influi nas relações entre a vítima e o responsável; d) identidade: o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação. Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para melhor caracterização do fato que lhe atribui.⁶⁸

Assim, conclui-se que o fato de terceiro caracteriza-se como causa de escusa do dever de reparar o dano sofrido pela vítima quando, para o advento deste, não sobrevier o menor resquício de culpa por parte do agente ou daquele que sofrer o prejuízo imposto pelo fato danoso, sendo, destarte, imprevisível e inevitável para ambas as partes e podendo, por outro lado, ser imputada ao terceiro interveniente a responsabilidade pelo evento funesto.

1.6.3. Culpa exclusiva da vítima

Também a causa excludente de responsabilidade denominada culpa exclusiva da vítima acarreta na inexistência do nexos causal entre o ato danoso e o prejuízo a que o lesado fica submetido.

A forma de escusa em apreço ocorre quando o causador do dano é apenas um instrumento para o advento daquele, haja vista a causa do acidente ter por fundamento o comportamento da própria vítima, a qual, em virtude de sua imprudência, negligência ou imperícia (se o seu ato for culposos), ou em consequência de seu desejo de ocasionar o sinistro (se dolosa for sua conduta),

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 680-681.

acarreta, contra si própria, o dano que então experimentará.

Ressalte-se, todavia, que a culpa da vítima só exime de responsabilidade quando o evento danoso for ocasionado unicamente por ela, não se podendo cogitar da excludente de responsabilidade em comento quando houver concorrência de culpa, caso em que, tanto o autor do fato quanto a vítima têm a obrigação de indenizar, levando-se em consideração, sempre, a contribuição da conduta de cada um para a superveniência do acontecimento danoso.

1.6.4. Estado de necessidade

O estado de necessidade constitui-se naquela situação em que, quem pratica o ato danoso, assim o faz para salvar direito seu ou de outrem de perigo atual não provocado por si, sendo que a salvaguarda de tal direito não poderia de outro modo ser evitada, além de não se poder exigir, no caso, o sacrifício do mesmo em prol do bem jurídico da vítima.

Sobre o estado de necessidade, o Código Civil dispõe que:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II - a deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo eminente (arts. 1.519 e 1.520).

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Os artigos 1.519 e 1.520, ambos do mesmo diploma legal, ao qual o artigo 160, II, faz remissão expressa, por sua vez, preceituam que:

Art. 1.519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu.

Art. 1.520. Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa.

Assim, em um primeiro momento a lei declara que o ato praticado em estado de necessidade não é ilícito. Depois, porém, estatui que nem por isso fica o autor do fato isento de ter que reparar o dano. Destarte, em um primeira análise

pode parecer que os dispositivos em comento contém uma contradição. Ocorre, contudo, que o que a lei prevê é uma hipótese de responsabilidade objetiva, segundo a qual, mesmo sendo lícito o comportamento do agente, nem por isso fica afastada sua obrigação de indenizar, posto que, se não se pode atribuir a ele o perigo que ensejou o dano, o mesmo ocorre com relação à vítima, que com mais razão não deverá suportá-lo.

Nesse diapasão, o magistério de Alvino Lima:

O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, podem dar origem à responsabilidade civil, inobstante serem atos lícitos, pois são casos de responsabilidade objetiva, e portanto não fulcrada na ilicitude como no caso da responsabilidade subjetiva. Desta forma, mesmo sendo lícitos, em determinadas hipóteses, os danos deles provenientes devem ser reparados.⁶⁹

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

Wilson de Melo da Silva questiona se o tratamento dado pelo Código Civil ao estado de necessidade é realmente justo, e embasa seu entendimento no argumento de que disciplina do instituto, como hoje está, pode desencorajar as pessoas a defenderem os direitos seus ou de outrem na iminência de algum perigo. Afirma o autor que:

Ora, se razoável não é que a vítima inocente de um dano que se levou a efeito com a finalidade de se afastar um perigo iminente, que viesse a prejudicar terceiros, fique desamparada, razoável não é, também, que o autor do dano que a tal situação chegou por uma dura contingência e não por vontade própria, venha a arcar com a totalidade dos prejuízos que seu ato teria determinado com a destruição ou com a deterioração da coisa alheia, no intuito de afastar um dano iminente que talvez o prejudicasse. A solução equilibrada, portanto, só poderia ser a da indenização por uma responsabilidade limitada, indenização possível apenas por arbitramento do juiz, 'ex bono et aequo', e não a da indenização ampla e comum.⁷⁰

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 232.

⁷⁰ SILVA, Wilson de Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3ª ed., Saraiva, p. 140.

Conclui-se, portanto, que o estado de necessidade não exime o agente de responsabilidade, gerando para ele apenas o direito à ação regressiva contra o causador do perigo, já que, em oposição ao fato de terceiro, não há no caso o desaparecimento do liame causal, uma vez o terceiro apenas provocou o perigo, sendo o dano efetivamente ocasionado pelo defensor do direito próprio ou alheio.

1.6.5. Legítima defesa real

O artigo 160, I, do Código Civil, preceitua que não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa. Contudo, ao contrário do que ocorre com o estado de necessidade, a legítima defesa real é uma efetiva excludente de responsabilidade, consoante se depreende do artigo 1.540 do mesmo diploma legal.

Utiliza-se no Direito Civil, para conceituar a legítima defesa, da definição trazida pelo artigo 25 do Código Penal, que dispõe que assim age “... quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Assim sendo, ocorre a excludente em comento somente quando presentes os seguintes pressupostos: a) a ameaça ou agressão partir de outrem, não sendo provocada pelo causador do dano; b) quando a agressão for atual ou iminente; e c) quando a reação for proporcional à agressão.

Há que se ressaltar que, 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, também denominado pelos penalistas de *aberratio ictus*, previsto no artigo 73 do Código Penal, ou a legítima defesa putativa, onde a reação é suposta, já que não há agressão ou ameaça concretas. Em tais casos, a obrigação de indenizar persiste, haja vista os mesmos excluïrem tão-somente a culpabilidade penal, mas não a antijuridicidade do ato.

1.6.6. Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal

Têm por esteio, tais excludentes de responsabilidade, a idéia de que, quem

usa seu direito, não causa ofensa a outrem. Ocorre que, para a configuração de tais escusas, deve a conduta do agente ter em mira a moderação, que se infere das expressões *regular* e *estrito*. Assim sendo, havendo excessos no exercício do direito ou no cumprimento do dever legal, o ato realizado será ilícito, surgindo o dever de indenizar. Do mesmo modo, a conduta deverá ser dirigida sobre pessoa ou coisa determinada, uma vez que, se for atingida a esfera jurídica de terceiro, não há a excludente em apreço, persistindo a obrigação de reparar a ofensa.

Como exemplos do exercício regular de um direito, tem-se a defesa em esbulho possessório recente, o penhor forçado (previstos, respectivamente, nos artigos 502 e 779 do Código Civil), a prisão em flagrante por particular, as intervenções médicas, a prática de esportes violentos, dentre outros.

Quanto ao estrito cumprimento de um dever legal, podem ser citados como exemplos a prisão em flagrante realizada pela autoridade policial, o despejo realizado por oficial de justiça em cumprimento de mandado judicial, a direção acima do limite de velocidade do condutor de ambulância que conduz paciente gravemente enfermo, etc.

CAPÍTULO II

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Nas sociedades primitivas, não se concebia a atividade médica propriamente dita, havendo apenas pessoas dedicadas ao curandeirismo, tendo por base não o conhecimento científico, que se chega através dos estudos de determinados fenômenos, mas sim o conhecimento empírico, consistindo a arte da cura na utilização de poções geralmente extraídas de ervas, bem como em tratamentos com remédios naturais testados nos próprios doentes.

Se a enfermidade do paciente não fosse realmente afastada, eram impostas sanções ao curandeiro, que não soube manejar suas poções e ervas milagrosas.

Sobre o tema, afirma Kfoury Neto:

Em sua fase mais antiga, o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Tal crença era derivada da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagia àqueles processos de cura. E, quanto mais a medicina se transformava em ciência, tanto maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros profissionais, não apenas vinculando-os, como na fase antecedente, ao singelo fato objetivo do insucesso.⁷¹

O Código de Hamurabi foi a primeira lei prevendo sanções ao médico em virtude de morte ou lesões causadas ao paciente. Assim, ocorrendo tais danos ao enfermo sob seus cuidados, a pena prevista era a amputação da mão, ou, se o paciente fosse um escravo ou animal, o ressarcimento do dano.⁷²

⁷¹ *Op. cit.*, p. 28.

⁷² *Idem*, p. 29.

Sobre o assunto, afirmam Delton Croce e Delton Croce Júnior:

(...) dada a importância desempenhada pela Medicina, em todos os demais tempos históricos, no conjunto das atividades sociais, foram elaboradas, nas legislações dos povos antigos, normas referendando questões ligadas ao comportamento profissional dos médicos. Assim é que a pedra de Hamurábi, rei da Babilônia, que está no museu de Louvre, achada por De Morgan e decifrada por Scheil, cujo art. 218 adotava a pena de Talião (quem um olho furou, que lhe seja furado um olho - § 196; quem fez perder dentes, dentes lhe sejam arrancados - § 200), da qual se encontram traços da Lei das Doze Tábuas, reconhecida como antiquíssima pois data de 2392 a.C., também por seus arts. 219 e 226 cominava penas severas (amputação da mão e outras que tais) aos cirurgiões se, conseqüente à intervenção cirúrgica, o paciente, livre, sucumbisse ou viesse a perder a visão. Fosse o morto escravo, ao médico se obrigava apenas pagar o seu preço.⁷³

Em tal época, a responsabilidade do médico era objetiva, posto que, vindo o paciente a falecer ou surgindo alguma espécie de lesão logo após intervenção médica, imputava-se a ele a respectiva pena sem se cogitar acerca da existência de culpa.

Em muitas civilizações, eram os médicos tidos como pessoas superiores, gozando de privilégios não concedidos aos demais cidadãos. Cite-se como exemplo a civilização do antigo Egito, onde os médicos eram confundidos com sacerdotes, sendo isentos de tributos e recebendo subsídios dos cofres públicos. Em tal civilização, a atividade médica era dividida em especialidades, não vigorando a responsabilidade objetiva, devendo o profissional seguir as regras e técnicas previstas em livros específicos para não vir a ser punido, mesmo que, no caso, ocorresse a morte do paciente. Ressalte-se que, se tais regras não fossem observadas e o paciente viesse a falecer ou sofresse qualquer espécie de lesão, a pena imposta ao médico era a de morte, o que, sem dúvida, impedia em muito os avanços da medicina, haja vista que, se percebesse o médico que as técnicas usuais não poderiam salvar o paciente, dificilmente procuraria ele outro modo de salvar o enfermo, já que estaria colocando sua vida em risco.⁷⁴

⁷³ CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o Direito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 4.

⁷⁴ CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Op. cit.*, p. 5.

Influenciados pela filosofia, os gregos construíram uma ciência médica, esta verdadeiramente embasada em elementos racionais, e não somente empíricos. O juramento de Hipócrates, o qual contém os princípios da ética médica, é a eles atribuído. A idéia de que a culpa do médico não deve ser presumida, quando não obtida a cura, mas analisada concretamente, também deve-se aos gregos, entendendo os mesmos que a responsabilidade do médico deveria ser apreciada por perito e colegiado de médicos.

Na época da dominação romana, foi a medicina considerada uma atividade de menor importância, praticada por estrangeiros que sequer eram considerados cidadãos, o que se deve em parte ao fato de que um considerável número de pessoas inabilitadas estavam a exercê-la em tal período. Destarte, penas severas eram impostas aos médicos que não trouxessem ao enfermo a cura esperada, tais como a crucificação (que era a mais grave), trabalhos forçados, chibatadas, etc.

Após o surgimento das universidades, a profissão de médico somente poderia ser exercida por quem tivesse habilitação profissional para tanto, a qual era adquirida no meio acadêmico. Assim, foi a medicina perdendo seu caráter empírico, transformando-se em ciência.

Em Roma, foi a Lei Aquilia que estabeleceu os delitos que os médicos poderiam cometer, imputando-lhes, ainda, penas severas, como, *v. g.*, o exílio ou deportação em caso de negligência ou imperícia. Croce e Croce Júnior afirmam, sobre o tema, que:

A Lei Aquilia, embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, ao se referir ao *damnum injuria data* estabeleceu, enfim, as bases para as legislações modernas sobre a responsabilidade dos médicos, ao obrigá-los a pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos, e ao abolir a pena de morte, preconizando, em seu lugar, o exílio ou a deportação (*interdictio aquae et igni*) ao profissional culpado de negligência ou imperícia no exercício da arte de curar. É de supor-se, entretanto, a despeito ter o legislador romano cuidado apropriadamente dessas modalidades de sanção, que havia notado exagero na tolerância dos tribunais para com as faltas médicas - quiçá pelas dificuldades, já naquela época, das tipificações legais -, como se infere do comentário sarcástico, contumelioso, atribuído a Plínio de que 'apenas aos médicos era permitido cometer assassinatos impunemente ...', tal como hoje na linguagem popular: 'Os erros dos

médicos são cobertos pela terra, assim como o cimento esconde o dos engenheiros'.⁷⁵

Também em Roma era a medicina praticada por curandeiros e sacerdotes, tal qual se dava na era primitiva da humanidade, sendo a atividade imbuída de crendices e superstições que tornavam sua credibilidade duvidosa. Na passagem da República para o Império foram organizados cursos profissionalizantes, alterando assim o panorama então existente, surgindo, inclusive, médicos especialistas em determinadas áreas.⁷⁶

Na França, por sua vez, onde a teoria da responsabilidade civil foi tratada de forma mais aprofundada, a Academia de Medicina de Paris, no século passado, proferiu decisão no sentido de haver apenas responsabilidade moral dos profissionais médicos, atribuindo-lhes, assim, uma imunidade muito ampla, posto que só seriam responsabilizados se cometessem um erro grave. Tal decisão gerou a chamada *doutrina da irresponsabilidade*, a qual surgiu como uma espécie de reação à admissão da responsabilidade civil dos médicos, como também de outros profissionais, norteadas pelo receio de que essa normatização pudesse ocasionar a paralização do desenvolvimento da ciência médica, haja vista que, mesmo com a observância das técnicas corretas a determinado caso, haveria sempre o risco de ocorrer situações agravantes que fugiriam ao seu controle. Afirmavam que os juízes não estariam aptos a julgar matérias que envolvessem medicina. Também a análise dos peritos médicos deveria ser acolhida de forma plena, já que apenas eles possuíam o conhecimento específico da área médica. As pretensões a ressarcimentos materiais eram consideradas como que enriquecimento sem causa.⁷⁷

Resumindo, defendia-se a irresponsabilidade médica com base nos seguintes argumentos: a) o diploma de medicina dava ao médico presunção de idoneidade; b) se os médicos se sentissem ameaçados por terem que responder a possíveis ações judiciais sempre que optassem por um tratamento mais arriscado, o desenvolvimento da medicina estaria comprometido; c) os juízes não possuem aptidão para julgar as chamadas *faltas técnicas* dos médicos; e d) a medicina não é

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 5.

⁷⁶ NETO, Kfourri. *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁷ PANASCO, Wanberdy Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 31.

uma ciência exata e, portanto, não pode ser normatizada.

Wanberdy Lacerda Panasco, sobre tal doutrina, afirma que:

Todos reconhecem, de forma velada ou enfática, a necessidade de uma fiscalização aos atos profissionais, num lugar comum, o pensamento dos estudiosos diante das demais profissões. Conseqüentemente, não seria a medicina a única beneficiária de privilégios. Ao contrário, se o material que ela manipula é de alta estimativa social, a saúde e a vida humana, não se aceitaria o manuseio de tais elementos, com justificativas de não se incriminar e reparar os danos a eles infligidos.⁷⁸

Genival Veloso de França, por sua vez, contrapõe-se à mesma, sustentando que:

Esses argumentos são carentes de fundamentos pela simples razão de o médico ter um diploma, não se exime de seu estado de falibilidade. Por outro lado, a lei não entrava o progresso de nenhuma ciência: ao contrário, ela a ampara e protege. O que realmente compromete o progresso da medicina é a irresponsabilidade médica. Os tribunais, não são leigos nem incompetentes, pois quando os juizes avaliam as faltas dos médicos, manifestam-se depois de ouvirem os próprios médicos - os peritos, que são, na verdade, os olhos da lei. Finalmente, embora não haja na medicina a exatidão fria da matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem os erros evitáveis.⁷⁹

Assim, passou-se a conceber a tese da responsabilidade plena quando verificada a culpa do médico, partindo-se do princípio de que não se pode privilegiar uma classe profissional em detrimento de outras na consideração da responsabilidade pelos atos cometidos no seu exercício. Se necessária a averiguação da culpa para determinadas profissões, bem como para qualquer pessoa, também o deve ser em relação à atividade médica.⁸⁰

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 31.

⁷⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Fundo Editorial Byk Prociense, p. 83.

⁸⁰ NETO, Miguel Kfoury. *Op. cit.*, p. 36-39.

2.2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Conforme já visto no capítulo anterior, regra geral todo aquele que causar um dano a outrem deve repará-lo. Com os médicos não é diferente, devendo eles ressarcirem seus pacientes quando, no exercício de sua atividade, vierem a ocasionar danos aos mesmos.

No direito nacional, a regra supramencionada está expressa no artigo 1.545 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Segundo Genival Veloso de França, a responsabilidade médica pode ser definida como “a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão, faltas essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal.”⁸¹

Admitida, assim, a obrigação do médico de indenizar quando, no exercício de seu mister ocasionar ao seu paciente algum dano, passar-se-á a analisar os pormenores que emprestam à responsabilidade do facultativo feição peculiar.

2.2.1. Obrigações de meio e obrigações de resultado

Como já visto supra (item 1.4. do Capítulo I), todas as pessoas, antes de estabelecerem um pacto, têm, regra geral, a liberdade de aceitá-lo ou não, de acordo com as suas conveniências, podendo escolher com quem e quando pactuar, bem como estipular o conteúdo da avença, acertando as cláusulas contratuais da forma que melhor lhes convier, salvo casos especiais, ressalvados naquele tópico, como nos casos de contratos de adesão, e respeitando, outrossim, os preceitos de ordem pública.

Assim, no que tange à obrigação assumida, podem as partes estipular que o pacto dar-se-á por cumprido bastando tão-somente que um dos contratantes, que

⁸¹ *Op. cit.*, p. 82.

tenha por incumbência um fazer, realize-o do modo estipulado, não sendo necessário que se obtenha deste ato um resultado preestabelecido. Esse fazer configura-se em uma obrigação de meio, segundo a qual o pactuante que a assume deve empenhar-se para obter o fim colimado no contrato, sem, contudo, dá-lo por certo.

Sobre tal espécie de obrigação, leciona Yussef Said Cahali:

Obrigação de meios é aquela na qual o que se exige do devedor pura e simplesmente é o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Dessa forma a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios possíveis para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.⁸²

No mesmo sentido, afirma Kfouri Neto:

Há obrigação de meios (...) quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.⁸³

A obrigação de resultado, por sua vez, é inerente às avenças onde o devedor só se livra de sua incumbência se o fim estabelecido no pacto for alcançado, tendo que suportar as conseqüências em ocorrendo o contrário.

Segundo Yussef Sahaid Cahali, a “obrigação de resultado é aquela em que o devedor obriga-se a chegar a determinado fim, sem o qual não terá cumprido os seus deveres, caso em que estará obrigado a responder pelas conseqüências.”⁸⁴

Resumindo o exposto acerca das obrigações de meios e de resultado, Teresa Ancona Lopez de Magalhães expõe que “(...) na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado

⁸² *Op. cit.*, p. 40.

⁸³ *Op. cit.*, p. 150.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 40.

dessa atividade.⁸⁵

No contrato estabelecido entre o médico e o paciente, a obrigação assumida pelo primeiro geralmente é de meio. Com efeito, o objeto do contrato firmado entre médico e paciente, em regra, não é a cura, mas a prestação de cuidados conscienciosos e atentos prestados pelo primeiro, não assumindo o mesmo o dever de obter a cura do segundo, nem a garantia de reabilitar sua saúde.

Há que se ressaltar que, em determinadas especialidades, a obrigação assumida pelo facultativo é de resultado, cumprindo o mesmo o contrato apenas se o fim preestabelecido for realmente alcançado. Dentre tais especialistas, podem ser citados os cirurgiões plásticos, os anestesiológicos, etc.

A consequência prática da distinção entre as obrigações de meios e de resultado encontra-se não somente no que tange ao próprio conteúdo do contrato, mas também no que concerne ao ônus da prova quando o paciente sofrer algum dano em virtude da ação ou omissão médica.

Assim, sendo a obrigação de meios, cabe ao paciente provar que o médico agiu sem a diligência dele esperada. Por outro lado, se a obrigação for de resultado, incumbe ao facultativo provar a existência de alguma causa excludente de responsabilidade, uma que, em tais casos, há contra o médico uma presunção de culpa.

2.2.2. Natureza contratual da responsabilidade do médico

Inicialmente, entendia-se que a responsabilidade do médico era aquiliana, o que dava aos profissionais em comento a mais ampla liberdade de atuação, devendo reparar eventuais danos tão-somente em alguns casos de erro profissional.

Posteriormente, passou-se a admitir, de forma quase pacífica, que a responsabilidade do médico tem natureza contratual, haja vista o pacto estabelecido entre o facultativo e o paciente.

No direito brasileiro, não obstante estar a responsabilidade médica inserida no Código Civil no capítulo inerente à liquidação das obrigações resultantes de

⁸⁵ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 32.

atos ilícitos, predomina a tese da responsabilidade contratual do médico, exigindo a jurisprudência nacional, na maioria dos casos, que seja caracterizada a culpa em alguma das suas modalidades, para que surja, por parte do esculápio⁸⁶, a obrigação de indenizar. Nesse sentido, leia-se a seguinte ementa:

Médico - Responsabilidade civil - Quando ocorre - Ação improcedente. A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares (TJRJ, Rel. Des. Felisberto Ribeiro. RT 558/178).

Traz-se a lume, assim, o entendimento de alguns doutrinadores pátrios, os quais corroboram a assertiva supramencionada de que a responsabilidade médica é contratual.

Sobre o tema, Yussef Said Cahali leciona que "a discussão a respeito do enquadramento da responsabilidade médica dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico..."⁸⁷

No mesmo sentido, afirma Sílvio Rodrigues:

A responsabilidade de tais profissionais é contratual, e hoje tal concepção parece estreme de dúvida. Entretanto, no passado, a idéia contrária era a prevalecente, sendo certo que o fato de se colocar a responsabilidade dos médicos e cirurgiões na órbita contratual representou, de um certo modo, uma conquista do progresso científico.⁸⁸

José de Aguiar Dias, por sua vez, preleciona que:

Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações,

⁸⁶ Deus da medicina na mitologia grega que, em sentido figurado, significa médico. Conferir, LUFT, Celso Pedro. *Pequeno dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Scipione, 1987, p. 227.

⁸⁷ CAHALI, Yussef Said (coordenador). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 312.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 270.

contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venal.⁸⁹

Cabe frisar que a responsabilidade médica terá natureza delitual, porém, quando o facultativo⁹⁰ cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão.

Assim, afirma Yussef Said Cahali que o médico responderá extracontratualmente nos seguintes casos:

a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, ou que venha a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente.⁹¹

Admitida a natureza contratual da responsabilidade médica, torna-se importante precisar o momento a partir do qual tal pacto dá-se por estabelecido. Maria Helena Diniz entende que “o médico que atende um chamado determina desde logo o nascimento de um contrato com o doente ou com uma pessoa que o chamou em benefício do enfermo.”⁹²

Uma vez firmado o contrato, existem para o médico algumas obrigações implícitas, a saber: dever de informação ao paciente; dever de cuidados; e abstenção de abuso ou desvio de poder.

O dever de informação ao paciente divide-se em: dever geral de informação, inerente a todo contrato, como o preço do serviço, os recursos de que dispõe o facultativo para o tratamento do paciente, entre outros; dever de aconselhamento, o qual consiste no fornecimento de informações ao paciente acerca do tratamento e suas conseqüências, devendo o médico esclarecer sobre

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 253.

⁹⁰ Médico, clínico. Conferir, LUFT, Celso Pedro. *Op. cit.*, p. 252.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 178.

⁹² DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2, p. 457.

eventuais riscos oriundas da intervenção médica, bem como sobre o seu próprio estado de saúde. José de Aguiar Dias ressalva que “... quando mais perigosa a intervenção, tanto mais necessária a advertência do profissional, que responderá na medida em que calar ou atenuar os riscos do procedimento operatório ou do tratamento.”⁹³

Cumprido destacar, contudo, que se o estado psíquico do paciente não recomendar que lhe sejam dadas tais informações, devem as mesmas ser transmitidas aos seus familiares. Tal observação aplica-se, outrossim, no que tange à permissão ou não do paciente ao médico para que seja iniciado o tratamento.

Quanto ao dever de cuidado, consubstancia-se o mesmo na obrigação que tem o profissional da área de dar ao paciente a mais ampla assistência, agindo com a maior atenção e diligência possíveis, atendendo aos chamados do doente e mantendo-se sempre informado sobre o real estado do mesmo.

O dever de cuidado consiste não só na obrigação de evitar que o paciente venha a sofrer algum dano ocasionado por fator externo, mas também na incumbência que tem o facultativo de impedir que o próprio doente venha a causar danos contra si.⁹⁴

O dever de abster-se de abusos ou desvio de poder, por sua vez, concerne à obrigação que tem o médico de tratar o paciente de modo prudente, evitando utilizar técnicas arriscadas, as quais a medicina atual pouco conhece, bem como no fato de que o médico não pode, valendo-se muitas vezes de sua superioridade técnica ou do estado psíquico do paciente, decidir sobre a oportunidade da intervenção, uma vez que esta, como já visto, cabe ao paciente ou, se este não puder decidir sobre o assunto, aos seus familiares.

2.2.3. Natureza subjetiva da responsabilidade médica

Conforme já visto no item 1.5. do Capítulo I, a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva, haja vista ser ela fundada na idéia de culpa ou na atividade de risco realizada pelo causador do dano.

⁹³ *Op. cit.*, p. 285.

⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 286.

No que tange à responsabilidade médica, entende a doutrina, em geral, que a mesma exige a presença de culpa na conduta do profissional, sem a qual não há que se falar em obrigação de indenizar.

Comentando o artigo 1.545 do Código Civil, a lição de Clóvis Beviláqua, no sentido de que é necessária a existência de culpa para que tenha o médico a obrigação de indenizar:

A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações.⁹⁵

Assim sendo, a responsabilidade médica, no direito nacional, tem natureza subjetiva, haja vista a necessidade de culpa para o surgimento da obrigação de indenizar. A apreciação da culpa em tal caso, porém, contém certas peculiaridades, devendo o julgador tentar reconstruir os fatos com os elementos a sua disposição, avultando, *in casu*, a necessidade de prova pericial, dada as especificidades técnicas que cercam a profissão médica. Há que se ressaltar, contudo, que existe o perigo de o perito agir com um certo *espírito de profissão*, o que faz com que tal prova seja apreciada pelo juiz com reservas, devendo sempre ser levada em conta a instrução do processo como um todo.

No que pertine à prova da culpa, há que se levar em conta o que foi visto no item 2.2.1. deste capítulo a respeito das obrigações de meios e de resultado. Com efeito, sendo no caso o médico for devedor de uma obrigação de meios, advindo à vítima algum dano decorrente da intervenção do facultativo, deve aquela provar que o médico agiu de maneira imprudente, negligente ou imperita. Por outro lado, sendo a obrigação do esculápio for de resultado, caberá à vítima apenas

⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984, vol. 4, p. 696.

provar o dano e o nexo de causalidade, devendo o médico, para se isentar do dever de ressarcir o dano, demonstrar a existência de alguma causa excludente de responsabilidade. Nesse sentido, Teresa Ancona Lopez de Magalhães aduz que:

(...) em resumo, o que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano para que se possa haver direito à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso saber se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meio, ou, ao contrário, de resultado, pois, neste último caso, haverá inversão do ônus da prova e a vítima ficará em posição mais cômoda.⁹⁶

A mesma autora ressalta, para a avaliação da culpa médica, a existência de alguns princípios, a saber: a) se o dano ocasionado ao paciente for originado por erro de diagnóstico, só haverá responsabilidade do médico se tal erro for grosseiro; b) o especialista será tratado de forma mais severa que o clínico geral; c) havendo risco de vida, mutilação ou seqüelas (como na radioterapia) em virtude da intervenção médica, faz-se imprescindível o consentimento do paciente; d) há que se atentar para a necessidade de eventual cirurgia; e) a mutilação em si não obriga o médico a indenizar o paciente, mormente se houver no caso o risco de um bem maior, como a vida do mesmo; f) o risco é inerente à atividade médica, o que deve ser sempre levado em consideração; e g) se a intervenção não tem finalidade terapêutica ou curativa, como nas cirurgias plásticas estéticas, havendo dano a responsabilidade deverá ser apreciada com maior rigor.⁹⁷

No que concerne à atividade médica, a culpa pode ser classificada em ordinária e profissional, ocorrendo a primeira, por exemplo, quando um cirurgião realiza uma operação em estado de embriaguez e, a segunda, quando há, *v. g.*, um erro de diagnóstico.⁹⁸ Na prática, porém, tal distinção não traz qualquer importância, uma vez que, advindo dano ao paciente e restando provada a culpa do médico, deverá este indenizar o lesado, seja a culpa ordinária ou profissional.

Por outro lado, a classificação da culpa, quanto aos seus graus (item 1.3.1. do Capítulo I), tem certo relevo na apreciação da responsabilidade médica, posto haver o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que, quanto mais grave a

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 310.

⁹⁷ *Idem*, p. 311-331.

⁹⁸ NETO, Kfourì. *Op. cit.*, p. 59.

culpa, com maior razão deverá o médico prestar a vítima a ampla reparação pelo prejuízo sofrido.

2.2.3.1. Responsabilidade médica e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), prevê, em seu artigo 14, a responsabilidade por danos causados a consumidores por serviços prestados de modo defeituoso. Tal dispositivo legal, que consagra a responsabilidade objetiva, traz, em seu *caput*, a seguinte redação: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Como já visto supra, a responsabilidade médica tem natureza subjetiva. Assim sendo, a primeira vista poderia parecer que há contradição entre o afirmado no item 2.2.3. do presente capítulo e o artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Tal idéia se reforçaria se se levasse em conta o previsto no §3º do mesmo artigo, segundo o qual: “§3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Vê-se que ambos os dispositivos citados consagram a responsabilidade objetiva ao prestador de serviços, o que deveria, *prima facie*, abranger também o médico e os demais profissionais liberais.

Contudo, afastando tal concepção, prevê o §4º, também do artigo 14 do citado diploma legal, que: “§4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Assim, o entendimento de que a responsabilidade civil médica tem natureza subjetiva permaneceu inalterado, existindo controvérsia tão-somente no que concerne à responsabilidade do estabelecimento hospitalar pelos danos causados a pacientes por médicos que mantêm com aquele vínculo trabalhista.

No sentido de que a responsabilidade da pessoa jurídica prescinde da

culpa, a opinião de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, em comentário ao dispositivo de lei supramencionado:

A exceção aplica-se, por conseguinte apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O Código é claro ao asseverar que só para a 'responsabilidade pessoal' dos profissionais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.⁹⁹

Contrapondo-se a tal posicionamento, entende Miguel Kfourri Neto que:

O dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não. Objetarão os estudiosos das relações de consumo que a conclusão contraria o sistema do Código, inteiramente voltado à responsabilidade objetiva. Dirão, mais, que em havendo culpa do médico, o hospital poderá voltar-se, por direito de regresso, contra seu empregado. Acrescentarão, por fim, que ao consumidor/vítima interessa pleitear o ressarcimento da pessoa jurídica, economicamente mais poderosa.

Contrapõem-se a tais objeções os seguintes argumentos: a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles.¹⁰⁰

Não se pretende, com tal exposição, trazer alguma solução ao embate, uma vez que a isso não se presta o presente trabalho. O que se objetiva com a inclusão do presente tópico é apenas alertar para a existência do problema existente acerca da responsabilidade do estabelecimento hospitalar por danos causados aos seus pacientes por seus empregados médicos, posto que, no que tange à responsabilidade pessoal do facultativo, não há que se questionar que a mesma é subjetiva.

⁹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et alii. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79-80.

¹⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 170.

2.2.4. Cláusula de não-indenizar e contrato médico

Nos últimos tempos, tem-se tornado comum a inclusão, nos contratos de prestação de serviços médicos, a inclusão da chamada cláusula de não-indenizar, ou cláusula de irresponsabilidade, as quais consistem na previsão, em sede contratual, de que a parte, em favor do qual se estipula a isenção, não será responsável por eventuais danos decorrentes de inexecução ou de execução inadequada do contrato. Assim sendo, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a cláusula de irresponsabilidade tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima.”¹⁰¹

José de Aguiar Dias, discorrendo sobre o tema, afirma que:

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as conseqüências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação.¹⁰²

No âmbito penal, tais cláusulas não têm nenhuma validade, haja vista que, segundo Kfoury Neto, “o *jus puniendi* do Estado é exercitado haja ou não interesse do particular.”¹⁰³

Na seara do Direito Civil, o mesmo autor levanta a seguinte indagação: “seria válido que médico e paciente estabelecessem pacto e que este, antes de iniciado o tratamento, renunciasse a exercitar qualquer ação civil de responsabilidade? A mesma indagação surgiria (...) quando se pretendesse apenas limitar o alcance de possível indenização.”¹⁰⁴

Segundo José de Aguiar Dias, o médico já goza, de certo modo, de uma “cláusula tácita de irresponsabilidade”, dentro da margem de erro tolerada pela imperfeição da ciência médica. Portanto, segundo o mesmo autor, até a medida

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 530.

¹⁰² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 702.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁴ *Idem*.

onde a cláusula de não-indenizar poderia ser estipulada, ela já existe, não podendo ser convencionada fora de tais limites, haja vista o necessário respeito ao ser humano.¹⁰⁵

Ainda segundo o autor, mesmo em caso de consentimento expresso do paciente em intervenção médica tida como perigosa, não há que se cogitar acerca da existência de uma cláusula de irresponsabilidade que proteja o facultativo, posto ter este o dever de se recusar a praticar atos profissionais que sua consciência científica desaconselhe, incorrendo em responsabilidade sempre que, contrariando as regras técnicas da atividade médica, anuir à vontade do cliente.¹⁰⁶

Há que se destacar que, hodiernamente, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), são consideradas abusivas e, portanto, nulas, nos termos de seu artigo 51, inciso I, as cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador de serviços por vício de qualquer natureza, incluídos dentre eles os acidentes de consumo e os chamados vícios redibitórios.

De relevo, por outro lado, ressaltar que a cláusula de não-indenizar, ao contrário das demais excludentes de responsabilidade, não afasta o dolo ou a culpa do causador do dano. Nesse sentido, Sílvio Rodrigues assevera que:

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, na hipótese a cláusula seria ineficaz em virtude do disposto no art. 115 do Código Civil, que veda as condições potestivas.¹⁰⁷

Respectivamente no tocante aos contratos firmados entre médicos e pacientes, tais cláusulas são consideradas inválidas, haja vista os preceitos de ordem pública que imperam sobre as disposições das partes contratantes, limitando a chamada autonomia da vontade. Com efeito, sendo dever do médico zelar pela saúde e integridade corporal de seus pacientes e tendo em vista que o direito à

¹⁰⁵ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 237.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 187.

incolumidade é irrenunciável, inclusive por seu titular, não há que cogitar acerca da validade de tais avenças, posto que contrárias àqueles preceitos.

2.2.5. *A Lex artis ad hoc*

Segundo Miguel Kfoury Neto, “a *Lex artis ad hoc* é o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina - arte ou Ciência Médica - visando a verificar se a atuação é compatível - ou não - com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor pelo resultado obtido.”¹⁰⁸

Em tal avaliação são levados em conta, principalmente, as características pessoais do facultativo, os recursos materiais a sua disposição, as peculiaridades relativas à especialidade, a complexidade e importância do ato para a preservação da vida e o estado geral do paciente.¹⁰⁹

A analogia é utilizada na aferição da conduta médica, confrontando-se a atuação do facultativo com a de outros profissionais da área em casos semelhantes.

A *Lex artis* é uma regra que rege todas as profissões, levando-se sempre em conta suas peculiaridades. Na medicina, contudo, inobstante seu caráter geral, é ela aplicada a cada ato médico de forma individualizada, ou seja, *ad hoc*. Os fatores supramencionados e seus efeitos variam conforme o caso. Assim, diversas são as avaliações no que tange ao atendimento a um moribundo, por exemplo, ou a um paciente com breve mal-estar; de uma cesariana feita por apenas um médico em um hospital da zona rural, ou por uma equipe médica em um grande centro urbano.¹¹⁰

Em cada caso, o juiz definirá a *Lex artis ad hoc* não somente pelas informações do perito e assistentes técnicos porventura indicados pelas partes, mas também consultando a literatura médica especializada, a qual descreve o

¹⁰⁸ *Idem*, p. 149.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*.

¹¹⁰ NETO, Miguel Kfoury. *Ob. cit.*, p. 149.

procedimento adequado para o caso sob exame, do qual adveio o dano.¹¹¹

2.2.6. Erro médico

Tema bastante controvertido, no qual envidam esforços para sua definição advogados, promotores, juízes e médicos, o erro médico apresenta-se aos operadores do direito não somente como uma realidade de difícil conceituação, mas também como um fato que, para ser provado, requer uma tarefa árdua.

No vernáculo, o vocábulo erro apresenta grande sinonímia, a saber: “1. Equívoco, engano. 2. Uso impróprio ou indevido. 3. Conceito errado ou juízo falso. 4. Culpa, falta.”¹¹²

A conduta médica ensejadora de responsabilidade pode consistir numa ação ou omissão culposas.

Para que se configure o erro médico, há que se que confrontar o ato realizado com as condutas recomendáveis pela literatura profissional, a fim de se constatar se houve ou não o perfeito enquadramento do primeiro às segundas. Segundo Miguel Kfoury Neto, “rotineiramente, utilizam-se três autores consagrados. Se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorreu dessa técnica, houve transgressão.”¹¹³

Para Aníbal Bruno, porém, o erro profissional “não é devido à falta de observação das regras e princípios que a ciência sugere, e sim devido à imperfeição da Medicina e à precariedade dos conhecimentos humanos”.¹¹⁴

Há que se considerar, outrossim, que o erro médico pode ser escusável¹¹⁵

¹¹¹ *Idem, ibidem.*

¹¹² *Melhoramentos minidicionário da língua portuguesa.* São Paulo: Editora Melhoramentos, 1992, p. 195.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 68.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 472.

¹¹⁵ Sobre a escusabilidade do erro, entende Orlando Gomes (*Introdução ao Direito Civil*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 417) que: “O erro deve ser *essencial e escusável* (...) um erro inescusável seria equivalente a má-fé. Grande parte da doutrina não considera a escusabilidade um requisito configurativo do erro, mas se procura justificá-la modernamente à proteção da confiança. A tutela da declarante deve ser restrita às hipóteses em que a falsa representação possa ser feita por uma

ou não, o que pode, respectivamente, isentar ou gerar responsabilidade ao facultativo.

Assim sendo, segundo Delton Croce, o erro escusável deve apresentar os seguintes elementos:

1. Que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imprudência, imperícia;
2. Que a má resultância seja conseqüente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico;
3. Que no estabelecimento desse diagnóstico tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudadamente empregados;
4. Que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado;
5. Que o evoluir do caso tenha-se processado dentro das expectativas.¹¹⁶

Há um corrente doutrinária, liderada por Klotz, que entende que os erros médicos têm uma função de estímulo à pesquisa, as quais visam evitar que os mesmos se repitam no futuro, impedindo, assim, o que ele chama de *analgesia da rotina*, mal que afeta a todos os profissionais, e não somente os médicos. Destarte, os erros levariam os profissionais a questionar as técnicas então existentes, muitas vezes solidificadas pelo costume inobstante não serem benéficas, levando então ao aperfeiçoamento da ciência, o que sempre seria algo profícuo.¹¹⁷

Feitas tais considerações iniciais acerca do tema em comento, passar-se-á a tratar sobre duas tipos específicos de erro médico, a saber, o erro de diagnóstico e o erro de tratamento.

2.2.6.1. Erro de diagnóstico

Segundo Miguel Kfoury Neto, o diagnóstico consiste “na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.”¹¹⁸

Tal juízo, segundo o mesmo autor, deve ser precedido de algumas providências, reunidas em dois grupos e sem as quais não há que se falar em

peessoa de normal diligência.”

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 25.

¹¹⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Ajuris, p. 116.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 69.

certeza diagnóstica, quais sejam:

a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença - e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica.¹¹⁹

Tecnicamente falando, diagnosticar é identificar e determinar a doença que o paciente possui. O adequado tratamento à moléstia que sofre o doente depende de um correto diagnóstico. Assim, havendo erro no diagnóstico, a cura do paciente fica comprometida, podendo, conforme o caso, gerar danos irreversíveis ao mesmo.

O ato de diagnosticar não se configura em uma operação com precisão matemática. Por tal motivo, é de extrema dificuldade a avaliação da ocorrência de erro, posto adentrar em campo estritamente técnico, que sofre influência de diversos fatores, tais como os meios de que dispõe o facultativo para a análise do enfermo, as peculiaridades que envolvem cada paciente - posto que há inegáveis diferenças entre os seres humanos do ponto de vista orgânico, as quais podem influenciar na cura, como a reação a determinados medicamentos, a capacidade de convalescer de cada um, dentre outros -, bem como a própria fase evolutiva em que se encontra a ciência - haja vista existirem doenças que a ciência médica sequer pode, atualmente, identificar com precisão todos os seus sintomas.¹²⁰

Se o erro for grosseiro ou, se em virtude da alta especialidade do médico for dele esperado o conhecimento de determinada moléstia, deverá o mesmo ser responsabilizado pelo diagnóstico falho, o qual pode levar à não-identificação da doença ou à identificação de doença inexistente ou distinta da existente.

2.2.6.2. Erro no tratamento

O tratamento tem início após o diagnóstico, posto que é neste que a doença

¹¹⁹ *Idem, ibidem.*

¹²⁰ NETO, Miguel Kfour. *Ob. cit.*, p. 69-72.

é identificada e determinada.

Consiste o tratamento na fase em que o médico utiliza-se dos meios a sua disposição “para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor”¹²¹, devendo ser redobradas a prudência e a assistência para com o enfermo, já que é nesse momento em que são realizadas as intervenções sobre o próprio corpo do paciente, seja através de cirurgias, seja por meio de medicamentos.

O erro no tratamento sobrevirá tanto de forma direta, como o erro na execução de uma cirurgia, por exemplo, como também de maneira indireta, como é o caso das infecções hospitalares, provocadas por problemas com higiene e/ou descuido na utilização dos equipamentos.

O tratamento é a fase em que a perícia médica deve ser avaliada de forma objetiva, uma vez que, se o diagnóstico muitas vezes não pode ser perfeito pelo insuficiente grau de desenvolvimento da medicina, na fase de tratamento o facultativo tem o dever de observar constantemente como o paciente reage à intervenção médica, podendo comprovar que seu diagnóstico foi ou não correto, face a recuperação ou piora do estado de saúde do enfermo.

Uma vez comprovado o erro profissional, seja de diagnóstico ou de tratamento, e se o mesmo acarretou ao paciente alguma espécie de dano, a responsabilidade civil do médico torna-se certa, cabendo ao doente ou aos seus familiares, se for o caso, pleitear judicialmente a reparação que o direito lhes assegura.

No presente tópico, foram vistas algumas noções gerais acerca da responsabilidade médica, a fim de esclarecer algumas questões a serem tratadas no item seguinte, o qual abordará o estudo da responsabilidade civil do médico especialista em cirurgia plástica.

¹²¹ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.*, p. 297.

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS

2.3.1. *Legitimidade da cirurgia plástica*

Pode-se dizer que a cirurgia plástica passou, no que tange a sua legitimidade, por três fases distintas, a saber: a fase da rejeição; a da aceitação com reservas; e a da admissão ampla.¹²²

A fase da rejeição ocorreu no surgimento das cirurgias plásticas, sendo este um período em que, na verdade, tais intervenções poderiam ser concebidas mais como experimentos do que cirurgias dotadas de rigor científico. Entendia-se em tal época que a cirurgia plástica não se destinava a curar uma doença, mas tão-somente corrigir uma imperfeição física. Assim, se não fosse obtido o resultado esperado, presumia-se ter agido o médico com culpa, surgindo para ele a obrigação de indenizar, haja vista predominar o entendimento de que fôra realizada uma operação sem qualquer utilidade para a saúde do paciente.

A fase de aceitação com reservas, por sua vez, surgiu no fim da segunda década deste século, mais precisamente, segundo Caio Mário da Silva Pereira, "... a partir do julgamento do Tribunal do Sena, em 25 de fevereiro de 1929, após o qual considerou-se a questão de saber se o médico incide em culpa sempre, ou se depende esta das circunstâncias de cada caso."¹²³ Assim sendo, passou-se a entender que, se a cirurgia plástica não era proibida por lei, não poderia ser considerada um ato ilícito, conciliando-se, destarte, o direito com o desejo de muitos homens e mulheres de corrigir imperfeições físicas, renovando, em muitos casos, o prazer de viver, face a melhor aceitação pelo meio social das pessoas tidas como bonitas, evitando, ou mesmo curando, possíveis neuroses ocasionados pela rejeição social causada pela existência de alguma imperfeição estética.

A terceira fase, a da aceitação ampla, diz respeito à época atual, em que há uma busca frenética pela boa aparência física. Os chamados centros de estética multiplicaram-se, conquistando a cirurgia plástica seu espaço no cenário das

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Ob. cit.*, p. 153..

¹²³ *Idem*, p. 156.

especialidades médicas. Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

No meio dia da vida, homens e mulheres sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se pela imprensa “centros estéticos”, multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tornam socialmente prestigiosos, e até mundialmente famosos. Dentro de tais conceitos é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento quotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a idéia de iliceidade, e de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo.¹²⁴

Cumprido destacar que a cirurgia plástica pode ser dividida em cirurgia estética reparadora e cirurgia estética propriamente dita ou meramente estética, conforme visem, respectivamente, corrigir enfermidades congênitas ou adquiridas ou imperfeições da natureza.

Com relação à cirurgia plástica meramente estética, há o entendimento de que a mesma é uma atividade médica de menor relevância, sendo a avaliação da responsabilidade do cirurgião plástico encarada de modo mais severo que nas demais especialidades da medicina. Sobre o tema, José de Aguiar Dias assevera:

Esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até inexequíveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica.¹²⁵

No mesmo sentido, preconiza Genival Veloso de França que:

Cabe, portanto, repetir mais uma vez a diferença entre a cirurgia reparadora, lícita e necessária, de valor indiscutível e incluída entre os direitos profissionais do médico, e a cirurgia cosmetológica, fora do âmbito da verdadeira Medicina, e que

¹²⁴ *Idem*, p. 168-169.

¹²⁵ *Ob. cit.*, p. 303.

tem por base interesses escusos de quem a procura, e objetivos nem sempre confessáveis de quem a realiza.¹²⁶

Miguel Kfoury Neto, por sua vez, ressalva que a regra de ouro em matéria de cirurgia plástica consiste na seguinte afirmação: “todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente.”¹²⁷

E continua o autor, aduzindo que:

afirmam os cirurgiões plásticos que, em cirurgia estética, como em todas as demais, surgem complicações pré e pós-operatórias, podendo chegar até a morte. Quando isso acontece, eles não são bem entendidos, e a reprovação é maior que se tivessem operado um câncer de pâncreas, p. Ex.¹²⁸

Em pesem tais opiniões, porém, há que se admitir a legitimidade da cirurgia plástica, seja ela reparadora ou meramente estética, posto ser a boa aparência, dentro da sociedade atual, não só um direito, mas uma necessidade.

2.3.2. *Peculiaridades acerca da cirurgia estética*

Pode-se definir a cirurgia estética como o “procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia, do ponto de vista estético.”¹²⁹

Há que se considerar, porém, ao se abordar o tema da cirurgia estética, que a expressão *saúde* deve ser entendida não apenas como bem-estar físico, mas também psíquico e social. Com base nesse entendimento, inquestionável é a feição curativa da cirurgia estética, posto que “enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma varida gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar

¹²⁶ *Ob. cit.*, p. 142.

¹²⁷ *Ob. cit.*, p. 142.

¹²⁸ *Idem, ibidem.*

¹²⁹ NETO, Miguel Kfoury. *Ob. cit.*, p. 152.

totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou social.”¹³⁰

É recomendado, em alguns casos, o aconselhamento e acompanhamento psicológico, a fim de preparar o paciente para a cirurgia a ser realizada.

Importante ressaltar que “a cirurgia estética nunca é urgente - e sua necessidade nem sempre é manifesta - mas mesmo assim apresenta características comuns às demais cirurgias; as reações do organismo humano são imprevisíveis e conseqüências indesejadas podem sobrevir.”¹³¹

Se o paciente decidir não se submeter à intervenção, não corre risco algum.

Por outro lado, mesmo obtendo o consentimento do paciente e tendo prestado correta e completa informação, ainda assim incorrerá em responsabilidade o médico que, ciente da desproporção entre os riscos assumidos pela intervenção e os benefícios esperados, realizar no paciente a cirurgia plástica pelo último pretendida.

2.3.3. O dano estético

Como já visto (item 1.3.3. do capítulo primeiro), constitui-se o dano no abalo sofrido pela vítima, o qual pode ocasionar-lhe um prejuízo de ordem econômica, consistindo no dano patrimonial, ou pode acarretar-lhe repercussão apenas de ordem psíquica, consubstanciando-se, então, no dano moral.

O dano estético, por sua vez, é aquele que recai sobre a aparência do sujeito, e pode ter efeitos morais e patrimoniais.

Tereza Ancona Lopez de Magalhães pondera que “o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes.”¹³²

Enquanto dano moral, o dano estético apresenta-se como uma ofensa a um direito da personalidade, qual seja, o direito à integridade corporal, à imagem.¹³³

Wilson Melo Silva afirma que o dano estético não constitui-se tão-somente

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Idem, ibidem.*

¹³² *Op. cit.*, p. 17.

¹³³ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 54.

na aleijão, mas também nas “deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um afeiamento da vítima ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão desgastante.”¹³⁴

Configura-se o dano moral quando o prejuízo estético sofrido pela vítima acarretar-lhe repercussões de ordem psíquica, ao passo que, surgirá o dano patrimonial, sempre que a deformidade lhe houver impossibilitado exercer determinadas atividades, como, por exemplo, a de modelo fotográfico ou apresentador de programa jornalístico.

A legitimidade para pleitear indenização por dano estético, no Brasil, diz respeito apenas à vítima. Na França, contudo, é admitida a possibilidade de terceiro postular o ressarcimento de tais danos. Assim sendo, o marido poderá requerer a reparação se a estabilidade conjugal restar abalada em virtude de deformidade na mulher, haja vista o dano moral por aquele sofrido, posto que, em vendo a esposa desfigurada, veio a cair doente, acometido de trauma nervoso. Outrossim, também os pais têm tal legitimidade, uma vez que, vendo o filho deformado, inegável é o dano moral sofrido.¹³⁵

2.3.4. Dever de informação do médico e consentimento do paciente

O contrato médico, conforme mencionado anteriormente (item 2.2.1 do Capítulo II), traz em seu bojo algumas obrigações implícitas, entre as quais está o dever de informar o paciente acerca do tratamento a que irá ser submetido, bem como sobre seu próprio estado de saúde.

Na cirurgia plástica, seja reparadora ou cosmetológica, não é diferente, sendo dever também do cirurgião plástico manter seu paciente informado sobre os riscos da intervenção cirúrgica, bem como das possibilidades de sucesso ou fracasso da mesma.

Por outro lado, toda intervenção médica necessita, como já visto, do consentimento do paciente, ou, não sendo isso possível, de seus familiares ou

¹³⁴ SILVA, Wilson Melo. *Dano estético “in” Enciclopédia Saraiva de Direito*. Vol. 22, p. 249.

responsável. Sendo ele obtido, fica o médico, em regra, isento de responsabilidade.

Porém, nem sempre é possível obter o consentimento do paciente, sendo tais casos enumerados por José de Aguiar Dias:

a) quando se trata de alienado ou de menor: o consentimento não pode, evidentemente, ser obtido deles, mas sim das pessoas sob cuja guarda estejam; (...) b) quando a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, em face do estado de necessidade ou de situação de perigo; se é possível obter o consentimento dos parentes da pessoa em iminente perigo de vida, é claro que o médico não agirá sem o haver obtido; c) quando em face do propósito suicida do paciente: o médico não poderia, decerto, ater-se à consideração da vontade de quem manifesta claramente não a possuir, intentando um gesto que se considera como revelador de perturbação mental.¹³⁶

Inobstante isso, ao médico não é permitido valer-se de tratamentos ou qualquer intervenção quando os riscos, confrontados com as vantagens, sejam com estas desproporcionais. Do mesmo modo, o facultativo não tem o direito de, sobre o corpo do paciente, fazer experiências, mesmo que haja consentimento do último, uma vez que o corpo humano não possui disponibilidade jurídica. Nesse sentido, afirma José de Aguiar Dias:

O consentimento do paciente libera o médico de responsabilidade (...) Mas há casos em que não pode o médico invocá-lo. Assim, em geral, em todos os casos em que as vantagens do tratamento ou da intervenção estejam em desproporção com os riscos ou as desvantagens correspondentes e, em particular, no que respeita à cirurgia estética. Funda-se a norma em que a incolumidade do corpo humano é matéria de ordem pública (...).¹³⁷

Por outro lado, existem casos em que, embora seja necessário o tratamento, o paciente ou seus familiares negam-se a autorizá-lo. José de Aguiar Dias comenta que “a operação sem consentimento equivale a agressão”.¹³⁸

Ocorre, porém, que há, como já visto, situações emergenciais, nas quais deve-se relativizar o elemento *vontade*, primeiramente pelo compromisso do

¹³⁵ NETO, Miguel Kfourri. *Op. cit.*, p. 88.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 259.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 258.

médico com a vida e, em segundo lugar porque, em tais situações, nem sempre o paciente ou seus familiares têm condições psicológicas adequadas para decidir acerca da intervenção médica, podendo-se, outrossim, entender que em tais casos poderá incidir a excludente de responsabilidade do estado de necessidade.

2.3.5. *Cirurgia estética e obrigação de meio e de resultado*

José de Aguiar Dias¹³⁹ narra um caso no qual uma jovem senhora procura médico para eliminar gorduras excessivas existentes em suas pernas. Na cirurgia, o médico, além da gordura, retirou massa muscular em apenas uma das pernas, numa operação cujos contornos foram extremamente complicados. Ainda pela dificuldade de sutura do tecido, pela extrema contração dos músculos, a perna da paciente foi enfaixada com bandagens, somente retiradas após três dias da cirurgia, quando cheiro característico de gangrena surgiu. Ao final de três semanas não restou outra alternativa que a amputação da perna.

Em procedimento judicial a sentença considerou o cirurgião responsável pelos danos com fundamento na desnecessidade moral da cirurgia, bem como na sua inutilidade perante a saúde da operada, além de outras considerações sobre a sua negligência em verificar as reais condições da paciente.

Como já visto supra, as obrigações de meios constituem-se naquelas onde se exige do devedor pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado, enquanto que as obrigações de resultados são aquelas avenças onde o devedor só se livra de sua incumbência se o fim estabelecido no pacto for alcançado, tendo que suportar as conseqüências em ocorrendo o contrário.

Foi afirmado, outrossim, que a obrigação assumida pelo médico é, regra geral, de meios, bastando tão-somente que o mesmo preste ao paciente cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as condições evolutivas da ciência médica, para que se exima da obrigação de indenizar na superveniência de algum dano por sua atividade.

¹³⁸ *Idem*, p. 290.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 305-307.

A atividade do cirurgião plástico, porém, possui feição peculiar, haja vista ser distinta a obrigação do médico conforme a modalidade de cirurgia plástica realizada, a saber, estética propriamente dita, ou estética reparadora.

Assim sendo, se a cirurgia realizada tiver finalidade estética propriamente dita, há que se entender que o médico assume obrigação visando atingir um determinado resultado.

A doutrina, contudo, não é unânime na apreciação da questão, posto a cirurgia estética cosmetológica ter como objeto pessoa em plena saúde, não podendo a intervenção cirúrgica alterar esse quadro.

Sustentando tese contrária à teoria do resultado, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior assevera que, embora seja entendimento consagrado o de que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, caso contrário ninguém se submeteria a uma intervenção cirúrgica, não há que, mesmo assim, entender-se que a responsabilidade por eles assumida seja de resultado. Com efeito, pode acontecer que algum cirurgião plástico assegure ao paciente a obtenção de um certo resultado, mas isso não definiria a natureza da obrigação, que continuaria sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco, eximindo o profissional da obrigação de obter o resultado pretendido desde que empregue toda a técnica médica consagrada e adote as cautelas indicadas no ato cirúrgico.¹⁴⁰

Assim sendo, no entender do referido autor, empregando o cirurgião plástico toda a técnica médica consagrada e adotando todas as precauções indicadas, estará o mesmo isento da obtenção, exceto se assumir expressamente o compromisso com o paciente de atingir determinado resultado, caso em que ele responde por inteiro pelos resultados que discrepem daqueles buscados pelo paciente e prometidos pelo profissional.¹⁴¹

Finalizando, afirma que, exigir do médico obrigação de resultados quando ele atua em procedimento cirúrgico estético, é impor-lhe ônus que ele não tem condições de atender. Ademais, aduz que, na intervenção com finalidade estética, o objeto é idêntico ao de qualquer outra intervenção cirúrgica, ou seja, atua-se sobre

¹⁴⁰ AGUIAR, Rui Rosado. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33-40.

¹⁴¹ *Idem*.

o corpo humano.¹⁴²

Já para os defensores da teoria do resultado, como, na maioria dos casos, o paciente que se submete à intervenção cirúrgica não se encontra realmente doente, pretendendo apenas corrigir algum defeito, o que lhes interessa é, precisamente, o resultado desejado. Nesse sentido, afirma Rui Stoco:

O profissional da área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado, prevendo, inclusive, com alguns detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se até de programas de computador que projetam a nova imagem (boca, nariz, seios, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora para que o cliente decida.¹⁴³

Desse modo, caso o paciente venha a ficar com aparência pior após a cirurgia, terá ele direito a reparação pelo dano sofrido, haja vista não ter sido alcançado o resultado almejado por ele e prometido pelo cirurgião.

Tereza Acona Lopez de Magalhães pondera que:

Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristeza.¹⁴⁴

Yussef Said Cahali, por sua vez, leciona que:

Quando se tratar de cirurgia estética a responsabilidade pelo dano por ela produzido deverá ser apreciada com muito mais rigor que nas operações necessárias à saúde e à vida do doente, pois na operação plástica estritamente estética o médico está lidando com uma pessoa em perfeito estado de saúde que apenas deseja melhorar sua aparência e com isto se sentir psicologicamente melhor. Existe neste caso uma obrigação de resultado que se não alcançada vai dar lugar a uma presunção de culpa contra o médico com a conseqüente

¹⁴² *Idem, ibidem.*

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 298-299.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 62.

reversão do ônus da prova.¹⁴⁵

No sentido de que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de resultado, traz-se a lume o seguinte julgado:

CIRURGIA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E DANO MORAL.

Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não-cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuíto (Resp. 10.536, RJ, 5ª Câmara Cível, Relator Ministro Dias Trindade, julgado em 21 de junho de 1991).¹⁴⁶

Ainda nesse diapasão, leia-se a seguinte ementa:

Responsabilidade civil - Médico - Dano estético resultante de cirurgia plástica - Reconhecimento da responsabilidade contratual em razão de inadimplemento, por assumir o cirurgião obrigação de resultado - Admissibilidade - Inicial que, apesar de não distinguir claramente qual a opção ao autor no tocante à responsabilidade contratual e delitual, erigiu aquela em causa de pedir - Inocorrência de julgamento "extra petita" - Indenização devida (TJSP, Rel. Des. Roque Komatse).¹⁴⁷

E mais:

Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Indenização - Dano material e dano moral. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não-cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuíto (*Revista jurídica* 170/145).

E, por fim:

Ação ordinária de indenização - Operação plástica que não obteve o resultado preconizado - sentença procedente e parcialmente reformada para assegurar à autora o direito à devolução das despesas hospitalares e honorários profissionais efetivamente pagos por ocasião da cirurgia em

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 328.

¹⁴⁶ *Adv-Coad Seleções Jurídicas* 5/94.

¹⁴⁷ *RT* 638/89.

face do resultado diverso do pretendido pela paciente na operação a que se submetera (Adv.-Coad., *Seleções Jurídicas*, 05/94).

Miguel Kfourri Neto ressalva, porém, que “se a cirurgia tiver por finalidade a reparação de graves defeitos - causados por acidentes de automóvel, do trabalho, queimaduras v.g. - é indubitosa a caracterização da obrigação de meios ...”¹⁴⁸

Assim, segundo o autor, quando a cirurgia plástica tiver função reparadora, a obrigação assumida pelo médico é de meios.

José de Aguiar Dias, visando distinguir a obrigação do facultativo, caso seja a cirurgia plástica realizada meramente estética ou reparadora, faz a seguinte afirmação:

No tocante à cirurgia estética, continuam-se a confundir cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há que ser enquadrada como obrigação de resultados, até pelos termos em que os profissionais, alguns dos quais criminosamente distanciados da ética, se comprometem, sendo generalizada no segundo grupo, ao contrário do que ocorre no primeiro, a promessa do resultado procurado pelo cliente.¹⁴⁹

Assim sendo, se a cirurgia realizada no paciente tiver por finalidade a reparação de lesão ou deformidade que o mesmo já possuía, não há que se falar em obrigação de resultado por parte do médico que realizar a intervenção cirúrgica visando corrigir a imperfeição, bastando ao facultativo, para se eximir do dever de indenizar, manter o paciente informado sobre as possíveis conseqüências da operação, bem como agir de acordo com as técnicas aplicáveis ao caso.

Tal fato ocorre porque, conforme já visto (item 2.2.1. do Capítulo II), em sendo de meios a obrigação, não assume o médico a obrigação de cura do paciente, cumprindo o contrato firmado com o cliente desde que preste a este cuidados conscienciosos e atentos.

Destarte, sofrendo o paciente algum dano em virtude de cirurgia plástica reparadora, cabe ao mesmo provar a culpa do facultativo em alguma de suas modalidades, já que nas obrigações de meios o ônus da prova é incumbência do

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 156.

autor da ação indenizatória.

Por outro lado, sendo a cirurgia plástica meramente estética, a obrigação assumida é de resultado, ocorrendo inadimplemento contratual se o fim preestabelecido (a melhora estética) não for obtido, cabendo ao médico comprovar que o mesmo não se deu em virtude de alguma causa excludente de ilicitude, haja vista a presunção de culpa existente em tais casos.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 277.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade médica analisada sobre o prisma da cirurgia plástica tem inegável relevância dentro do âmbito da responsabilidade civil.

Atualmente, em face do crescente culto ao belo, o tema requer uma reflexão muito mais cuidadosa do que a alguns anos atrás. Com efeito, milhares de pessoas passaram a sonhar com a possibilidade de realização de uma cirurgia plástica estética, buscando melhor aceitação social ou profissional. Assim, o erro do cirurgião plástico exsurge para o paciente que é submetida a esta espécie de cirurgia como o pesadelo de quem, subitamente, encontra-se deformado.

Assim sendo, os operadores jurídicos, ao se defrontarem com o problema do erro médico na cirurgia estética, têm que levar em consideração essa realidade, tendo sempre em vista as diversas peculiaridades existentes na apreciação da ocorrência ou não do erro médico.

A questão do erro médico não é algo distante dos profissionais e da população. A cada dia crescem as ações judiciais que, fundadas em tal questão, buscam obter reparação aos pacientes vítimas de danos causados por culpa na realização de cirurgias plásticas.

Destarte, o tema da cirurgia plástica deve ser cuidadosamente estudado, não apenas pelos operadores jurídicos, mas também pelos próprios médicos, haja vista o grau de desinformação entre os facultativos, tanto no sentido de desconhecimento acerca da real possibilidade de responsabilização, como errônea crença de que o avanço da medicina ficará comprometido com a idéia da responsabilização.

Concluindo-se, verificou-se, na presente monografia, que a responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas apresenta as características a seguir enumeradas:

- 1) tem natureza contratual, surgindo para o facultativo quando este estabelece com seu cliente um pacto visando a prestação de um serviço, no caso, o serviço médico;

- 2) tem natureza subjetiva, sendo necessário, para que surja o dever de indenizar, que a conduta médica apresenta a culpa em alguma de suas modalidades,

vale dizer, que o mesmo tenha agido de modo imprudente, negligente ou imperito. A responsabilidade só será apreciada objetivamente com relação ao estabelecimento hospitalar, posto que este, a teor do disposto no artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do consumidor, responde independentemente da existência de culpa;

3) as chamadas cláusulas de não-indenizar não têm validade nos contratos firmados entre médicos e pacientes, haja vista o corpo humano ser bem indisponível, havendo, *in casu*, um preceito de ordem pública que limita a autonomia da vontade;

4) o erro médico, no tocante às cirurgias estéticas, apresenta feição peculiar em sua apreciação, dado o subjetivismo que cerca a noção de belo, de modo que a melhora estética do paciente pode não ser ao mesmo notória, mas em relação a terceiros ser inquestionável;

5) se a cirurgia realizada no paciente tiver por finalidade a reparação de lesão ou deformidade que o mesmo já possuía, não há que se falar em obrigação de resultado por parte do médico que realizar a intervenção cirúrgica visando corrigir a imperfeição, bastando ao facultativo, para se eximir do dever de indenizar, manter o paciente informado sobre as possíveis conseqüências da operação, bem como agir de acordo com as técnicas aplicáveis ao caso, prestando o serviço contratado de modo consciencioso e atento;

6) se, porém, a cirurgia plástica for meramente estética, ou seja, tiver caráter meramente cosmetológico, a obrigação assumida é de resultado, ocorrendo inadimplemento contratual se o fim preestabelecido (a melhora estética) não for obtido.

7) sofrendo o paciente algum dano em virtude de cirurgia plástica reparadora, cabe ao mesmo provar a culpa do facultativo em alguma de suas modalidades, já que nas obrigações de meios o ônus da prova é incumbência do autor da ação indenizatória.

8) se, por outro lado, a cirurgia realizada for meramente estética, incumbe ao médico comprovar a existência de alguma causa excludente de responsabilidade, a fim de se eximir da obrigação de indenizar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Rui Rosado. *Responsabilidade civii do médico*. RT 718/33-40.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et alii. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984, vol. 4.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo "in" *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 286:11, abr.-jun./1994.
- CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o Direito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.
- CAHALI, Yussef Said (coordenador). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, volumes 1 e 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro - responsabilidade civil*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 7.
- _____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso fortuito e theoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal Comércio Rodrigues & Cia., 1932.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Responsabilidade civil dos médicos*. *Ajuris*, p. 116.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Fundo Editorial Byk Prociense.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*. RT: 654/67.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. 2ª ed., revista e atualizada pelo Prof. Ovídeo Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.

LUFT, Celso Pedro. *Pequeno dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Scipione, 1987, p. 227. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, vol. 1.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Melhoramentos minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1992.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. 1.

NORONHA, Fernando. *Dano e nexos de causalidade*. Capítulo 8.

PANASCO, Wanberdy Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - responsabilidade civil*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 4.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Wilson de Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3ª ed., Saraiva.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.