



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEFESA DE MONOGRAFIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO CIVIL

JOÃO PAULO AGUIAR SAMPAIO

***NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA REALIZAÇÃO DE
CIRURGIAS PLÁSTICAS***

FORTALEZA
2016

JOÃO PAULO AGUIAR SAMPAIO

*NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS
PLÁSTICAS*

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Programa de Graduação
em Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para
obtenção de Diploma de Bacharel em
Direito

Orientador Professor Doutor William
Paiva Marques Júnior

FORTALEZA
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S183n Sampaio, João Paulo Aguiar.
Natureza da responsabilidade civil do médico na realização de cirurgias plásticas / João Paulo Aguiar Sampaio. – 2016.
68 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Responsabilidade Civil . 2. Médico. 3. Cirurgia Plástica. I. Título.

CDD 340

JOÃO PAULO AGUIAR SAMPAIO

*NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS
PLÁSTICAS*

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Programa de Graduação
em Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para
obtenção de Diploma de Bacharel em
Direito

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a MSc. Maria José Fontenelle Barreira Araújo

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a MSc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus pelo dom da vida e pela oportunidade de estar aqui.

À minha amada avó, Dona Margarida, por tudo o que fez por mim e que, por mais que eu tenha tentado fazer, nunca terá sido o suficiente para retribuir tamanho amor (*In memorian*).

Ao meu irmão Eduardo Reges Pinheiro Bezerra Filho (*In memorian*).

À minha amada princesa Clarice, flor do meu jardim, que já está compartilhando esse momento comigo, ainda que na vida intrauterina.

À minha esposa, Anny, por todo o seu suporte, carinho, compreensão, encorajamento e ajuda que foram *conditio sine qua non* para que eu pudesse concluir o curso de Direito.

À minha mãe, Margarida, por ter sido uma mãe exemplar e ter sempre me orientado para os bons caminhos.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. **William Paiva Marques Júnior**, pela sua dedicação ímpar à Universidade Federal do Ceará, pela sua postura sempre tão acolhedora e pelo carinho e atenção com que trata todos os seus alunos, pela sua invejável forma sempre bem humorada de ver a vida, por ter me conferido a oportunidade de ser seu orientando, pelos ensinamentos acadêmicos e por ser um exemplo a ser seguido como professor, pesquisador e como ser humano.

Aos membros da banca examinadora, **Prof^a. Maria José Fontenelle Barreira Araújo** e **Prof^a Fernanda Cláudia Araújo da Silva**, por terem me conferido a honra de tê-las como integrantes da banca examinadora, pela gentileza e disponibilidade de participar e contribuir para o melhoramento deste trabalho.

Aos amigos e colegas, estudantes de Direito da Universidade Federal do Ceará, em especial os amigos da turma 2016.2, pessoas alegres, inteligentes, prestativas, leais, humanas e solidárias, com as quais tive o privilégio de conviver durante quase cinco anos.

A todos os servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em especial, ao servidor **Haroldo Lopes Soares Filho** do Núcleo de Prática Jurídica, aos servidores **Andréa Maria Pereira Nogueira**, **Ivan da Costa Lima** e **Nelson de Miranda Leão Neto** da Coordenação do Curso de Graduação, e à servidora **Maria Hymya Pinto Serra** da Coordenação de Programas Acadêmicos. Todos tiveram colaboração importante para a concretização deste projeto, seja pelo seu interesse em ajudar, seja pela compreensão, simpatia e disponibilidade.

Ao amigo **Jothe Frota**, que sempre me recebeu tão bem em sua livraria e que coloca à disposição dos alunos os melhores e mais atualizados livros de Direito, além de nos propiciar agradáveis conversas e discussões.

Aos amigos da Xerox, **Moisés Souza (Xuxu)**, **Caio de Lima** e **Marcelo Lima Barbosa**, que são, sem sombra de dúvidas, profissionais indispensáveis na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, pessoas alegres, divertidas e comprometidas com o seu trabalho de ajudar os alunos com o material de estudo.

Aos vigilantes e zeladores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará que zelam pela nossa segurança e pela nossa limpeza, que exercem seu trabalho com afinco e dedicação.

A todos os servidores da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, por cuidarem com zelo do nosso acervo, patrimônio histórico-cultural da nossa Faculdade de Direito.

“O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A responsabilidade civil é um consagrado instituto do Direito Civil cujas origens históricas remontam à Antiguidade. É princípio basilar do Direito o de que não é lícito causar dano a outrem, e quando o dano ocorre, surge para o agente a obrigação de reparar o dano. A relação médico-paciente, que outrora era baseada na pessoalidade, na figura do médico de família, na contemporaneidade é cada vez mais despersonalizada, sendo o médico considerado um prestador de serviços, e a relação médico-paciente é regida pelo código consumerista, caracterizando-se como uma relação de consumo. Em que pese o Código de Defesa do Consumidor ter adotado como regra a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, excepciona o caso dos profissionais liberais, quando a responsabilidade é de natureza subjetiva. Quando se trata de procedimentos estéticos, entretanto, mormente no tocante às cirurgias plásticas estéticas, parte expressiva da doutrina e da jurisprudência entende que a obrigação do cirurgião plástico quando da realização de cirurgias plásticas estéticas seria uma obrigação de fins, ou seja, de atingir o resultado esperado. Tal entendimento não se afigura adequado, primeiro porque a atividade médica, em qualquer área, é permeada pela álea, com resultados muitas vezes imprevisíveis, alheios à vontade do médico. Ademais, considerar a obrigação assumida pelo cirurgião plástico como obrigação com natureza de resultado equivale, em termos práticos, a objetivar a responsabilidade desse profissional, contrariando texto exposto da lei consumerista e inviabilizando o exercício da Medicina por parte desse profissional.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Cirurgia Plástica.

ABSTRACT

Civil Responsibility is a renowned institute of civil law whose historical origins date back to antiquity. It is a fundamental principle of law to which it is not lawful cause harm to others, and when the damage occurs, comes to the agent the obligation to repair the damage. The relationship between doctor and patient, which was once based on personality, based on the family doctor figure, nowadays is increasingly depersonalized, and the doctor has been considered a service provider, the relationship is governed by consumerist code, featuring itself as a consumer relationship. Despite the Consumer Protection Code adopted strict liability as a rule in consumer relations, it was made an exception in case of self-employed professionals, when responsibility is subjective. When it comes to cosmetic procedures, however, especially with regard to cosmetic surgery, a significant part of the doctrine and jurisprudence considers that plastic surgeon obligation when performing cosmetic surgery would be a result obligation, namely to achieve the expected result. Such an understanding does not seem appropriate because medical activity in any area is permeated by the alley, with results often unpredictable, unrelated to doctor's will. Moreover, considering the obligation assumed by the plastic surgeon as a result obligation is equivalent, in practical terms, to turn it into a strict liability, going against the consumerist law and making it impossible to the professional to practice Medicine.

Keywords: Civil Responsibility. Medical Doctor. Plastic Surgery.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.1	Histórico.....	12
2.2	Responsabilidade Civil Subjetiva.....	14
2.3	Responsabilidade Civil Objetiva.....	21
2.4	Excludentes de Responsabilidade Civil.....	24
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	30
3.1	Evolução da Responsabilidade Civil do Médico.....	30
3.2	Natureza Jurídica da Relação Médico Paciente.....	32
3.3	Responsabilidade Civil do Médico no Serviço Público.....	37
3.4	Teoria da Perda de uma Chance (<i>Perte D'une Chance</i>).....	40
3.5	Responsabilidade Civil nas Transfusões Sanguíneas em Testemunhas de Jeová.....	43
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA.....	47
4.1	Considerações Iniciais sobre a Cirurgia Plástica.....	47
4.2	Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado.....	50
4.3	Natureza da Obrigação na Cirurgia Plástica.....	52
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
	REFERÊNCIAS.....	64

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, investiga-se a natureza da responsabilidade civil do médico à luz do princípio basilar do Direito consoante o qual não é lícito causar dano a outrem, e quando este ocorre, surge para o agente a obrigação de reparar o indivíduo que foi lesado.

A Responsabilidade Civil é um dever jurídico que surge a partir da ocorrência de um dano causado ao patrimônio material ou moral de um indivíduo, podendo ter como origem o inadimplemento de uma obrigação, a ocorrência de atos ilícitos, e até mesmo, em situações bem definidas, o dever de reparar pode derivar de atos lícitos.

A responsabilidade civil do médico é vista pela doutrina e jurisprudência, em regra, como uma responsabilidade subjetiva, sendo que a garantia fornecida pelo médico é uma garantia de meios e não de fins, pois este tem a obrigação de atuar dentro dos ditames da boa prática profissional, mas sem a obrigação de atingir determinado resultado.

Sendo a relação médico-paciente hoje vista como uma relação de consumo, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, parágrafo 4º diz que: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa”.

Quando se trata de procedimentos estéticos, entretanto, mormente no tocante às cirurgias plásticas estéticas, parte expressiva da doutrina entende que a obrigação do cirurgião plástico seria uma obrigação de fins, ou seja, de atingir o resultado esperado, o que implica em ter que reparar civilmente o paciente pelo dano, ainda que não tenha agido com culpa, trazendo assim verdadeira responsabilidade objetiva para o médico que exerce esta especialidade.

O procedimento estético, contudo, assim como quaisquer outros procedimentos, é cercado de nuances, e as reações de cada paciente são personalíssimas, o que traz sempre um elevado grau de álea (risco) à intervenção.

A despeito de essa ser a posição majoritária, há vozes que ecoam na doutrina e jurisprudência a criticar essa atribuição de resultados, pois defendem que o médico sempre se obriga por meios, porquanto maus resultados, por vezes, ocorrem por circunstâncias alheias à vontade do profissional.

A Medicina não é ciência exata e o médico, como profissional liberal, se obriga pela prestação do serviço, utilizando a seu favor os conhecimentos científicos atuais e a boa técnica, consagrada nos tratados e manuais.

A despeito de que a visão reiterada dos tribunais superiores é no sentido de que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico nos procedimentos estéticos tem natureza de obrigação de resultado, há posições divergentes, bem fundamentadas, o que mostra que a questão apresenta

sérias controvérsias e que merece uma profunda reflexão e uma análise detalhada.

Este estudo se propõe a confrontar a visão atual dominante, e, ao final, verificar se é razoável, à luz das atuais teorias da responsabilidade civil, atribuir ao médico, mesmo que nos procedimentos estéticos, uma garantia com natureza de garantia de resultado e não de meios.

O método aplicado neste trabalho foi o método indutivo, com a utilização de premissas específicas visando chegar a conclusões gerais. A técnica adotada foi a monográfica, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, como ferramentas para chegar às considerações finais.

Realizou-se ampla pesquisa bibliográfica, na doutrina clássica e moderna, pertinente às teorias de Responsabilidade Civil, com ênfase na responsabilidade civil do Médico quando da realização de cirurgias plásticas e/ou outros procedimentos estéticos.

Também foi realizada pesquisa documental, por meio da coleta de dados específicos em páginas especializadas na rede mundial de computadores (*Internet*), bem como em periódicos e revistas jurídicas que abordam o tema em questão, efetuando-se, ainda, cotejo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro capítulo, investigou-se o instituto da responsabilidade civil de uma forma geral, levando-se em conta aspectos como: o histórico e a evolução da responsabilidade civil, principais teorias sobre responsabilidade civil e excludentes de responsabilidade civil.

No segundo capítulo, desenvolveu-se a discussão sobre a responsabilidade civil do médico, em geral, abrangendo aspectos diversos, como por exemplo, a responsabilidade do médico perante o Código de Defesa do Consumidor, responsabilidade do médico no serviço público, teoria da perda de uma chance, responsabilidade do médico nas transfusões de sangue em Testemunhas de Jeová, etc.

O terceiro capítulo teve como escopo a responsabilidade do cirurgião plástico nas cirurgias plásticas reparadoras e estéticas, apontando as controvérsias reinantes na doutrina e na jurisprudência e trazendo à discussão os argumentos favoráveis e contrários à definição da obrigação do cirurgião plástico como obrigação de meio ou como obrigação de resultado.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade trouxe consigo o dever de cuidado, pois a ninguém é dado o direito de causar dano a outrem, e quando esse dano acaba ocorrendo, surge para o agente uma obrigação

de indenizar a vítima.

A responsabilidade civil é um dos institutos do Direito Civil que mais sofreu alterações ao longo do tempo, pois, em cada período da história da humanidade, encontraram-se formas específicas de se responsabilizar o agente causador do dano.

Inicia-se o presente trabalho, portanto, com uma discussão geral sobre o instituto da reponsabilidade civil ao longo do tempo e nas suas mais diversas formas.

2.1 HISTÓRICO

A responsabilidade civil esteve presente desde os primórdios da civilização, sendo que, inicialmente, tal responsabilidade era de caráter coletivo, porquanto o grupo respondia pelos atos praticados por quaisquer de seus membros. A reparação dos danos era feita por meio da vingança privada e, por vezes, ocorriam excessos na reposta ao dano causado.¹

A Lei de Talião, historicamente, representou um progresso no âmbito da responsabilidade civil, pois estipulou uma limitação à justiça com as próprias mãos, já que, a partir de então, a reação deveria ser diretamente proporcional ao dano causado, princípio este representando no conhecido aforismo “olho por olho, dente por dente” Nessa época, a responsabilização prescindia da culpa do agente.²

Em Roma, à época da lei das XII tábuas, havia a figura do *Nexum*, ou seja, o causador de um dano respondia com seu próprio corpo.

Essa forma de responsabilidade foi muito bem retratada na obra “O Mercador de Veneza”, de *Shakespeare*, onde o judeu *Shylock*, empresta três mil ducados a Antônio, com a condição de que se a quantia não for paga no prazo acertado, o judeu teria direito a uma libra de carne do corpo do devedor.³

Com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, o causador do dano passou a responder com seu próprio patrimônio e não mais com o seu corpo.

Assim preleciona Carlos Roberto Gonçalves⁴:

O grande passo nesse processo evolutivo foi dado pela *Lex Poetelia Papiria*, de 428 a.C., que aboliu a execução sobre a pessoa do devedor, deslocando-a para os bens do devedor,

¹ WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil V. 7 - Responsabilidade civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil V.7 - Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³ SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza – Coleção Saraiva de Bolso**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V.2 - teoria geral das obrigações**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

realçando-se o seu caráter patrimonial. A responsabilidade passou a incidir sobre o patrimônio do devedor e não mais sobre sua pessoa.

Portanto, pode-se observar que, antes da *Lex Poetelia Papiria*, interessava mais o castigo que era infligido ao causador do dano do que a própria reparação do dano. A finalidade era unicamente satisfazer o sentimento de vingança da vítima. Com o advento do princípio da responsabilidade patrimonial, o objetivo maior da responsabilidade civil passou a ser a reparação do dano causado, sendo que a resolução dos conflitos passou a ficar nas mãos do Estado.

Após a Revolução Francesa, o Código Civil Napoleônico, de 1804, seguiu a tradição do Direito Romano e adotou a teoria da culpa como requisito indispensável ao dever de indenizar. A partir daí, consagrou-se o princípio de que aquele que por sua conduta comissiva ou omissiva vier a causar dano a outrem, estará obrigado a reparar o dano, desde que se verifique que agiu com culpa.⁵

Posteriormente, entretanto, verificou-se que essa noção de responsabilidade civil baseada na culpa do agente não era suficiente para reger determinadas situações em que devido ao risco intrínseco a determinadas atividades, impunha-se a obrigação de indenizar independentemente da verificação de culpa. Neste sentido, averba Fábio Henrique Podestá⁶:

Registra-se, no entanto, que, com a evolução dos tempos, o direito das obrigações e, notadamente, da Teoria da Responsabilidade Civil foi-se tornando mais perene e factível às condições da vida moderna, derivando do deslocamento da idéia de culpa para o da Teoria do Risco, consoante a qual pouco importa quem foi o culpado pelo prejuízo verificado, tendo mais relevância a atribuição à pessoa que deu causa à situação de perigo de cujo contexto ameaçador resultou aquela situação, como, aliás, ocorre na manipulação de agentes químicos, acidentes de trabalho, produção de energia atômica, circulação de veículos automotores etc.

Portanto, na contemporaneidade, ao lado da responsabilidade civil baseada na culpa do agente, também denominada de responsabilidade subjetiva, porquanto se preocupa com o elemento intencional, aplica-se a determinados casos a noção de responsabilidade objetiva, a qual dispensa a aferição de culpa ou dolo do agente, sendo pautada pela noção de risco gerado pela atividade em questão e também pelo proveito que a atividade traz para o seu executor.

Cumprе ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, a responsabilidade civil é subjetiva, mas o próprio Código Civil admite a noção de responsabilidade civil objetiva, em casos especificados em lei.

⁵ MELO, Nehemias Domingos. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶ PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: Teoria Geral e Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.235.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O Código Civil Brasileiro de 2002 adotou, predominantemente, a teoria da responsabilidade civil subjetiva. Dispõe em seu artigo 927 que: “Aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.⁷

A primeira pergunta que surge então é o que se entende por ato ilícito? O próprio Código Civil traz essa definição em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁸

Pode-se então traçar aqui os elementos da responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que está disposto no Código Civil. Esses elementos são: a ação ou omissão, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

O primeiro elemento é a ação ou omissão humana voluntária. É a conduta humana, comissiva ou omissiva, determinada pela vontade do agente, que resulta em dano ou prejuízo a um terceiro. O caráter de voluntariedade é essencial para a configuração da responsabilidade civil, significa que o indivíduo age com liberdade de escolha e com capacidade de entender aquilo que faz. Sem voluntariedade não há que se falar em ação humana, que é o primeiro elemento configurador da responsabilidade civil.⁹

A conduta, portanto, pode ser positiva ou negativa. Por exemplo, incorre na responsabilidade civil tanto o motorista que, ao dirigir em alta velocidade, atropela alguém (ato comissivo), como o médico que ao se deparar com um paciente em risco iminente de morte, deixa de prestar atendimento e o paciente vem a óbito (conduta omissiva).

A voluntariedade da conduta do agente não pressupõe a consciência da produção do dano. A intenção de causar o dano configura o dolo, porém, a responsabilidade civil poderá ser configurada mesmo que o agente não tenha a intenção de causar o dano, se ao praticar o ato consciente, agiu com culpa. Nesse sentido, anota Pablo Stolze Gagliano¹⁰:

Em outras palavras, a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 28 jan. 2015.

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 28 jan. 2015.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3 : responsabilidade civil**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3 : responsabilidade civil**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.74.

responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

O elemento central do conceito de reponsabilidade subjetiva é a culpa *lato sensu*, que abrange tanto o dolo como a culpa *stricto sensu*. O dolo é a intenção real e consciente do agente em praticar o ato, seja ele comissivo ou omissivo, com o fim de obter o resultado. A culpa *stricto sensu* é a inobservância de um dever, é a falta de diligência na observância das normas de conduta, diligência que se espera do “homem médio”, a qual seria normal e aceitável pela sociedade.

No ato culposo, o agente não age com intuito de causar um prejuízo. Sua conduta se dirige, inicialmente, à obtenção de um fim lícito, mas por agir com imperícia, imprudência ou negligência, com inobservância dos cuidados que se esperam do homem médio, acaba por atingir um resultado danoso, praticando, portanto um ato ilícito.

Essa distinção entre dolo e culpa é abordada por Sergio Cavalieri Filho¹¹, conforme transcrito a seguir: “Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado”.

A imperícia ocorre, em geral, por falta de qualificação ou treinamento de um profissional para desempenhar uma determinada função, e está prevista no artigo 951 do Código Civil de 2002. A imprudência está relacionada, em regra, a um ato comissivo praticado sem os cuidados necessários, de forma temerária. Já a negligência, em regra, se relaciona a ato omissivo, quando o agente deveria agir, mas acaba se omitindo, e da sua omissão resulta o dano. A negligência e a imprudência estão previstas no artigo 186 do Código Civil de 2002.¹²

Assim, por exemplo, age com imperícia o médico que executa determinada cirurgia sem antes ter passado por um treinamento adequado e causa uma lesão no paciente. Age com imprudência o motorista que dirige na estrada acima do limite de velocidade e acaba por ocasionar um acidente com a morte de outra pessoa. Age com negligência o pai que, por desleixo, não procura atendimento médico para seu filho doente, e a sua omissão acaba culminando na morte da criança.

O terceiro elemento da responsabilidade civil subjetiva é o dano. O agente que atua, seja de forma comissiva ou omissiva, seja com dolo ou culpa (imperícia, negligência ou imprudência), mas que do seu ato não resulta nenhum dano, não será responsabilizado civilmente. Sem dano, não

¹¹ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014., p.46.

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

há que se falar em responsabilidade civil. Faz-se *mister* ressaltar que, por força do artigo 186 do Código Civil de 2002, o dano, ainda que exclusivamente moral, gera a obrigação de indenizar.

O dano, objeto de reparação, pode ser um dano material, um dano moral, ou um dano estético. Podem coexistir várias espécies de danos em um mesmo ato ilícito e as reparações de ambos os danos são cumuláveis, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A Súmula número 37 do STJ¹³ assevera: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Já a Súmula 387, também do STJ¹⁴, prevê: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O dano material é todo aquele que causa diminuição no patrimônio do indivíduo afetado e pode ser de duas espécies: o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente é aquele que se liga diretamente ao ato ilícito, é imediato e mensurável. Lucro cessante é a vantagem patrimonial que a vítima deixou de auferir em razão do evento danoso.¹⁵

O Código Civil Brasileiro deixa clara essa distinção em seu artigo 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.¹⁶ O que a vítima efetivamente perdeu são os danos emergentes e o que razoavelmente deixou de lucrar são os lucros cessantes.

Dessa forma, em uma colisão de carro, os danos emergentes seriam mensurados através dos custos de reparação do automóvel da vítima, mais os custos de internação hospitalar, medicamentos, transporte, etc. Os lucros cessantes seriam mensurados pelo número de dias em que a vítima, por conta do acidente, ficou impossibilitada de trabalhar e deixou de auferir seus vencimentos.

O dano moral, por sua vez, está relacionado ao sofrimento decorrente do ato lesivo provocado pelo sujeito ativo. Está relacionado com a dor, não só a dor física, mas também com sentimentos como tristeza, angústia, amargura, vergonha e humilhação. É a dor moral, que ocasiona sofrimento psíquico no indivíduo.¹⁷

De outra forma, em uma visão mais alinhada com a constitucionalização do Direito Civil, o dano moral é definido como uma violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade. Assim, o dano moral não estaria relacionado a uma reação psíquica da vítima, mas

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º37. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-37,2268.html>> Acesso em: 28 jan. 2015.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º387. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-387,24928.html>> Acesso em: 28 jan. 2015.

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁶ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 fev. 2015.

¹⁷ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

sim à violação desses direitos de personalidade.¹⁸

A Constituição Federal de 1988¹⁹ elenca como um dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

A aferição do dano moral se reveste de extrema dificuldade, porquanto se refere a um dano causado a bens imateriais, sendo que nenhum ressarcimento pecuniário tem o condão de curar a dor moral, mas acaba servindo como um alívio para o sofrimento da alma, sem contar o papel pedagógico que a reparação exerce sobre o agente causador do dano, atuando como um fator de desestímulo para que este último venha a ocasionar novos eventos danosos.

Já o dano estético está relacionado às deformidades físicas decorrentes do ato ilícito, que provocam aleijão e repugnância. Sergio Cavalieri Filho²⁰, ao analisar o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, diz:

Prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque concretizado na deformidade.

O dano é o elemento central da responsabilidade civil. De acordo com o Código Civil Brasileiro, em seu art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo diz que: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.²¹

Portanto, em regra, quanto maior o dano, maior será o valor da indenização, no entanto, quando houver manifesta desproporção entre o grau de culpa do agente e a extensão do dano causado, o valor poderá ser reduzido, levando-se em conta também que o pagamento da indenização não pode retirar do devedor o mínimo necessário à sua subsistência.

O quarto elemento da responsabilidade civil subjetiva é o nexo de causalidade. Existindo uma conduta, comissiva ou omissiva, do agente e um determinado resultado que produziu dano, só haverá responsabilização civil se esse dano for decorrente da conduta praticada pelo agente. Ou seja, é necessário que haja um liame entre a conduta do agente e o resultado observado.

¹⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.117.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 fev. 2015.

²⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.136.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 fev. 2015.

Existem algumas teorias que tentam explicar o nexo de causalidade. A primeira dessas teorias, bastante conhecida, é a teoria da equivalência das condições, também conhecida como *condictio sine qua non*.²² Para essa teoria, causa seria toda e qualquer condição sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Nesse caso, para saber se uma há nexo causal entre uma conduta e um resultado danoso, deve-se fazer o chamado juízo hipotético de eliminação, que consiste no seguinte: deve-se suprimir mentalmente determinada ação ou omissão. Se eliminada a conduta, o resultado desaparecer, então é porque aquela conduta é causa do resultado. Caso contrário, se suprimida a conduta, mesmo assim o resultado persistir, conclui-se que não há o nexo de causalidade entre aquela determinada conduta e o resultado.

Assim, por exemplo, se o motorista, dirigindo em alta velocidade, atropela um transeunte ocasionando uma lesão corporal, faz-se o seguinte juízo hipotético de eliminação: se o motorista não tivesse atropelado o pedestre, a lesão teria ocorrido? A resposta é não, e, portanto, nesse caso, há o nexo de causalidade entre a conduta de dirigir em alta velocidade e a lesão corporal.

Entretanto, a teoria da *condictio sine qua non* traz o problema da possibilidade do regresso ao infinito. Por exemplo, no caso acima, poderíamos fazer outro juízo hipotético de eliminação: se o fabricante do veículo não tivesse vendido o veículo ao motorista, a lesão teria ocorrido? A resposta também é não, e, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, até mesmo o fabricante do veículo envolvido no acidente seria responsabilizado civilmente pela lesão corporal, o que não se afigura minimamente razoável no caso em questão.

Portanto, há que se diferenciar a causalidade do mundo natural da causalidade jurídica. Anderson Schreiber²³ preleciona:

De fato, reconhece-se, há muito, que o nexo de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente. A vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima. É o que revela, de forma eloquente, a sempre lembrada passagem de Binding, que alertava para os perigos de se responsabilizar, como “partícipe do adultério, o próprio marceneiro que fabricou o leito no qual se deitou o casal amoroso”.

O nosso Direito Penal adotou essa teoria, ainda que com ressalvas, porquanto na seara criminal há uma limitação à responsabilização, que é o Princípio da Legalidade Estrita e da Tipicidade, segundo o qual só responde penalmente o agente que praticar a conduta descrita no tipo

²² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

²³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.55.

penal. Assim, se um agente mata a vítima com um revólver, o comerciante que vendeu a arma não poderia ser também responsabilizado penalmente, porquanto não praticou nenhuma conduta tipificada no Código Penal.

Na seara cível, entretanto, a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes causais tornaria a responsabilização civil amplíssima, possibilitando que a vítima de um dano demandasse um número indeterminado de sujeitos, mesmo que tais sujeitos não estivessem envolvidos diretamente na conduta praticada.

Outra teoria com relação ao nexa causal é a Teoria da Causalidade Adequada, a qual se baseia na probabilidade do evento danoso. A conduta do agente se converte em causa do resultado somente quando se percebe que, pela análise do caso, aquele resultado corresponde ao curso normal das coisas, ou seja, que geralmente aquela conduta é apta a produzir aquele determinado resultado.²⁴

Sendo assim, no exemplo do motorista que dirige em alta velocidade e atropela o transeunte, o fabricante do automóvel não poderia ser responsabilizado, porquanto a fabricação de um automóvel não é uma conduta que tem como curso normal dos eventos o atropelamento de uma pessoa. Já o ato de dirigir em alta velocidade tem uma probabilidade razoável de um evento danoso do tipo atropelamento.

Na cadeia de eventos causais, o fabricante vende o carro ao motorista, que passa a dirigir o carro em alta velocidade e atropela uma pessoa. De acordo com a Teoria da Causalidade Adequada, com relação ao fabricante do veículo, afirma-se que houve a interrupção do nexa causal, porquanto um fato externo à fabricação do veículo provocou o atropelamento da vítima, qual seja, a imprudência do motorista que trafegava pela via pública em alta velocidade.

Carlos Roberto Gonçalves²⁵ exemplifica a diferença prática de aplicação da *condictio sine qua non* e da causalidade adequada:

As duas teorias podem ser facilmente compreendidas com o seguinte exemplo: “A” deu uma pancada ligeira no crânio de “B”, que seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas, por ser “B” portador de uma fraqueza particular dos ossos do crânio, isto lhe causou uma fratura de que resultou sua morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por “A” não ser a causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto.

Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição *sine qua non* do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada.

Essa teoria, entretanto, em que pese ter resolvido o problema do regresso ao infinito,

²⁴ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson, Braga; NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro V.4 - Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 361.

não é imune a críticas, pois acaba por estabelecer o nexo de causalidade pela probabilidade de que uma determinada conduta produza um determinado resultado, em abstrato, quando na verdade, tal nexo de causalidade deve ser estabelecido na certeza de que determinada conduta produziu o dano no caso concreto.

Uma terceira teoria sobre o nexo de causalidade é a Teoria do Dano Direto e Imediato, a qual estabelece como responsável pelo dano o último agente da cadeia causal. Das várias condições que contribuíram para o dano, a causa deste seria a causa última, aquela da qual dependeu diretamente.²⁶

O Código Civil Brasileiro parece adotar tal teoria em seu artigo 403, no tocante à inexecução das obrigações: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.²⁷

Há uma certa imprecisão doutrinária sobre qual teoria foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sergio Cavalieri Filho²⁸ se posiciona a favor da Teoria da Causalidade Adequada e segundo ele, ao analisar o nexo de causalidade:

Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.

Parte da doutrina, no entanto, afirma que a Teoria do Dano Direto e Imediato foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves, que aponta: “Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente. Este foi, indubitavelmente, o seu ponto de vista.”²⁹ Dessa forma, não seria indenizável o chamado “dano remoto”, aquele que seria apenas consequência indireta do inadimplemento.

Também não se pode deixar de mencionar a Teoria das Concausas, ou da Concausalidade, quando o resultado é determinado por duas ou mais causas simultaneamente. Flavio Tartuce³⁰ aborda a classificação das concausas da seguinte forma:

²⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil V.7 - Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

²⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.66.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro V.4 - Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 363.

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo:

- a) *Concausalidade ordinária, conjunta ou comum* – de acordo com Senise é “aquela que existe entre as condutas coordenadas ou dependentes de duas ou mais pessoas, que de forma relevante participam para a produção do evento danoso”. Exemplo: duas pessoas coagem alguém para a celebração de um determinado negócio. Em situações tais, todos os agentes respondem solidariamente, aplicando-se o art. 942, *caput*, do CC, eis que todos são considerados coautores.
- b) *Concausalidade acumulativa* – é aquela existente entre as condutas de duas ou mais pessoas que são independentes entre si, mas que causam o prejuízo. Exemplo: duas pessoas, em alta velocidade, atropelam um mesmo indivíduo, no meio de um cruzamento. Cada agente, nesse caso, deverá responder na proporção de suas culpas, nos termos dos arts. 944 e 945 da atual codificação privada.
- c) *Concausalidade alternativa ou disjuntiva* – é aquela existente entre as condutas de duas ou mais pessoas, sendo que apenas uma das condutas é importante para a ocorrência do evento danoso. Exemplo: em uma briga generalizada em estádio de futebol, duas pessoas tentam espancar alguém. Uma erra o golpe e o outro acerta um chute na cabeça da vítima, quebrando-lhe vários ossos. Logicamente, apenas o último ofensor responderá.

Seja qual for a teoria adotada, o nexo de causalidade deve ser analisado com toda a prudência, porquanto se configura em elemento indispensável de qualquer tipo de responsabilidade civil, sem o qual não se poderá configurar a indigitada responsabilização.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Em meados do século XIX, surgiu um movimento jurídico contrário à fundamentação subjetiva da responsabilidade civil.

Com a Revolução Industrial e o sistema de produção em massa, houve o desenvolvimento da tecnologia industrial, com máquinas que, se por um lado aumentavam as potencialidades humanas, por outro lado ofereciam maiores perigos a quem as manuseava, bem como a terceiros que se envolviam involuntariamente no processo. A partir dessa perspectiva, criou-se a noção de responsabilidade independente de culpa, fundada em uma teoria que os juristas chamaram na época de “risco-proveito”³¹

A teoria do “risco-proveito” se baseia na ideia de que, o indivíduo que desenvolve determinadas atividades econômicas, colocando máquinas e outras estruturas em funcionamento, cria ao mesmo tempo um risco adicional para os seus empregados que ali estão trabalhando, como também para a coletividade. Sendo assim, como o empresário tira proveito daquele empreendimento, deve também assumir o risco da atividade, respondendo pelos danos causados aos seus empregados e a terceiros, independente de estar presente o elemento culpa, desde que, é claro, os danos tenham sido decorrentes daquela atividade.

Método, 2015.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Segundo Caio Mário³²:

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

A regra, portanto, é a responsabilidade civil fundamentada na presença de culpa *lato sensu*. Entretanto, em determinadas situações, a necessidade de demonstração da culpa tornaria muito difícil, quase impossível, a reparação dos danos causados, configurando uma injustiça premente, e nestes casos o ordenamento jurídico autoriza a responsabilização civil de forma objetiva.

Na contemporaneidade, fala-se inclusive de uma tendência à objetivação da responsabilidade civil, como uma forma de proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade. William Paiva Marques Júnior³³, ao enfrentar a questão da constitucionalização do Direito Civil, assevera:

O Código Civil de 2002 está permeado de uma estrutura principiológica oriunda da constitucionalização das relações privadas. Neste jaez, tem-se: (a) uma hermenêutica civilista contemporânea amalgamada pelo princípio da sociabilidade das relações privadas em seus mais diversos matizes; (b) a força cogente dos contratos apresenta uma liberdade contratual mitigada por matérias de ordem pública; (c) a propriedade e seus consectários (contrato e empresa) denotam o seu viés eminentemente permeado pela função social; (d) adoção dos postulados gerais da cooperação, solidariedade e boa-fé; **(e) reconhecimento dos direitos da personalidade e a sua repercussão na responsabilização civil; (f) objetivação da responsabilização civil em situações cada vez mais numerosas;** (g) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.
(Grifou-se)

A responsabilidade civil objetiva, porém, deve preencher todos os outros requisitos já examinados para a responsabilidade subjetiva, a saber, ação e/ou omissão, dano e o nexo de causalidade, dispensando apenas, para sua configuração, a presença do elemento subjetivo, ou seja, a culpa *lato sensu*.

Apesar de a responsabilidade civil objetiva já ser, nos dias atuais, consagrada como um instituto do Direito Civil, nem sempre foi dessa forma. Carolina Bellini de Paula³⁴ afirma:

A consolidação da responsabilidade civil objetiva não foi rápida nem fácil. Primeiramente,

³² PEREIRA, Caio Mario Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. III**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.547.

³³ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do Direito Civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**, v. 34, p. 313-353, 2013.

³⁴ PAULA, Carolina Bellini de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007, p.13.

os tribunais começaram a admitir maior facilidade na prova da culpa, evoluindo-se, em seguida, para a admissão da culpa presumida, vale dizer, sem abandonar a ideia de culpa, por via de uma presunção, obtendo-se, na prática, o efeito da teoria objetiva.

Portanto, houve uma progressão, desde a responsabilidade civil com culpa, até a aceitação de uma responsabilidade civil com presunção de culpa *juris tantum*, seguida por uma responsabilidade com presunção de culpa *juris et de jure*, até a aceitação do instituto da responsabilidade civil objetiva sem o elemento culpa.

Sergio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, menciona as diversas teorias do risco que fundamentam a responsabilidade civil objetiva. Primeiramente a já mencionada teoria do risco proveito, que determina que aquele que tira proveito de determinada atividade, também deve assumir os encargos dos danos que essa atividade vier a produzir, e se resume na máxima *ubi emolumentum, ibi onus*. Outras teorias são: a teoria do risco profissional, que estipula o dever de indenizar sempre que o fato prejudicial decorre da atividade laboral do indivíduo que foi lesado. A teoria do risco criado, que diz que aquele que em razão de sua profissão cria um perigo, está sujeito ao dever de reparar, a teoria do risco integral, que atribui o dever de indenizar àquele que exerce determinada atividade, ainda que tal atividade não seja a causa direta e imediata do evento danoso.³⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, diversas são as situações nas quais incide a hipótese de configuração da responsabilidade civil objetiva.

Pioneiramente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, adotou de forma genérica a teoria da responsabilidade objetiva, aceitando a teoria do risco criado. De acordo com o Artigo 14 do código consumerista: “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 ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.³⁶

No parágrafo 4º do mesmo artigo, entretanto, o Código de Defesa do Consumidor deixa claro que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, a responsabilidade de tais profissionais, mesmo nas relações de consumo, é do tipo subjetiva.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 estabeleceu diversas situações de configuração de responsabilidade objetiva. Segundo Caio Mário Silva Pereira³⁷:

³⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

³⁷ PEREIRA, Caio Mario Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. III**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.548.

A regra mais importante é a do parágrafo único do art. 927, que instituiu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao determinar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Caberá à jurisprudência, com a colaboração da doutrina, concretizar o que significa atividade que implique por sua natureza risco para os direitos de outrem, já que em princípio quase toda a atividade humana gera risco para outra pessoa, o que levaria a crer que no atual sistema a responsabilidade objetiva é a regra e a subjetiva a exceção.

Assim como há uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, há cláusulas específicas espalhadas pelo Código Civil, como a responsabilidade do dono de animais do artigo 936; a do dono de edifício ou construção, pelos danos que resultem de sua ruína, ao teor do artigo 937 do mesmo diploma; a responsabilidade de quem habita um prédio, pelo dano proveniente das coisas que dele caírem, ou forem lançadas, conforme disposição do artigo 938 e a responsabilidade daquele de demandar o devedor antes de vencida a dívida, ou que demandar por dívida já paga no todo ou em parte, conforme artigos 939 e 940.³⁸

A responsabilidade objetiva, entretanto, deve ser aplicada somente nas situações expressamente previstas em lei, justamente porque a regra na responsabilidade civil é a responsabilidade subjetiva, pois se assim não fosse, qualquer indivíduo poderia ser responsabilizado, a qualquer tempo, por um ato lícito, ou seja, ato esse praticado sem ter o autor agido com dolo, imperícia imprudência e/ou negligência.

2.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil Brasileiro³⁹ dispõe em seu artigo 188, caput e incisos:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Dessa forma, não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade.

³⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

³⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

O Código Civil não traz o conceito de legítima defesa, devendo tal conceito ser buscado no Código Penal, que em seu artigo 25 define: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.⁴⁰

Com o surgimento do Estado Moderno, o monopólio da força passou a pertencer ao ente estatal, sendo que, em regra, não é permitido ao particular fazer justiça com as próprias mãos. Todavia, o ordenamento jurídico reconhece que o Estado não pode estar presente em todos os locais ao mesmo tempo e o indivíduo muitas vezes se vê em uma situação de urgência, em que não pode esperar pelo reforço policial ou pela presença de outros órgãos estatais e, nestes casos excepcionais, a lei autoriza o exercício da autotutela.

Conforme os ensinamentos de Paulo Nader⁴¹:

A forma ordinária de se lutar em defesa dos direitos subjetivos é a solicitação da interferência do Estado, seja rogando a proteção da polícia preventiva, seja mediante ingresso em juízo. Nem sempre, porém, as circunstâncias comportam um compasso de espera; quando a agressão injusta é atual ou iminente, a lei autoriza o titular do direito, ou qualquer outra pessoa, a repelir a prática antijurídica. Rudolf von Ihering, em *A Luta pelo Direito*, observou que o ser humano possui o dever moral de lutar pelos seus próprios direitos: “*Não permiti que vosso direito seja pisoteado impunemente.*”¹⁹ A moral e a lei não exigem a resignação ou o espírito de renúncia. Se a pessoa dispõe de recursos para afastar a injusta agressão, valendo-se igualmente de meios violentos, assim poderá agir, desde, entretanto, que não se exceda na reação.

Para se configurar como legítima defesa, portanto, a reação deve ser dirigida a combater uma agressão injusta, como o próprio Código Penal enfatiza. Além disso, o agente deve se utilizar dos meios necessários de forma moderada, apenas na medida necessária para repelir a agressão. Se o agente, no ato da legítima defesa, se exceder, responderá civil e penalmente pelo excesso praticado.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 65 dispõe que: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.⁴²

Nesse caso, se o agente foi absolvido no processo criminal por ter agido em legítima defesa, não poderá ser responsabilizado civilmente, salvo nos casos de legítima defesa putativa, quando o agente tem uma representação falseada da realidade e age acreditando estar em legítima defesa.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016.

⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 156.

⁴² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016.

Exemplificativamente, o indivíduo A coloca a mão no bolso para pegar a carteira e B, seu desafeto, acredita que A irá puxar uma arma para lhe matar. Dessa forma, B age prontamente e saca sua arma, matando A. O agente poderá ser absolvido no processo criminal por faltar o dolo, já que só atirou porque achou que o seu desafeto queria lhe matar. Entretanto, será responsabilizado civilmente pelos danos provocados à vítima, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.⁴³

Já o exercício regular de um direito ocorre quando o sujeito age dentro dos limites de seu direito subjetivo.

Com relação ao exercício regular de direito, Damásio de Jesus⁴⁴ ensina que:

A expressão direito é empregada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direito subjetivo (penal ou extrapenal). Desde que a conduta se enquadre no exercício de um direito, embora típica, não apresenta o caráter de antijurídica. Ex.:

- a) prisão em flagrante realizada por um particular;
- b) liberdade de censura prevista no art. 142 do CP;
- c) direito de retenção permitido pelo CC;
- d) direito de correção do pai em relação ao filho.

Sendo assim, por exemplo, o locatário, possuidor de boa fé, que exerce o seu direito de retenção do imóvel sob o argumento de ter realizado benfeitorias necessárias naquele imóvel, age no exercício regular de um direito, não cabendo, portanto, indenização por responsabilidade civil nesse caso.

Outra situação é o caso da prisão em flagrante. O artigo 301 do Código de Processo Penal determina que: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.⁴⁵

Dessa forma, o particular que efetua a prisão de um agente no momento do cometimento do crime está agindo no exercício regular de um direito, amparado pelo Código Processual Penal, e não poderá ser responsabilizado nem civil e nem criminalmente.

Observe-se, contudo, que o Código Civil dispõe no artigo 187 o seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.⁴⁶

⁴³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 156.

⁴⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral**. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 442.

⁴⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

Dessa forma, o direito subjetivo deve ser exercido dentro dos limites traçados pela lei, bem como pelo princípio da boa fé objetiva, sob pena de se configurar o chamado abuso de direito, e aí sim, haverá responsabilidade civil, pois terá ocorrido o exercício de um direito contrário aos princípios que norteiam a vida em sociedade.

O conceito de estado de necessidade também está previsto no Código Penal, mais precisamente no *caput* do artigo 24: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.⁴⁷

No estado de necessidade, existem dois bens jurídicos em perigo atual, e o agente sacrifica um bem jurídico menor em prol da preservação de um bem jurídico mais importante, mas só restará configurado o estado de necessidade se o agente não tiver criado ele mesmo a situação de risco.

Bastante elucidativa a explicação de Fernando Capez⁴⁸:

No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo. Exemplo: um pedestre joga-se na frente de um motorista, que, para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades. Entre sacrificar uma vida e um bem material, o agente fez a opção claramente mais razoável. Não pratica crime de dano, pois o fato, apesar de típico, não é ilícito.

Entretanto, com relação ao estado de necessidade, há uma diferença. É que, enquanto quem age em legítima defesa ou no exercício regular de um direito não responde civil nem criminalmente pelo dano causado, no estado de necessidade, subsiste a obrigação de reparar os prejuízos, caso a vítima não tenha causado o perigo iminente.

É o que se pode extrair do artigo 929 do Código Civil⁴⁹: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

Diz ainda o artigo 930 do Código Civil⁵⁰: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120)**; 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 293-294.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

importância que tiver ressarcido ao lesado”.

Portanto, no exemplo do motorista que desvia de um pedestre que se joga na frente de seu carro, e acaba colidindo com outro veículo, não caberá responsabilização penal pelo crime de dano, no entanto, o motorista será responsabilizado civilmente pelos danos causados ao veículo de terceiro que não criou o perigo em questão.

Se o perigo foi criado por terceiro, entretanto, caberá ação regressiva do autor do dano em face do terceiro, pela importância que teve que pagar a título de indenização. No caso em questão, por exemplo, o motorista terá que indenizar os danos causados ao veículo com o qual colidiu, mas terá ação regressiva contra o pedestre, o qual, com a sua conduta de se jogar na frente do carro, criou um risco proibido.

Ainda como excludentes de responsabilidade civil, temos as hipóteses de caso fortuito e força maior. A conceituação desses dois termos é, até hoje, objeto de muita discussão pela doutrina e jurisprudência, gerando por vezes, definições confusas e até mesmo contraditórias, sendo que a tendência atual é considerar que caso fortuito e força maior são termos sinônimos, até mesmo porque essa diferenciação não apresenta relevância prática, já que o efeito é o mesmo, qual seja, a exclusão da responsabilidade civil.

O Código Civil⁵¹, em seu artigo 393, acabou por equiparar os efeitos decorrentes da incidência de caso fortuito e força maior, extinguindo, dessa forma, cizânia que por longo tempo permaneceu na doutrina e na jurisprudência, em torno da delimitação conceitual dos institutos referenciados:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. **O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.**

(Grifou-se).

Caso Fortuito e Força Maior, portanto, são eventos imprevisíveis, ou ainda que previsíveis, inevitáveis, quer dizer, mesmo que o agente empregue a diligência necessária esperada do homem médio, mesmo assim, por circunstâncias imprevisíveis e/ou inevitáveis, alheias à vontade do agente, o dano acaba se concretizando. Tais circunstâncias eliminam o nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso produzido, salvo de houver previsão contratual de

⁵¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

responsabilização por prejuízos resultante de caso fortuito e força maior.⁵²

Doutrina e jurisprudência têm feito a distinção entre fortuito interno e fortuito externo, sendo que, apenas no caso de fortuito externo, a responsabilidade civil seria afastada. Carlos Roberto Gonçalves⁵³ leciona:

Modernamente se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo” (força maior, ou Act of God dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno, não.

Assim, somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível. Um raio que atinge subitamente uma condução, provocando a perda da direção e um acidente com danos, afasta a responsabilidade do motorista, pelo rompimento da relação de causalidade. Já o fortuito interno, em que a causa está ligada à pessoa (quando ocorre um mal súbito) ou à coisa (defeitos mecânicos), não afasta a responsabilidade do agente, ainda que o veículo esteja bem cuidado e conservado, porque previsível.

A consequência do fortuito externo, portanto, é a exclusão da responsabilidade civil, com afastamento do dever de indenizar, ao passo que na ocorrência do fortuito interno, o qual está diretamente relacionado à empresa ou agente, persiste a responsabilidade civil, não sendo excluído o dever de indenizar do agente, porquanto o fortuito interno goza de maior previsibilidade.

⁵² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2015, p.601.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V.2 - teoria geral das obrigações**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.484.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico é tema sempre presente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A evolução da Medicina, com o surgimento de novos tratamentos e sofisticados meios diagnósticos, bem como a cada vez mais crescente despersonalização da relação médico-paciente, contribuem para o crescente número de demandas judiciais decorrentes de falhas no tratamento médico.

O presente capítulo se propõe a discutir os aspectos gerais da responsabilidade civil do médico, levantando as questões mais frequentes e discorrendo sobre a forma de responsabilização do profissional médico.

3.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A discussão sobre erro médico remonta ao Código de Hamurábi. Segundo Nehemias Domingos de Melo⁵⁴:

Embora se possam encontrar registros de práticas médicas na mais remota antiguidade, o primeiro documento histórico que tratou especificamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Alguns artigos tratam de normas gerais com relação à atividade médica, outros são mais específicos. Esse Código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão, caso fosse imperito. Tais penas eram aplicadas quando ocorria morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois, quando se referisse a escravo ou a animal, a previsão era de ressarcimento do dano.

Como se pode observar, no atinente à responsabilidade civil do médico, também vigorava na antiguidade o conceito de *Nexum*, ou seja, a reparação de danos se resolvia no próprio corpo do devedor, quando, por exemplo, o cirurgião que incorresse em erro médico teria suas mãos amputadas. A ideia não era, pois, de buscar a reparação do dano, mas sim de punição, ou de retribuição pelo dano causado.

O conceito de vingança privada perdurou durante algum tempo, até que no Período Romano, com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, o causador do dano passou a responder com seu próprio patrimônio e não mais com o seu corpo.⁵⁵

No começo do século XIX, na França, quase desapareceu a responsabilidade jurídica do médico, com uma decisão da Academia de Medicina de Paris em 1829, que consagrou a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais de saúde. De acordo com tal corrente, as questões médicas

⁵⁴ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V.2 - teoria geral das obrigações**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

envolviam um conjunto de variáveis, a saber, diagnóstico, prognóstico, tratamento, cirurgia, e o médico só poderia ser responsabilizado caso ficasse provado que houve erro grosseiro, grave e inescusável.⁵⁶

Contudo, houve uma reviravolta na jurisprudência francesa, com um *leading case* de 1832, relativo à conduta praticada por um médico durante um trabalho de parto, que desencadeou um processo onde, à época, ficou famosa a atuação do procurador francês *Dupin*.

Nehemias Domingos de Melo⁵⁷ faz um relato do caso, que consistiu no seguinte:

...o médico *Helie de Domfront* foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. *Foucault*. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família *Foucault* ingressa em juízo contra o médico.

O Procurador Geral Dupin acabou por rebater todos os argumentos da defesa e seu parecer é dotado de extraordinário valor histórico e jurídico, conforme ensina Genival Veloso França⁵⁸, que transcreve os principais trechos do referido parecer:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se desta noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

Em circunstâncias raras, que podem, porém, apresentar-se às vezes, se o médico é levado ante os tribunais, não se deve dizer que sua reputação está sem garantias. Somente seus atos são submetidos à sua equânime apreciação, como são as ações de todos os outros cidadãos, quaisquer que sejam os seus estados ou as suas condições.

O Tribunal Francês acabou por condenar o Doutor Helie ao pagamento de uma pensão anual de duzentos francos. Na época moderna, foi no Direito Francês, portanto, que se estabeleceram as primeiras normas sobre responsabilidade médica, servindo de parâmetro, inclusive para o Direito Brasileiro.

⁵⁶ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

⁵⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Conclui-se que houve notória evolução da responsabilidade civil do médico, desde uma responsabilidade baseada na máxima “olho por olho e dente por dente”, com fortes requintes de vingança privada, evoluindo para uma responsabilidade onde a reparação do dano, passou a ser o objetivo maior, sendo que tal responsabilidade passou a se resolver no patrimônio do autor. Acrescente-se ainda a grande contribuição do Direito Francês, onde a responsabilidade médica passou, inicialmente, de uma quase irresponsabilidade total do médico, até uma responsabilidade baseada na demonstração de imperícia, imprudência e negligência, tal como é vista nos dias atuais.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A responsabilidade civil pode ser classificada em contratual ou extracontratual, esta última também conhecida como aquiliana. A responsabilidade contratual, como o próprio nome sugere, tem sua fundamentação em uma obrigação prévia assumida através da manifestação de vontade de duas ou mais pessoas. O não cumprimento da obrigação por um dos contratantes obriga o mesmo a indenizar a outra parte contratante, em decorrência da inadimplência.⁵⁹

Assim, se existe um contrato de prestação de serviços, e uma das partes descumpre alguma das avenças pactuadas no referido contrato, surge para a outra parte o direito à indenização pelo inadimplemento. Inclusive, nesse caso, presume-se a culpa, bastando para a configuração da responsabilidade que a parte lesada demonstre a inadimplência do contratante faltoso.

Já com relação à responsabilidade extracontratual, assevera o Código Civil⁶⁰ em seu artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nesse caso, não há um vínculo pré-existente, e a responsabilidade é configurada quando demonstrado todos os seus elementos, já discutidos previamente (conduta comissiva ou omissiva, dano, nexo de causalidade e elemento subjetivo).

A responsabilidade extracontratual fundamenta-se em um princípio geral do Direito Civil que é o de não ocasionar dano a ninguém, também chamado de *neminem laedere*. Tal princípio estabelece um dever geral, originário, que tem o indivíduo de não causar dano a ninguém. A responsabilidade civil é, portanto, um dever jurídico sucessivo, que surge após o descumprimento desse dever originário de não causar nenhuma lesão.⁶¹

⁵⁹ DEVOS, Rafael. **A Responsabilidade Civil Hospitalar em Decorrencia de Internação determinada por Provimento Judicial para Paciente de médicos não pertencentes ao corpo clínico**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5002>. Acesso em abr 2016.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

⁶¹ FERNANDES, Deborah Fonseca. **Responsabilidade Civil e o princípio neminem laedere**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul 2015. Disponível em:

Muito já se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, se a responsabilidade civil originada da relação médico-paciente seria do tipo contratual ou extracontratual.

Apesar das controvérsias, majoritariamente hoje se entende que a atividade médica é de natureza contratual. Nesse sentido, leciona Arnaldo Rizzardo⁶²:

Outrossim, está inerente ao trabalho do médico a natureza contratual, porquanto as partes acertam sua prestação, combinando o pagamento, e decorrendo direitos e obrigações. Mesmo assim, não dominam os princípios da responsabilidade objetiva, porquanto nem sempre é certo o êxito de seu desempenho.

[...]

Daí se concluir que não se contrata determinado resultado, mesmo que almejado. E se não atingido o resultado, não importa em presumir a culpa, que somente se caracteriza se não proceder o médico de acordo com as regras e os ditames técnicos da profissão. A inadimplência somente desponta se faltaram a atenção, a ciência própria para aquele ato realizado, o cuidado e diligência que eram de se esperar, a capacidade exigida para o ato realizado.

Portanto, a atividade médica é vista como de natureza contratual, onde o médico coloca à venda a sua força de trabalho, se comprometendo a atuar conforme o atual estado da arte, utilizando-se das técnicas apropriadas e agindo com esmero e dedicação, sem, no entanto, estar obrigado a atingir o resultado almejado, porquanto sua obrigação é de meios. Por outro lado, o paciente se compromete com a contraprestação pelos serviços prestados, seja por intermediação de um plano ou seguro de saúde, seja pelo pagamento feito pelo paciente diretamente ao médico.

Esse entendimento encontra assento também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶³:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.

2. **A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio**, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética.

3. "Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora"

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16229>. Acesso em abr 2016.

⁶² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 321-322.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.097.955/MG. Relatora: ANDRIGHI, Nancy, Terceira Turma. Julgado em: 27/09/11. Publicado no DJE em: 03/10/11. Disponível

em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=819008&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 20 abr 2016.

4. Recurso especial provido. (Grifou-se)
(STJ, REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA,
julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011).

É possível, entretanto, haver situações excepcionais, quando a relação médico-paciente será de natureza extracontratual.⁶⁴ Basta pensar no exemplo do médico que vai caminhando pela rua e encontra um transeunte deitado na calçada acometido por um infarto agudo do miocárdio. O médico, nesse caso, tem o dever de prestar socorro, mas tal relação não está baseada em nenhum acordo de vontades realizado anteriormente entre médico e paciente. Nesse caso e em outros assemelhados, a responsabilidade civil é extracontratual.

Por outro lado, sendo a relação médico-paciente, na grande maioria dos casos, uma relação contratual, resta saber qual a natureza desse contrato que se estabelece entre o médico e o enfermo.

O Código Civil dispõe em seu artigo 951: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”⁶⁵

A princípio, o contrato entre médico e paciente, aparentemente, teria a natureza de um contrato de prestação de serviços, regulado pelo Código Civil. Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º dispõe que: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”⁶⁶

Ora, o médico é em regra pessoa física, e às vezes atuando também por meio de pessoa jurídica, que realiza atividade de prestação de serviços de forma regular e que, portanto, se encaixa perfeitamente na definição do artigo 3º do código consumerista, o que nos leva à conclusão de que a natureza do contrato entre médico e paciente é de contrato de prestação de serviços regido pelo Código de Defesa do Consumidor, configurando-se uma relação de consumo.

A esse respeito, Silvio de Salvo Venosa⁶⁷ esclarece:

O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/1990.

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3 : responsabilidade civil**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 20 abr. 2016.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 20 abr. 2016.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil, (V. 4)**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.156.

O médico ou a pessoa jurídica que presta o serviço coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3o. O § 2o deste último artigo não deixa dúvidas a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora do Código de Defesa do Consumidor: serviço é qualquer atividade de consumo, mediante remuneração. Contudo, a responsabilidade do médico continua a ser subjetiva nos termos do CDC.

Portanto, o parágrafo 2º do artigo 3º do código consumerista, ao descrever o que se entende por serviço, não deixa dúvidas: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.⁶⁸

A relação médico-paciente hodiernamente é, pois, vista sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, ainda mais com o desaparecimento da figura do “médico de família”, que aliado ao desenvolvimento da tecnologia, tornou a relação médico-paciente cada vez mais dotada de impessoalidade. O Superior Tribunal de Justiça⁶⁹ já tem entendimento firmado sobre a matéria:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 27 DO CDC. DECISÃO MANTIDA. 1. **Consoante a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive o prazo prescricional previsto no artigo 27 da Lei 8.078/1990.** Precedentes 2. Agravo regimental não provido. (Grifou-se)
(STJ, AgRg no AREsp 785.171/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe de 24/11/2015)

No caso em questão, se discutia o prazo prescricional da ação por responsabilidade civil decorrente de erro médico, já que o prazo do Código Civil, segundo o artigo 206, parágrafo 3º, inciso V é de três anos, entretanto, o prazo de prescrição da pretensão de reparação no código consumerista é de cinco anos, conforme a disciplina do artigo 27 do referido diploma legal. O Superior Tribunal tem entendimento firmado de que o prazo prescricional em questão é de cinco anos, já que a prestação de serviços médicos se configura como relação de consumo.

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor estabelecer como regra a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, ao tratar dos profissionais liberais, em seu artigo 14, parágrafo 4º, o CDC⁷⁰ excepciona: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Dessa forma, a relação médico-paciente tem natureza de relação de consumo, mas a responsabilidade do médico, profissional liberal, é subjetiva,

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 20 abr. 2016.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 785.171/SP. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe, 4ª Turma. Julgado em: 19/11/15. Publicado no DJE em: 24/11/15. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+m%E9dico+cdc&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 21 abr 2016.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 20 abr. 2016.

apurada mediante comprovação de que este agiu com imperícia, imprudência ou negligência.

Ocorre que, frequentemente na esfera privada, o serviço médico é prestado por um médico conveniado a algum plano de saúde, ou por um médico que é contratado por um hospital privado ou clínica privada. Nesse caso, a responsabilidade do médico e do hospital é solidária, por força da relação de consumo, onde há solidariedade entre a cadeia de fornecedores. Daí surgiu a questão de saber se deveria haver individualização das responsabilidades, respondendo o médico de forma subjetiva e o hospital de forma objetiva.

Miguel Kfoury Neto⁷¹ responde ao questionamento da seguinte forma: “Atualmente, dúvida não há: mesmo quando haja solidariedade, o hospital somente será compelido a responder caso se comprove culpa do médico”. Mais à frente, complementa: “Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara e provada”.

Esse entendimento encontra aresto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷²:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PARTO. USO DE FÓRCEPS. CESARIANA. INDICAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA. LESÃO NO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO. MÉDICO CONTRATADO. CULPA CONFIGURADA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AÇÃO DE REGRESSO. PROCEDÊNCIA. DANOS MORAIS. VALOR. RAZOABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto.

2. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.

3. No caso em apreço, ambas as instâncias de cognição plena, com base na prova dos autos, concluíram que houve falha médica seja porque o peso do feto (4.100 gramas) indicava a necessidade de realização de parto por cesariana, seja porque a utilização da técnica de fórceps não se encontra justificada em prontuário médico.

4. A comprovação da culpa do médico atrai a responsabilidade do hospital embasada no artigo 932, inciso III, do Código Civil ("São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"), mas permite ação de regresso contra o causador do dano.

5. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pela instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

6. Recurso especial parcialmente provido. (Grifou-se)

(STJ, REsp 1.526.467/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA

⁷¹ NETO, Miguel Kfoury. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 233 e 236.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.526.467/RJ. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Bôas, 3ª Turma. Julgado em: 13/10/15. Publicado no DJE em: 23/10/15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+m%E9dico+cdc&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>> Acesso em: 21 abr 2016.

Assim, a despeito a responsabilidade dos hospitais e clínicas é objetiva com relação aos serviços relacionados ao estabelecimento, tais como internação, alimentação, transporte de pacientes, equipamentos e serviços auxiliares. No que tange ao erro médico, o hospital responderá solidariamente com o profissional, desde que reste comprovada a culpa desse último. Se restar provado que o médico não agiu com negligência, imperícia ou imprudência, não há que se falar em responsabilidade solidária do hospital pelo ato médico.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO SERVIÇO PÚBLICO

De acordo com informações obtidas no *site* do Conselho Federal de Medicina⁷³, cerca de setenta e cinco por cento da população brasileira é usuária exclusiva do Sistema Único de Saúde (SUS). É o que se pode concluir do seguinte excerto:

Em 2014, segundo estimativa do IBGE, o país tinha 201.032.714 habitantes. Em junho de 2015, de acordo com os números da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), os clientes de planos de saúde eram 50.516.992. Os demais 150.515.722 de brasileiros recorrem exclusivamente ao SUS. Assim, em nível nacional, a população atendida pela assistência médica suplementar tem aproximadamente três vezes mais médicos à sua disposição que a população atendida pela rede pública.

Infelizmente, é de notório conhecimento que a saúde pública no Brasil funciona de forma precária, com uma estrutura antiga e sucateada, com exceção de raras ilhas de excelência, e com a histórica carência de recursos e de profissionais, o que resulta em um péssimo atendimento prestado à população e leva as pessoas que dispõem do mínimo recurso financeiro a recorrer ao sistema privado de saúde.

Diante dessa realidade crônica de sucateamento e ineficiência do SUS, os questionamentos são inevitáveis quando o desfecho é desfavorável, o que é bom que se diga, não é raro de acontecer. Contudo, a responsabilidade civil do médico que atua como servidor público, prestando serviços em nome do Estado, tem particularidades que devem ser observadas.

A Constituição Federal⁷⁴, em seu artigo 37, parágrafo 6º dispõe que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”

⁷³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Demografia Médica 2015: População que depende do SUS tem três vezes menos médicos que usuários de planos de saúde**. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25875>. Acesso em 28 abr. 2016.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 abr. 2016.

O que se pode extrair do Texto Constitucional é que, quando o agente público age em nome de uma pessoa jurídica de direito público, seja administração direta, fundações e autarquias, ou em nome de uma instituição de direito privado prestadora de serviço público, como, por exemplo, uma organização social ou uma concessionária, tais pessoas respondem pelos danos causados por esses agentes de forma objetiva.

A Constituição assegura, entretanto, o direito de regresso contra o agente que provocou o dano, mas neste caso, a responsabilidade do agente será avaliada de forma subjetiva, devendo restar caracterizado que o agente agiu com dolo ou culpa, para que haja a responsabilização do mesmo de forma regressiva.

Há uma controvérsia acerca da possibilidade de a vítima ajuizar a ação de responsabilidade civil diretamente contra o agente público causador do dano. O entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁵ foi o da “teoria da dupla garantia”, de acordo com o recurso extraordinário nº 327.904 de São Paulo, o qual é considerado o *leading case* nesse assunto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. **Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.** Recurso extraordinário a que se nega provimento. (Grifou-se)
(STF, RE 327904/SP, Relator: CARLOS AYRÉS BRITTO, PRIMEIRA TURMA. Julgado em: 15/08/06. Publicado no DJE em: 08/09/06)

A teoria da dupla garantia, portanto, assegura, de um lado, uma garantia ao particular que sofreu o dano, pois este poderá responsabilizar diretamente o ente estatal ou o ente privado prestador de serviço público, sem haver necessidade de provar que houve culpa ou dolo e, de outro lado, representa também uma garantia para o agente público, que só responderá perante a pessoa jurídica à qual estiver vinculado desde que fique provado que houve dolo ou culpa por parte do agente.

Sendo assim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é o de que não é possível

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 327904/SP, Relator: BRITTO, Carlos Ayres, 1ª Turma. Julgado em: 15/08/06. Publicado no DJE em: 08/09/06. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

que o particular responsabilize diretamente o agente público causador do dano, devendo a ação ser dirigida contra a pessoa jurídica à qual o agente estiver vinculado. O Superior Tribunal de Justiça⁷⁶ acenou em sentido contrário em julgado mais recente:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. **Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.** 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ. 3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador. 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade. (Grifou-se)
(STJ, Resp 1.325.862/PR, Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA. Julgado em: 05/09/13. Publicado no DJE em: 10/12/13)

Em que pese o entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar a discussão de matéria constitucional, entendemos que deve prevalecer a teoria da dupla garantia

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.325.862/PR. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe, 4ª Turma. Julgado em: 05/09/13. Publicado no DJE em: 10/12/13. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj>> Acesso em: 28 abr 2016.

defendida pelo Supremo Tribunal Federal, e também porque esse entendimento representa uma garantia ao administrado, de que o mesmo será ressarcido pelo Estado, quando um dano houver sido ocasionado por seus agentes.

Dessa forma, apenas para exemplificar, se um médico trabalha em um hospital público, ou até mesmo em uma empresa pública, organização social ou concessionária prestadora de serviço público e, de sua conduta se origina um dano ao paciente, a responsabilidade nesse caso recai sobre a pessoa jurídica a que o médico estiver vinculado, a qual responderá de forma objetiva. Posteriormente, caberá ação regressiva da pessoa jurídica em face do médico, mas nesse caso, o médico responderá de forma subjetiva.

Não se afigura possível, entretanto, que o próprio paciente demande diretamente o médico nessa situação. Ora, se nesse caso o médico atua em nome do Estado, seja em nome de uma pessoa de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, não se pode conceber razoável que o mesmo seja demandado como se atuasse em nome próprio. Neste caso responde o Estado perante o particular, de forma objetiva e, posteriormente, poderá entrar com ação regressiva contra o agente público, mas neste caso, terá que provar culpa ou dolo do agente.

3.4 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (*PERTE D'UNE CHANCE*)

A teoria da perda de uma chance é produto da jurisprudência francesa. Tem sido muito aplicada na seara da responsabilidade civil do médico, quando o ato médico resulta na perda de uma chance de cura ou de um melhor desfecho de tratamento.

Miguel Kfoury Neto⁷⁷ descreve com muita propriedade sobre a referida teoria:

O elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. A reparação, no entanto, não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim a chance perdida.

[...]

A chance perdida deve ser séria ou real e séria. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Dessa forma, no âmbito da teoria da perda de uma chance, a indenização não diz respeito ao dano produzido, porquanto não há um nexo causal direto entre a ação ou omissão do agente e esse dano. A relação que se estabelece é entre essa ação e/ou omissão e a perda de uma chance real e séria.

Exemplifica-se, por exemplo, a conduta omissiva de um advogado que perde um prazo

⁷⁷ NETO, Miguel Kfoury. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 75 e 77.

para interpor um recurso e o seu cliente perde uma chance de ter a sentença revista a seu favor. Ora, não há como afirmar com certeza que, se o recurso tivesse sido interposto, o cliente obteria sucesso. Mas se ficar evidente, no caso concreto, que havia uma chance razoável e séria de que esse recurso seria provido, será aplicada a teoria da perda de uma chance e o advogado responderá, mas o valor da indenização será menor do que seria a indenização pela reparação do dano, porquanto não há um nexo de causalidade direto, mas apenas uma probabilidade real de que esse dano não teria ocorrido.

O Superior Tribunal de Justiça⁷⁸ vem aplicando a teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do médico, como pode ser visto em julgado esclarecedor:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. **Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.** 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (Grifou-se)
(STJ, Resp 1.254.141/PR, Relator: NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. Julgado em: 04/12/12. Publicado no DJE em: 20/02/13)

No caso em questão, a paciente foi diagnosticada com câncer de mama e submetida pelo seu médico assistente a uma mastectomia parcial, com retirada apenas de um quadrante da mama e, posteriormente, houve recidiva do câncer, com metástases, e a paciente veio a óbito. Entendeu-se que, caso o médico tivesse realizado uma mastectomia total, com retirada de toda a mama, não haveria garantia de que a recidiva não teria ocorrido, no entanto, caso tal procedimento tivesse sido adotado, é indubitável que haveria uma chance real e séria de cura.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR. Relator: ANDRIGHI, Nancy, 3ª Turma. Julgado em: 04/12/12. Publicado no DJE em: 20/02/13. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1254141&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>> Acesso em: 28 abr. 2016.

Diante disso, o médico foi condenado a pagar uma indenização, mas em um valor menor do que seria o valor total apto a reparar o dano produzido. A redução foi calculada de forma proporcional, pois na teoria da perda de uma chance o que se busca indenizar é justamente a perda da oportunidade de um desfecho diferente, e não o dano em si, já que o nexo de causalidade não é plenamente estabelecido.

Em julgado mais recente, o Superior Tribunal de Justiça⁷⁹ voltou a aplicar a teoria da perda de uma chance, desta vez em um caso relacionado à coleta de células-tronco embrionárias:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. Recurso especial provido. (STJ, Resp 1.291.247/RJ, Relator: PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA. Julgado em: 19/08/14. Publicado no DJE em: 01/10/14)

No referido julgado, um banco de coleta de células-tronco foi responsabilizado, pois na hora do nascimento de uma criança, não havia nenhum dos prepostos da empresa para realizar a coleta de células-tronco. Observe-se que, para a aplicação da teoria da perda de uma chance não foi necessário, neste caso, sequer a comprovação de dano, bastando para condenação ter ficado evidente que a criança perdeu uma chance de ter suas células armazenadas para no futuro se utilizar delas, caso venha a precisar de algum tratamento de saúde.

Essa decisão deixa, portanto, bem claro que, o que se busca reparar é a perda de uma chance em si, e não um dano concretizado. Em consequência disso, a indenização também será proporcional, devendo ser menor do que a indenização que teria sido aplicada no caso em que se pleiteasse a reparação do dano integral.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.291.247/RJ. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso, 3ª Turma. Julgado em: 19/08/14. Publicado no DJE em: 01/10/14. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1254141&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 28 abr. 2016.

3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

A Constituição Federal⁸⁰, em seu artigo 5º, inciso VI, assegura: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Os adeptos da religião conhecida como Testemunhas de Jeová, baseados em diversos trechos bíblicos, recusam terminantemente a transfusão de sangue, bem como a doação de órgãos e tecidos. Alguns trechos que fundamentam essa crença são descritos por Edmilson de Almeida Barros Júnior⁸¹:

A Bíblia mostra claramente que o sangue é mais do que um complexo líquido biológico. São exemplos: Efésios 1:7, Hebreus 10:29 e Colossenses 1:20, dentre vários outros. O principal dispositivo religioso que veda a utilização de sangue é o que adverte: “Se alguém da casa de Israel, ou dos estrangeiros que residiram entre eles, tomar qualquer sangue, eu porei a minha face contra a pessoa que toma o sangue, e a cortarei de entre seus parentes. Pois a vida da carne está no sangue” (Levítico 17:10, 11). Deus então explicou o que um caçador devia fazer com um animal morto: “Ele deve derramar o seu sangue e cobri-lo de terra...”

Para as Testemunhas de Jeová, o Criador declarou: “Tudo que vive e se move vos servirá de comida [...] Contudo não deveis comer carne com vida, isto é, com sangue”. Para esses religiosos, o motivo principal pelo qual não se deve tomar sangue não é que o fluido seja ruim para a saúde, mas porque o sangue tem um significado especial para Deus.

Diante disso, vem à tona o questionamento sobre o que deve o médico fazer ao atender um paciente que confessa a religião de Testemunha de Jeová, necessita de transfusão sanguínea, mas que se recusa a receber a transfusão. A princípio, temos uma colisão entre princípios constitucionais, de um lado a liberdade de culto religioso e de outro lado o direito à vida.

O Código Civil⁸², em seu artigo 15, dispõe: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

O Código Penal⁸³, em seu artigo 146, descreve o tipo penal de constrangimento ilegal, mas excepciona em seu parágrafo terceiro: “Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 abr. 2016.

⁸¹ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico. Uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.131.

⁸² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 20 abr. 2016.

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016.

A discussão gira em torno de um dos princípios fundamentais da Bioética, qual seja, o da autonomia do paciente. Entretanto, no caso em que o paciente esteja em iminente risco de morte, o respeito à autonomia deve dar lugar à preservação da vida, que é o bem maior.

Não é difícil perceber que o ordenamento jurídico aponta para a prevalência do princípio da preservação da vida, mesmo que, para isso, a autonomia do paciente deva ser mitigada. Genival Veloso de França⁸⁴ discorre sobre essa questão:

Todavia, entendemos que neste particular os médicos enfrentam um grande desafio quando têm de salvar uma vida em iminente perigo de morte e de respeitar um sentimento religioso. Deve o médico entender, nos casos das Testemunhas de Jeová, que em muitas ocasiões o sangue pode ser substituído por outros fluidos ou não ser usado e, por isso, poderá desenvolver uma forma de tratamento que não sacrifique a vida nem comprometa seus princípios religiosos. Não esquecer também que esses adeptos não abrem mão da vida e não desacreditam na medicina, mas apenas em face da sua convicção religiosa solicitam abster-se de sangue. Infelizmente nem sempre é possível tal conciliação. Como se viu antes, nossa legislação penal substantiva em vigor admite como crime deixar de prestar assistência a pessoas em grave e iminente perigo de vida (artigo 135). E exclui da categoria de delito a intervenção médica ou cirúrgica, mesmo sem o consentimento do paciente ou de seu responsável legal, se justificada por iminente perigo de vida (artigo 146). Neste caso, o médico estaria no exercício regular de um direito e no cumprimento do dever legal.

Conclui-se que o direito à autonomia do paciente deve ser respeitado, e o médico não deve, em regra, submeter à transfusão de sangue pacientes que se recusam terminantemente. Contudo, se se tratar de risco de morte iminente, prevalecerá o bem maior que é a vida, e o médico deverá realizar a transfusão sanguínea, mesmo que contra a vontade do paciente ou da família, e se não o fizer, irá incorrer inclusive no tipo penal de Omissão de Socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal Brasileiro.

O Superior Tribunal de Justiça⁸⁵, no julgamento do *Habeas Corpus* 268.459, de São Paulo, entendeu por conceder a ordem em favor dos pais, que estavam sendo acusados de homicídio por recusar a transfusão sanguínea em sua filha, a qual veio depois a falecer:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE

⁸⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 268.459/SP. Relator: MOURA, Maria Thereza de Assis, 6ª Turma. Julgado em: 02/09/14. Publicado no DJE em: 28/10/14. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5>> Acesso em: 28 abr. 2016.

OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexitem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. **Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.** 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes. (Grifou-se) (STJ, HC 268.459/SP, Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA. Julgado em: 02/09/14. Publicado no DJE em: 28/10/14)

Dessa maneira, foi concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento da ação penal por atipicidade da conduta dos pais, que não podem ser responsabilizados por recusar a transfusão sanguínea por motivo de convicção religiosa. Entretanto, fez-se a ressalva de que os médicos, estes sim, tinham o dever de salvar a vida da criança e deveriam ter realizado a transfusão sanguínea, mesmo que contra a vontade dos pais, porquanto se tratava de risco de morte iminente, tanto que ocorreu o desfecho fatal em seguida.

Portanto, em uma situação de risco de morte para o paciente, não deve o médico hesitar nem por um segundo em realizar de pronto a transfusão sanguínea e os outros cuidados necessários à preservação da vida, mesmo que contra a vontade do paciente e dos familiares, agindo assim com o seu dever ético e legal. Ao agir de forma contrária, poderá ser responsabilizado penalmente pelo crime de omissão de socorro e civilmente pelos danos advindos da morte do paciente, não se excluindo também a responsabilidade administrativa.

A responsabilidade civil do médico, portanto, é tema permeado de nuances e situações

específicas, e que não se resume às questões discutidas nesse capítulo.

No próximo capítulo, será dado o enfoque à responsabilidade civil do médico nos procedimentos de cirurgia plástica, seja reparadora ou estética, enfrentando um tema que, aparentemente, está consolidado na jurisprudência e na doutrina pátrias, mas que, muito pelo contrário, enseja uma profunda reflexão.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA

A responsabilidade civil do médico é de natureza subjetiva, e o médico, quando assume uma obrigação com o paciente, esta obrigação tem natureza de obrigação de meio e não de resultado.

Porém, no tocante à cirurgia plástica e aos procedimentos estéticos, há uma gama de controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, quanto à natureza da obrigação assumida nessa seara, se de meio ou de resultado. Em que pese haver uma orientação predominante no sentido de tal obrigação se constituir em uma obrigação de resultado, faz-se necessária uma análise detalhada das premissas que dão suporte a tal posicionamento.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CIRURGIA PLÁSTICA

A Cirurgia Plástica é especialidade reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina⁸⁶, inclusive com possibilidade de registro de três áreas de atuação específicas: Atendimento ao queimado, Cirurgia Crânio-Maxilo-Facial e Cirurgia da Mão.

O Conselho Federal de Medicina⁸⁷ traz a definição de Cirurgia Plástica na Resolução nº 1.621 do ano de 2001 que dispõe em seu artigo 1º: “A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente”, e continua no artigo 2º: “O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social”.

Portanto, é importante que desde o início sejam refutados pré-conceitos e pré-juízos no sentido de que a Cirurgia Plástica seria especialidade pouco ligada ao tratamento médico e mais relacionada com a finalidade de mero aformoseamento ou embelezamento. Todo e qualquer procedimento realizado pela Cirurgia Plástica tem o objetivo de trazer o benefício à saúde do paciente, seja saúde de natureza física, psicológica ou social.

Isso porque o conceito de saúde na contemporaneidade é bem mais amplo, não sendo a mera ausência de doença física uma garantia de vida saudável. A Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946 (OMS) traz como um de seus princípios basilares: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, e afirma logo em seguida: “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir

⁸⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.666 de 2003. Publicado no DOU em: 25/06/03. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1666_2003.htm > Acesso em: 04 mai. 2016.

⁸⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.621 de 2001. Publicado no DOU em: 06/06/01. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm > Acesso em: 04 mai. 2016.

constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.⁸⁸

Dessa forma, a saúde pressupõe um completo bem estar físico, mental e social, e é direito de todo ser humano o gozo desse completo bem estar. A Cirurgia Plástica, portanto, mesmo quando se destina a fins predominantemente estéticos, tem como finalidade principal a saúde do paciente, porquanto quem não está satisfeito com o seu próprio corpo, não se pode dizer em gozo de plena saúde física, psíquica e muito menos social, e o que o paciente busca quando procura o atendimento do médico cirurgião plástico é nada menos que a conciliação com o seu próprio corpo e com a sua própria aparência.

Em sentido contrário, Genival Veloso de França⁸⁹ afirma:

O consentimento do paciente não pode, é claro, afastar o caráter criminoso de um fato. Os interesses protegidos pela lei são essenciais a todas as pessoas. Possuem um valor moral e social, superando os próprios interesses particulares.

A licitude ou a não licitude do ato humano não pode ficar na dependência de cada indivíduo. 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 tem por base interesses escusos de quem a procura, e objetivos nem sempre confessáveis de quem a realiza. Uma é de indiscutível valor humanitário; a outra está fora do âmbito da verdadeira Medicina. Não há razão para confundi-las, pois são dois conceitos distintos, duas maneiras diferentes de agir.

Discorda-se do entendimento ora em análise, uma vez que Genival Veloso de França chega inclusive a sugerir um caráter de ilicitude para as cirurgias plásticas que não tenham uma finalidade reparadora. De outra feita, não se pode afirmar que o paciente que busca uma cirurgia plástica tem interesses escusos. A insatisfação crônica com o próprio corpo ou parte dele leva a um prejuízo psíquico e social muitas vezes extremo, não deixando ao indivíduo outra opção senão procurar o auxílio do médico para obter alívio.

No presente trabalho, não se pretende fazer nenhum tipo de apologia ao culto do corpo e da beleza. Também não se defende a concessão de um salvo conduto para que os médicos possam realizar cirurgias sem indicações criteriosas e precisas, com objetivos meramente financeiros e mercadológicos. Os excessos devem ser combatidos com todo rigor.

Não se pode, por outro lado, criminalizar uma especialidade médica reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina. Deve-se abandonar essa visão totalmente ultrapassada que descreve o paciente que procura uma cirurgia plástica como alguém que não apresenta nenhum problema de

⁸⁸ CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO). 22 jul. 1946. Disponível em:<
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 04 mai. 2016.

⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

saúde e que assim o faz movido por mera futilidade.

Miguel Kfoury Neto⁹⁰ afirma:

Hodiernamente, não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma “cirurgia de luxo” ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o homem é um ser biopsicossocial, ou seja, o seu bem estar está diretamente relacionado à sua condição física, à sua condição psicológica e a como esse mesmo homem se vê inserido na sociedade. O paciente que procura uma cirurgia plástica está sim em busca de uma cura, se não uma cura para o corpo, uma cura para a alma, para que possa conviver de uma forma melhor consigo ou com o meio social que o rodeia.

Dito isso, segue-se com outras considerações importantes, que versam sobre a questão da diferenciação entre cirurgias reparadoras e cirurgias estéticas.

A Cirurgia Plástica é composta de dois ramos principais de atuação: a cirurgia reparadora e a cirurgia estética. Sobre isso, José Marcos Mélega⁹¹ ensina:

No século XIX, houve o grande desenvolvimento daquelas que eram as duas grandes vertentes da Cirurgia Plástica: a Cirurgia Reparadora e a Cirurgia Estética. As grandes guerras do século passado, o incremento das máquinas e seus acidentes, assim como o interesse do homem pela resolução dos defeitos congênitos, permitiram o avanço da cirurgia reparadora. Ao mesmo tempo, a procura por resultados estéticos mais harmoniosos e corpos rejuvenescidos foi a razão para o desenvolvimento deste novo campo da Cirurgia Plástica. Nos dias atuais, não existe esta diferenciação, já que, na reconstrução, procuram-se resultados anatômicos e, no aperfeiçoamento estético, não se pode perder de vista a função.

A Cirurgia Plástica Reparadora seria aquela que, como o próprio nome já esclarece, busca reparar defeitos e anomalias, sejam elas congênicas ou adquiridas, as quais prejudicam alguma função do organismo. Anomalia congênita é aquela que o indivíduo já porta desde o nascimento e a anomalia adquirida aparece ao longo da vida, seja em decorrência de traumatismos, doenças que provocam deformidades, etc.

Já a Cirurgia Plástica estética seria aquela em que o objetivo principal não é corrigir uma deformidade ou um defeito aparente, mas sim proporcionar um melhoramento estético ao paciente, quando, em regra, não há nenhum prejuízo funcional, mas o paciente não está satisfeito com a forma ou aparência de determinada parte de seu organismo.

Por exemplo, imagine-se a situação de um paciente que sofreu uma fratura da mão e,

⁹⁰ NETO, Miguel Kfoury. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.200.

⁹¹ MÉLEGA, José Marcos, VITERBO, Fausto, MENDES, Flávio Henrique. **Cirurgia Plástica - Os Princípios e a Atualidade**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. XIX.

por uma cicatrização óssea viciosa, desenvolveu uma seqüela com deformidade dos dedos das mãos. Nesse caso, além do prejuízo estético, há claro prejuízo funcional, tendo em vista que restam prejudicados os movimentos da mão. Diz-se que a cirurgia nesse caso é reparadora, pois visa restaurar a função de parte do corpo.

Em outro exemplo, pode-se vislumbrar a situação da moça jovem que está insatisfeita com o tamanho de suas mamas, pois acha que elas são muito pequenas, e deseja se submeter a uma cirurgia para a colocação de próteses mamárias. A rigor, não há um aparente prejuízo funcional pelo fato de as mamas serem pequenas. Diz-se, nesse caso, que a cirurgia é estética, pois não objetiva a princípio restaurar funções, mas sim produzir resultado de melhoramento estético.

Contudo, tal distinção vem perdendo cada vez mais importância, porquanto nas cirurgias reparadoras, objetiva-se também o aspecto estético e nas cirurgias estéticas, um dos princípios basilares é o de que o cirurgião deve manter a função da área operada.

Conclui-se que a cirurgia plástica é especialidade médica como qualquer outra, com particularidades é claro, mas que tem como função última o tratamento do paciente, seja restabelecendo uma determinada função do organismo, seja proporcionando um melhor resultado estético, e muitas vezes ambos, sempre objetivando o seu completo bem estar físico, psíquico e social.

4.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A obrigação nada mais é do que um liame jurídico que se estabelece entre um devedor e um credor de determinada prestação, seja essa prestação de dar, fazer ou não fazer. Carlos Roberto Gonçalves⁹², ao discorrer sobre o Direito das Obrigações, assevera:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.

A forma natural de extinção da obrigação é o cumprimento da prestação. Apenas no caso de descumprimento é que surge para o credor o direito de responsabilizar o devedor. A responsabilidade civil é, pois, elemento posterior à obrigação, que aparece justamente quando a obrigação não é cumprida espontaneamente.

Tendo em vista que a responsabilidade civil deriva da obrigação, a natureza da obrigação irá influenciar diretamente na forma como o devedor será responsabilizado no caso de

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V.2 - teoria geral das obrigações**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

seu descumprimento. Dessa forma, irá interessar para a presente discussão a classificação que divide as obrigações em obrigações de meio e obrigações de resultado.

Segundo Guilherme Calmon⁹³:

Conceitua-se obrigação de meio como aquela cuja prestação consiste numa atividade diligente do devedor em benefício do credor, e não num resultado certo e determinado que deve ser apresentado pelo devedor. **Na doutrina e na jurisprudência, tem-se exemplificado a obrigação de meio aquela que decorre de contrato de prestação de serviços médicos, além dos contratos envolvendo os profissionais da advocacia. É certo que o paciente, ao contratar o médico, pretende se curar da doença para fins de restabelecimento de sua saúde, mas o resultado – a cura – não pode ser objeto da negociação e, conseqüentemente, da obrigação; o paciente pode exigir do médico que lhe dispense um tratamento adequado, diligente, conforme o estado da arte na área da Medicina, sabendo, no entanto, que não há como o médico assegurar sua cura.** O mesmo se diga relativamente à contratação de um advogado: o cliente pode – e deve – exigir do profissional que atue de maneira proba, diligente, em consonância com o estágio atual do Direito, mas não há como cobrar um resultado judicial favorável. Observa-se, portanto, que o conteúdo da obrigação não é um resultado determinado, e sim a própria atividade do devedor, ou seja, a realização de ações e providências tendentes à produção do resultado almejado, ainda que este não ocorra.

A obrigação de resultado pode ser conceituada como a obrigação em que o devedor se compromete a alcançar determinado fim (resultado), sob pena de ser considerada inadimplida a obrigação. No contrato de transporte, por exemplo, o transportador se obriga a entregar a coisa transportada incólume no seu destino, tal como o empreiteiro se compromete a entregar o prédio com a segurança esperada e as especificidades constantes do negócio contratual celebrado. Na doutrina brasileira, há posição indicativa da qualificação da obrigação do cirurgião-dentista e do farmacêutico como obrigação de resultado.

(Grifou-se)

Portanto, na obrigação de meios, o devedor se compromete com a sua atuação de forma correta e técnica, com a finalidade de atingir determinado resultado, entretanto, não se compromete com a obtenção desse mesmo resultado.

A título de ilustração, o advogado que assina um contrato de prestação de serviços advocatícios com um cliente se compromete a utilizar de todos os meios disponíveis e da boa técnica para tentar obter em juízo o bem da vida desejado pelo seu cliente. Contudo, não tem o advogado como garantir que a sentença será favorável, pois isso já foge ao controle de sua atividade. O conteúdo da sentença dependerá de outros fatores, como, por exemplo, do livre convencimento do juiz, que estão além do âmbito de atuação do advogado.

Diferente é a obrigação que assume, por exemplo, uma transportadora. Nesse caso, a empresa se compromete a transportar uma determinada mercadoria de um local de origem para um local de destino. A obrigação aqui assumida é a de fornecer ao cliente um resultado, qual seja a entrega da mercadoria em perfeitas condições no local de destino.

⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008, p.186.

A importância dessa classificação reside na distribuição do ônus da prova em caso de responsabilização civil por alegação de descumprimento da obrigação Flávio Tartuce⁹⁴ assevera:

A obrigação de meio ou de diligência é aquela em que o devedor só é obrigado a empenhar-se para perseguir um resultado, mesmo que este não seja alcançado. Aqueles que assumem obrigação de meio só respondem se provada a sua culpa genérica (dolo ou culpa estrita – imprudência, negligência ou imperícia). Por conseguinte, haverá responsabilidade civil subjetiva daquele que assumiu tal obrigação. Assumem obrigação de meio os profissionais liberais em geral, caso do advogado em relação ao cliente e do médico em relação ao paciente, entre outros. A responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva em virtude da previsão do art. 14, § 4.º, da Lei 8.078/1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor. O mesmo é previsto para os profissionais da área da saúde, conforme o art. 951 do CC.

Por outra via, na obrigação de resultado ou de fim, a prestação só é cumprida com a obtenção de um resultado, geralmente oferecido pelo devedor previamente. Aqueles que assumem obrigação de resultado respondem independentemente de culpa (responsabilidade civil objetiva) ou por culpa presumida, conforme já entendiam doutrina e jurisprudência muito antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Assumem obrigação de resultado o transportador, o médico cirurgião plástico estético e o dentista estético.

Conclui-se que, se a garantia assumida tem natureza de obrigação de meio, para responsabilizar o devedor, o credor terá que demonstrar todos os elementos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta, nexos causal, dano e elemento subjetivo. Deverá, pois o credor demonstrar que o devedor agiu com imperícia, imprudência ou negligência.

Por outro lado, se a obrigação assumida tem natureza de obrigação de resultado, o devedor responderá de forma objetiva, independentemente de culpa, ou, a depender do caso concreto, responderá de forma subjetiva, mas a culpa será presumida, invertendo-se o ônus da prova em favor do credor, e o devedor é que terá que provar que não agiu com imperícia, imprudência ou negligência e que o resultado não se concretizou por circunstâncias alheias à sua conduta.

De a obrigação ser de resultado, resulta que ao responsabilizar o devedor, o credor terá apenas que demonstrar que houve a conduta do agente, nexos causal e o dano, já que, ou não será necessária a demonstração de culpa, ou a culpa será presumida, presunção esta *juris tantum*, já que caberá ao devedor demonstrar que não agiu com culpa.

4.3 NATUREZA DA OBRIGAÇÃO NA CIRURGIA PLÁSTICA

A regra é a de que a responsabilidade civil do médico é do tipo contratual, e a do cirurgião plástico não se mostra diferente. Tal responsabilidade decorre de uma obrigação assumida anteriormente entre o cirurgião e o paciente.

A controvérsia vem à tona quando se discute se a obrigação do cirurgião plástico tem

⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Forense, 2015.

natureza de obrigação de meio ou de resultado.

A regra geral é de que a obrigação do médico tem natureza de obrigação de meio. Foge da capacidade de qualquer médico garantir um resultado específico ao seu paciente, porquanto os desfechos na prática clínica e cirúrgica são, muitas das vezes, imprevisíveis e dependentes de uma gama de fatores alheios à vontade do médico e à sua capacidade técnica.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri⁹⁵ leciona:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguilar Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência.

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 951 do Código de 2002.
(Grifou-se)

Portanto, a obrigação que o médico assume com o seu paciente tem natureza de obrigação de meio e a responsabilidade médica tem natureza contratual e subjetiva, cabendo ao paciente ou, em caso de morte aos seus sucessores, provar que houve imperícia, imprudência ou negligência.

Quando se fala da natureza da obrigação assumida pelo cirurgião plástico, mormente nas cirurgias ditas estéticas, o entendimento majoritário, doutrinário e jurisprudencial, é no sentido de que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de resultado. Dessa forma o cirurgião plástico teria o dever de entregar ao paciente o resultado estético almejado.

A despeito de ser essa a posição majoritária, o tema é dotado de várias controvérsias, as quais demandam uma análise detalhada.

Ao tratar da responsabilidade do cirurgião plástico, Sergio Cavalieri⁹⁶ assevera:

O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc.

⁹⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 472-473.

⁹⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 486.

Nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia.

Admite-se que, no caso de cirurgias plásticas reparadoras, a obrigação continua sendo de meio, porquanto nesses casos, a função da cirurgia reparadora não é só a de propiciar ao paciente uma melhor aparência, mas principalmente de reparar um determinado órgão, estrutura ou função. O mesmo não ocorreria nas cirurgias ditas puramente estéticas, onde a tendência seria considerar a obrigação assumida pelo cirurgião plástico como uma obrigação de resultado.⁹⁷

Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁹⁸:

A obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos é, igualmente, como foi dito, de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado.

A primeira dificuldade que surge é que, conforme mencionado anteriormente, a classificação de cirurgias plásticas em estéticas ou reparadoras vem perdendo a importância, pois na cirurgia dita reparadora, há também objetivos estéticos e na cirurgia dita estética, objetiva-se também a preservação da função.

Para tentar enxergar como é tênue a linha divisória entre essas duas vertentes, basta pensar no exemplo de um paciente que foi submetido a uma ressecção de tumor de pele, e perdeu grande parte do tecido da face. A cirurgia nesse caso, que, a princípio, seria classificada como reparadora, acaba tendo como objetivo principal a reconstituição facial do paciente, trazendo tanto para o cirurgião como para o paciente uma grande preocupação com o resultado estético final.

De outra feita, tome-se como exemplo o caso de uma paciente que apresenta mamas volumosas e deseja se submeter a uma cirurgia de mamoplastia redutora, tendo em vista não estar satisfeita com o tamanho de suas mamas e que também sente constantes dores na coluna cervical, e a cirurgia se faz necessária para aliviar o quadro de cervicalgia crônica.

Nesse caso, a cirurgia que, a princípio poderia ser classificada como estética, terá como objetivo principal a eliminação do problema de coluna da paciente, porém, o cirurgião que executar o procedimento, também não poderá descuidar de preocupações estéticas, como, por exemplo, o tamanho final das mamas, a simetria das mesmas e aspectos de cicatrização cirúrgica.

⁹⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V.2 - teoria geral das obrigações**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193.

A natureza mista da cirurgia plástica, já foi analisada em julgado do Superior Tribunal de Justiça:⁹⁹

PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.

1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.
 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.
 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.
 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.
 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes.
 6. Recurso especial não provido.
- (STJ, Resp 1.097.955/MG. Relator: Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em: 27/09/11. Publicado no DJE em: 03/10/11)

No caso em tela, conquanto tenha admitido a natureza mista da cirurgia plástica realizada, o egrégio tribunal entendeu pela análise fracionada da responsabilidade do cirurgião plástico, com obrigação de resultado com relação à parte estética e obrigação de meio com relação à parte reparadora.

Contudo, mesmo que possa se considerar que determinado procedimento tem natureza puramente estética, não se pode afirmar que o paciente que procura o médico para realizar um procedimento estético não é portador de nenhuma doença.

Conforme já mencionado anteriormente, a OMS define saúde como um completo bem estar físico, psíquico e social. Ora, o indivíduo que apresenta algum defeito ou imperfeição acaba por experimentar interferência em sua autoestima e na forma como o mesmo se apresenta perante a sociedade.

Não se pode dizer que essa pessoa, que vai buscar ajuda de um profissional médico para corrigir tais imperfeições, não padeça de nenhuma doença. O mesmo pode não ser portador de uma entidade nosológica definida, mas padece de um mal psíquico, espiritual e social.

O cirurgião plástico, ao atuar na correção de tais imperfeições, tem como objetivo imediato a correção do defeito, mas o objetivo mediato e fim último é a restauração do bem estar do paciente consigo mesmo e com as pessoas que o cercam. A cirurgia plástica, mesmo a que seja puramente estética, é ainda assim um tratamento médico, que se não cura um mal físico aparente,

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.097.955/MG. Relator: ANDRIGHI, Nancy, 3ª Turma. Julgado em: 27/09/11. Publicado no DJE em: 03/10/11. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+pl%Elstica+obriga%E7%E3o+de+resultado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>> Acesso em: 26 mai. 2016.

tem por objetivo curar os males da alma.

Outro problema em classificar a obrigação do cirurgião plástico como de resultado está ligada diretamente à modalidade de responsabilidade civil que irá reger o descumprimento de tal obrigação, tendo em vista que a relação médico – paciente é considerada uma relação de consumo, regida pelo código consumerista. O Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁰ dispõe, em seu artigo 14, parágrafo 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A relação médico-paciente é caracterizada como relação de consumo, sendo o médico um prestador de serviços, e a responsabilidade do médico segue, portanto, a mesma disciplina da responsabilidade dos profissionais liberais, que de acordo com o diploma consumerista é de natureza subjetiva.

Surge então a dificuldade de conciliar a responsabilidade subjetiva do cirurgião plástico, com a obrigação assumida, se esta última for considerada obrigação de resultado. Ocorre que, se a obrigação é de resultado, o profissional terá obrigação de indenizar, independentemente de ter agido com culpa ou não, o que acaba por imputar ao cirurgião plástico uma responsabilidade objetiva.

Com respeito a tal colocação, Sergio Cavalieri¹⁰¹ argumenta:

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendemos, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida.

[...]

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.

Entende-se, no entanto, que, responsabilidade civil com “culpa presumida” ou sem culpa, em termos práticos, tem o mesmo efeito. O resultado é claramente uma responsabilização objetiva. O cirurgião plástico, que ao executar um procedimento estético não atinge o resultado almejado, terá a obrigação de reparar o dano, independentemente de ficar demonstrado se houve imperícia, imprudência ou negligência em sua atuação.

O fato de o médico poder demonstrar ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar, nada mais é do que uma excludente de responsabilidade civil, que também

¹⁰⁰ BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

¹⁰¹ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 487.

se aplica a qualquer forma de responsabilidade objetiva, salvo em casos excepcionais, em que se aplica a teoria do risco integral.

A contradição fica mais evidente quando da análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁰² a qual tratou sobre o tema:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013.

2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova.

3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta.

4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova.

5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação.

6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (Grifou-se)

(STJ. Resp 1.395.254/SC. Relatora: Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em: 15/10/13. Publicado no DJE em: 29/11/13)

No julgamento acima transcrito, primeiro se afirma que a obrigação é de resultado e que, como consequência disso, há a tal “culpa presumida”, com inversão do ônus da prova, dando a impressão de que, caso o cirurgião conseguisse provar que não agiu com culpa, estaria exonerado da obrigação de indenizar.

Logo após, entretanto, afirma-se que o uso da técnica adequada não é suficiente para isentar o médico de culpa. Portanto, mesmo que o médico consiga provar que agiu com a técnica adequada, sem imperícia, imprudência ou negligência, ainda assim será responsabilizado.

Sobre o mesmo assunto, destaca-se outro julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁰³:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.
CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.
SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO.
ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.395.254/SC. Relator: ANDRIGHI, Nancy, 3ª Turma. Julgado em: 15/10/13. Publicado no DJE em: 29/11/13. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+pl%E1stica+obriga%E7%E3o+de+resultado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 26 mai. 2016.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 985.888/SP. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe, 4ª Turma. Julgado em: 16/02/12. Publicado no DJE em: 13/03/12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+pl%E1stica+obriga%E7%E3o+de+resultado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>> Acesso em: 26 mai. 2016.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.
2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidí-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.
3. **No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial.**
4. Recurso especial não conhecido. (Grifou-se)
(STJ. Resp 985.888/SP. Relator: Luis Felipe Salomão, 4ª Turma. Julgado em: 16/02/12. Publicado no DJE em: 13/03/12)

No julgado ora transcrito, o entendimento foi semelhante, de que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado, mas que a responsabilidade é subjetiva com culpa presumida e inversão do ônus da prova, com a informação adicional de que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito.

Na verdade, caso fortuito e força maior são excludentes de responsabilidade civil, aplicadas regra geral, tanto à responsabilidade civil subjetiva como objetiva. Não convence, portanto, o argumento de que a responsabilidade do cirurgião plástico é subjetiva com inversão do ônus da prova. Não se trata de inversão do ônus da prova, mas sim da possibilidade de alegar excludentes de responsabilidade, já que a prova de que não agiu com culpa não é suficiente para eximir a responsabilidade, conforme excerto jurisprudencial.

Considerar a obrigação do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas como obrigação de resultado gera, portanto, responsabilização objetiva do profissional liberal médico, o que contraria dispositivo legal expresso do diploma consumerista.

Outro problema a ser apontado é que a atividade médica, seja em que área for, é cercada de riscos que independem da conduta do médico, e da característica álea (risco) relacionada à profissão, sendo que a atividade do cirurgião plástico, nesse sentido, não difere da atividade dos demais cirurgiões.

A título de exemplificação, diversos são os fatores que podem, por exemplo, interferir em uma simples cicatrização, tais como: infecção, falta de oxigenação dos tecidos, exposição à radiação ionizante, idade avançada, desnutrição, deficiências vitamínicas, uso de corticóides, e doenças pré-existentes, como diabetes.¹⁰⁴

Também são fatores que influenciam no resultado do procedimento a aderência ou não do paciente às recomendações pós-operatórias, comparecimento do paciente ao consultório para as

¹⁰⁴ SABISTON. **Tratado de Cirurgia**. Tradução: Débora Rodrigues Fonseca, et al. 18º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

revisões, abstenção de exposição solar nos primeiros meses, repouso, etc.

Dentre os autores que consideram a obrigação do cirurgião plástico como obrigação de meio, Ruy Rosado Aguiar¹⁰⁵ assevera:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir – sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática de cirurgia estética que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não obtenção do consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. (Grifou-se)

Observa-se que é prática comum que os cirurgiões plásticos prometam aos pacientes o resultado almejado, mesmo sabendo que não têm como assegurar tal resultado.

É também prática bastante observada a de advogados que prometem resultados aos seus clientes, afirmando que a causa é ganha, que o juiz irá proferir determinada decisão liminar, etc. Mas nem por isso se diz que a obrigação do advogado é de resultado,

Não se pode transformar uma obrigação de meios em obrigação de resultado tendo como parâmetro o que o profissional prometeu ou não ao seu cliente. O que define a natureza da obrigação é a natureza do serviço prestado e da atividade exercida, e não a conduta do profissional ao contratar com o usuário.

Sobre o assunto, Edmilson de Almeida Barros Junior¹⁰⁶ se manifesta:

O organismo humano tem respostas variáveis e muitas vezes imprevisíveis às agressões externas, e a cirurgia é agressão externa. Ainda hoje o “simples” processo de cicatrização é uma incógnita. Exemplo disso são os queloides: em uma mesma incisão cirúrgica temos em uma área de cicatrização normal e na área imediatamente vizinha um processo patológico tumoral queloidiano, que muitas vezes não responde a nenhum tipo de tratamento. Esse processo patológico é impossível de ser previsto; no máximo se consegue diagnosticar tendências à doença.

[...]

A obrigação de meios na cirurgia plástica é exatamente neste sentido. Nenhuma atividade médica pode se comprometer com resultados, pois age em terreno inóspito, o corpo humano, e suas respostas variáveis às agressões externas. Todo procedimento médico, por menor que seja, apresenta riscos, por mais zelo, prudência, diligência e empenho que se utilize. (Grifou-se)

¹⁰⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: **Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

¹⁰⁶ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico. Uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.91

O Conselho Federal de Medicina¹⁰⁷ dispõe na Resolução nº 1.621 do ano de 2001, em seu artigo 3º: “Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.” Diz ainda o artigo 4º da mesma resolução: “O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado”.

Também o Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará¹⁰⁸, na Resolução nº 24 do ano de 2001, em seu artigo 3º, dispõe: “O cirurgião plástico e todos os médicos em geral, assumem com o paciente sempre uma obrigação de meios, jamais de fim ou resultado”.

Por outro lado, o paciente, como qualquer outro consumidor, apresenta vulnerabilidades inerentes à relação de consumo, como por exemplo, a vulnerabilidade técnica e a vulnerabilidade informacional.

O cirurgião plástico, como qualquer outro médico, tem o dever acessório de bem informar os seus pacientes, obtendo inclusive o consentimento livre e esclarecido dos mesmos. Dessa maneira, o cirurgião que não presta todas as informações sobre o procedimento ao paciente, que não informa sobre os riscos existentes ou, ainda, que cria uma falsa expectativa no seu cliente, age com culpa, desrespeita a boa fé objetiva, é negligente com seu dever de informação.

Tal profissional pode e deve ser responsabilizado pelo descumprimento do dever de informação. Poderá ser inclusive responsabilizado pela perda de uma chance. Todavia, tal responsabilização por descumprimento de um dever acessório não tem o condão de transformar a obrigação do médico em obrigação de resultado, o que se afigura incompatível com a natureza da atividade médica e com o Código de Defesa do Consumidor, além do que a diferenciação entre cirurgia plástica estética e reparadora vem perdendo sua razão de ser.

¹⁰⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.621 de 2001. Publicado no DOU em: 06/06/01. Disponível em:< http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 04 mai. 2016.

¹⁰⁸ BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. Resolução nº 24 de 2001. Publicado em: 04/06/01. Disponível em:< <http://www.cremec.com.br/resolucoes/res2401.htm>> Acesso em: 01 jun. 2016.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é um consagrado instituto do Direito Civil, e busca garantir que a vítima de um dano possa responsabilizar o agente e, dessa forma, obter a reparação pelo prejuízo causado, seja de ordem material, moral ou estética.

Ora, a ninguém é dado o direito de causar dano a outrem, e a consequência imediata de o agente ter causado o dano é a obrigação de reparar, pois caso contrário, haveria inclusive enriquecimento ilícito do agente, o que é vedado pelo Direito Civil.

Na seara médica, por vezes, o profissional, ao exercer o seu *mister*, age com imperícia, imprudência ou negligência, com inobservância das normas de boa técnica de sua profissão, e acaba por ocasionar danos ao seu paciente. Nestes casos, surge a obrigação de indenizar.

A relação médico-paciente, que outrora era baseada na pessoalidade, na figura do médico de família, na contemporaneidade é cada vez mais despersonalizada, sendo o médico considerado um prestador de serviços, e a relação médico-paciente é regida pelo código consumerista, caracterizando-se como uma relação de consumo.

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor ter adotado como regra a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, excepciona o caso dos profissionais liberais, quando afirma que a responsabilidade, neste caso, é de natureza subjetiva.

A obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meios. O médico se compromete a agir com todo o zelo e observando a boa técnica e o avanço da ciência, cumprindo também com o dever acessório de informação e orientação do paciente. Não pode, contudo, o médico garantir resultados.

A atividade médica é permeada pela álea (risco), de forma que as reações do organismo de cada indivíduo são únicas e, muitas vezes, imprevisíveis, e em muitos casos, por circunstâncias alheias à conduta do médico, o resultado esperado não é atingido. Está além das possibilidades do médico garantir uma cicatriz, a cura, ou até mesmo a vida do paciente.

Apesar disso, boa parte da doutrina e jurisprudência pátrias vem considerando que o cirurgião plástico assume obrigação de resultado nas cirurgias ditas estéticas.

A visão de que o paciente que procura a cirurgia plástica estética não está doente, e que a cirurgia plástica estética não é tratamento médico, é visão mais do que ultrapassada. O conceito de saúde, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, vai muito além da mera ausência de doença física, sendo saúde um estado de completo bem estar físico, psíquico e social.

Aquele que procura o tratamento estético, se não padece de nenhuma doença física diagnosticada, padece dos males da alma, está insatisfeito com a sua imagem perante a si mesmo e

perante a sociedade. O paciente procura o médico cirurgião não por mera futilidade, mas sim buscando a cura ou pelo menos o alívio para o seu sofrimento psíquico e social.

A cirurgia plástica é especialidade reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina. O tratamento de cirurgia plástica estética é, portanto, tratamento médico como qualquer outro, com suas particularidades é claro, mas a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião plástico continua sendo de obrigação de meios, pois até mesmo uma “simples” cicatrização é dependente de inúmeros fatores, como, por exemplo, fatores genéticos do próprio paciente, uso de medicações, exposição a radiação solar, comparecimento a consultas de retorno, obediência às prescrições médicas pós-operatórias, etc.

Além disso, caracterizar a obrigação assumida pelo cirurgião plástico como obrigação de resultados é, ao mesmo tempo objetivar a responsabilidade civil do profissional liberal, em visível afronta a texto legal expresso do Código de Defesa do Consumidor.

O profissional que responde por resultado, responde de forma objetiva, pois é suficiente que a vítima comprove a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Alguns autores chegam a afirmar que, nesse caso, se trata de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, e, nesse caso, haveria inversão do ônus da prova, sendo do médico a obrigação de provar que não agiu com culpa.

O argumento não convence. O efeito prático de se atribuir uma responsabilidade objetiva, ou responsabilidade subjetiva com culpa presumida é o mesmo.

Fica claro, quando da análise dos julgados dos tribunais superiores, que não basta ao médico provar que agiu com zelo e observância da boa técnica, o que não é suficiente para eximi-lo da obrigação de reparar o dano. Para se eximir dessa obrigação, terá o médico que demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Não se trata, portanto, de responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova, mas sim de responsabilidade objetiva com possibilidade de alegação de caso fortuito e força maior, que são excludentes de responsabilidade civil.

O cirurgião plástico, contudo, deve informar exaustivamente ao seu paciente sobre todos os riscos do procedimento, e inclusive sobre a possibilidade de não atingir o resultado almejado, tendo em vista a vulnerabilidade técnica e informacional do seu cliente. O consentimento do paciente para a realização do procedimento deve ser um consentimento livre e esclarecido e o descumprimento do dever de informação poderá gerar a responsabilização do cirurgião plástico, por culpa, caracterizada pelo desrespeito à boa fé objetiva e ao dever de informação.

Conclui-se que a obrigação do médico, sem nenhuma exceção, é uma obrigação com natureza de obrigação de meios, porquanto a atividade médica é revestida de incertezas, em todas as suas áreas de atuação. Também, a responsabilidade do profissional médico é de natureza subjetiva,

conforme texto exposto da lei consumerista. Transformar a obrigação do cirurgião plástico em obrigação de resultado equivale, em termos práticos, a objetivar a responsabilidade do referido profissional.

Espera-se que, em momentos vindouros, os tribunais superiores possam rever esse posicionamento. Caso contrário, estará se atribuindo odiosa responsabilização objetiva aos cirurgiões plásticos, tornando inviável a atividade dos profissionais médicos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: **Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico. Uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.621 de 2001. Publicado no DOU em: 06/06/01. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 04 mai. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.666 de 2003. Publicado no DOU em: 25/06/03. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1666_2003.htm> Acesso em: 04 mai. 2016.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. Resolução nº 24 de 2001. Publicado em: 04/06/01. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/resolucoes/res2401.htm>> Acesso em: 01 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 785.171/SP. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe, 4ª Turma. Julgado em: 19/11/15. Publicado no DJE em: 24/11/15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+m%E9dico+cdc&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 21 abr 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 268.459/SP. Relator: MOURA, Maria Thereza de Assis, 6ª Turma. Julgado em: 02/09/14. Publicado no DJE em: 28/10/14. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5>> Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.097.955/MG. Relatora: ANDRIGHI, Nancy, Terceira Turma. Julgado em: 27/09/11. Publicado no DJE em: 03/10/11. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=819008&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 20 abr 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.097.955/MG. Relator: ANDRIGHI, Nancy, 3ª Turma. Julgado em: 27/09/11. Publicado no DJE em: 03/10/11. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+pl%E1stica+obriga%E7%E3o+de+resultado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>> Acesso em: 26 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR. Relator: ANDRIGHI, Nancy, 3ª Turma. Julgado em: 04/12/12. Publicado no DJE em: 20/02/13. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1254141&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>> Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.291.247/RJ. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso, 3ª Turma. Julgado em: 19/08/14. Publicado no DJE em: 01/10/14. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1254141&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.325.862/PR. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe, 4ª Turma. Julgado em: 05/09/13. Publicado no DJE em: 10/12/13. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj>> Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.395.254/SC. Relator: ANDRIGHI, Nancy, 3ª Turma. Julgado em: 15/10/13. Publicado no DJE em: 29/11/13. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+pl%E1stica+obriga%E7%E3o+de+resultado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 26 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.526.467/RJ. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Bôas, 3ª Turma. Julgado em: 13/10/15. Publicado no DJE em: 23/10/15. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+m%E9dico+cdc&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>> Acesso em: 21 abr 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 985.888/SP. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe, 4ª Turma. Julgado em: 16/02/12. Publicado no DJE em: 13/03/12. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+pl%E1stica+obriga%E7%E3o+de+resultado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>> Acesso em: 26 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º37. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-37,2268.html>> Acesso em: 28 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º387. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-387,24928.html>> Acesso em: 28 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 327904/SP, Relator: BRITTO, Carlos Ayres, 1ª Turma. Julgado em: 15/08/06. Publicado no DJE em: 08/09/06. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120)**; 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Demografia Médica 2015: População que depende do SUS tem três vezes menos médicos que usuários de planos de saúde**. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25875>. Acesso em 28 abr. 2016.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO). 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 04 mai. 2016.

DEVOS, Rafael. **A Responsabilidade Civil Hospitalar em Decorrência de Internção determinada por Provimento Judicial para Paciente de médicos não pertencentes ao corpo clínico**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5002>. Acesso em abr 2016.

FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson, Braga; NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Deborah Fonseca. **Responsabilidade Civil e o princípio neminem laedere**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16229>. Acesso em abr 2016.

FILHO, Cavalieri Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.46.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3 : responsabilidade civil**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008, p.186.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V.2 - teoria geral das obrigações**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro V.4 - Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral.** 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do Direito Civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**, v. 34, p. 313-353, 2013.

MÉLEGA, José Marcos, VITERBO, Fausto, MENDES, Flávio Henrique. **Cirurgia Plástica - Os Princípios e a Atualidade.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. XIX.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, Nehemias Domingos. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico.** 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULA, Carolina Bellini de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva.** São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mario Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. III.** 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: Teoria Geral e Responsabilidade Civil.** 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REIS, Clayton. **Dano Moral.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SABISTON. **Tratado de Cirurgia.** Tradução: Débora Rodrigues Fonseca, et al. 18º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 8ª Ed. São Paulo: Método, 2013

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 10ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 11ª Ed. São Paulo: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil, (V. 4)**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil V. 7 - Responsabilidade civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.