

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA JURÍDICA
CURSO DE DIREITO**

EDMÉA AUGUSTA DE ANDRADE CHAVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO PROCEDIMENTO ESTÉTICO

**FORTALEZA
2007**

EDMÉA AUGUSTA DE ANDRADE CHAVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO PROCEDIMENTO ESTÉTICO

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Maria José Fontenelle Barreira Araújo.

**FORTALEZA
2007**

EDMÉA AUGUSTA DE ANDRADE CHAVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO PROCEDIMENTO ESTÉTICO

Monografia Jurídica submetida à
Coordenação do Curso de Graduação
em Direito, da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para a
conclusão do curso.

Aprovada em 18/01/2007 pela Banca Examinadora

BANCA EXAMINADORA

Profa. Maria José Fontenelle Barreira Araújo
(Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Tec. Jud. Gisa Carina Gadelha Sabino
Justiça Federal no Ceará

Prof. George Marmelstein Lima
Juiz Federal
Faculdade 7 de Setembro – FA7

DEDICATÓRIA

Dedico à minha avó, Maria Augusta Rodrigues de Andrade, a quem espero alegrar enormemente com a conclusão do curso de Direito da UFC, um sonho seu;

À memória de meu avô, Simonides Guerreiro Chaves, exemplo de cidadão, que, em vida, foi o verdadeiro advogado de sua comunidade;

Aos meus pais, Antonio Carlos Pessoa Chaves e Antonia Héliida de Andrade Chaves, pelos exemplos de vida que são para mim, por terem sempre investido, incondicionalmente, na formação de seus filhos, além de que, com suas profissões, inspiraram-me a fazer este trabalho;

Ao meu namorado, Ericson Holanda Lima, pelo amor e pela compreensão infinita – principalmente, ao me incentivar nas horas mais difíceis;

E aos meus irmãos, Carlos Virgílio de Andrade Chaves, Carla Virgínia de Andrade Chaves e Hildita Siméa de Andrade Chaves, pela cumplicidade e pelo convívio sempre feliz quando estamos os quatro juntos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pela capacidade e força para enfrentar os percalços da vida;

À minha orientadora, Professora Maria José Fontenelle Barreira Araújo, pelos ensinamentos, conselhos, paciência e bom humor fundamentais para a feitura deste trabalho;

Aos membros da banca examinadora, Gisa Carina Gadelha Sabino e Prof. George Marmelstein Lima, pela gentileza e prontidão em aceitar o convite, em plena férias de ambos;

À minha irmã, Carla Virgínia de Andrade Chaves, pelo apoio oferecido na busca de livros na biblioteca de sua universidade como fonte de pesquisa para o meu trabalho, pela ajuda na digitação do mesmo e por secretariar a defesa desta monografia;

Enfim, a todos que contribuíram para a realização desta monografia.

“O maior erro dos médicos é tentarem curar o corpo sem procurar curar a alma. Entretanto, corpo e alma são um e não podem ser tratados separadamente”.

Platão

“Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça”.

Rui Barbosa

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo principal compreender a Responsabilidade civil do médico no procedimento estético, tema de grande importância, por se tratar de um interesse primordial da sociedade atual, marcada pela profunda influência dos padrões de beleza impostos pela mídia: a proteção à vida e à integridade física quando da realização do procedimento estético. Além disso, objetiva-se também analisá-la na perspectiva do ordenamento jurídico civil brasileiro. Os objetivos específicos são: a análise do contexto social da atual relação médico-paciente, a determinação dos pressupostos precípuos na incidência da responsabilidade civil médica, a comparação entre as obrigações de meios e de resultado na atividade médica, a determinação do procedimento estético como obrigação de resultado, a ocorrência do dano estético e surgimento do dever do médico de indenizar o paciente. Foram realizados, para o desenvolvimento deste trabalho, estudos da doutrina, bem como consultas à jurisprudência referente a este tema.

Palavras-Chave: responsabilidade civil médica – pressupostos – obrigação de resultado – procedimento estético – indenização.

ABSTRACT

This monograph has as objective main to understand the Civil liability of the doctor in the aesthetic procedure, subject of great importance, for if dealing with a primordial interest of the current society, marked for the deep influence of the beauty standards tax for the mass communions: the protection to the life and the physical integrity when of the accomplishment of the aesthetic procedure. Moreover, objective also to analyze it in the perspective of the legal system civil Brazilian. The specific objectives are: the analysis of the social context of the current relation doctor-patient, the determination of the main estimated ones in the incidence of the medical civil liability, the comparison between the obligations of ways and result in the medical activity, the determination it aesthetic procedure as result obligation, the occurrence it aesthetic damage and sprouting to have it it doctor to indemnify the patient had been carried through, for the development of this work, studies of the doctrine, as well as consultations the referring jurisprudence the this subject.

Keys-Word: medical civil liability - estimated - obligation of result - aesthetic procedure - indemnity.

SUMÁRIO

| | Pág. |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 Responsabilidade Civil | 13 |
| 1.1 Perspectiva Histórica | 13 |
| 1.2 Conceito e Pressupostos | 18 |
| 1.2.1 <i>Ação ou Omissão do Agente</i> | 19 |
| 1.2.2 <i>Culpa do Agente</i> | 21 |
| 1.2.3 <i>Relação de Causalidade</i> | 25 |
| 1.2.4 <i>Dano Experimentado pela Vítima</i> | 32 |
| 1.3 Modalidades de Responsabilidade Civil | 33 |
| 1.3.1 <i>Contratual e Extracontratual</i> | 33 |
| 1.3.2 <i>Objetiva e Subjetiva</i> | 36 |
| 2 Responsabilidade Civil do Médico | 40 |
| 2.1 Perspectiva Histórica | 40 |
| 2.2 Natureza Jurídica do Vínculo Médico-Paciente | 43 |
| 2.2.1 <i>Suposição de Ter Caráter Contratual</i> | 43 |
| 2.2.2 <i>Obrigação de Meio ou de Resultado?</i> | 45 |
| 2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil do Médico | 48 |
| 2.3.1 <i>Conduta Médica</i> | 48 |
| 2.3.2 <i>Culpa Médica em sua Configuração</i> | 52 |
| 2.3.3 <i>Nexo Causal</i> | 57 |
| 2.3.4 <i>Dano Médico</i> | 59 |
| 2.4 Teorias Objetivistas | 62 |
| 2.4.1 <i>Perte d'une Chance</i> | 62 |
| 2.4.2 <i>Res Ipsa Loquitur</i> | 64 |
| 2.5 Responsabilidade Civil do Médico e Código de Defesa do Consumidor | 66 |
| 3 Responsabilidade Civil do Médico no Procedimento Estético | 71 |
| 3.1 Considerações Gerais | 71 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2 Evolução da Responsabilidade Civil Médica no Procedimento estético | 75 |
| 3.3 Procedimento Estético: Obrigação de Meio ou de Resultado? | 81 |
| 3.4 Inadimplemento da Obrigação Médica no Procedimento Estético | 88 |
| 3.5 Dano Estético e sua Compensação | 92 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 97 |
| REFERÊNCIAS | 99 |

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um relevante conceito jurídico que vem evoluindo desde a Lei do Talião, na Antiguidade, até os dias atuais, para garantir a reparação de danos causados injustamente, mormente os advindos das novas relações sociais que se seguem às mudanças naturais de comportamento entre os diversos setores sociais.

Dentre as novas relações sociais, destaca-se a estabelecida entre o médico e o paciente, sendo sua importância decorrente do fato de que, a atividade médica, ao efetivar suas finalidades – incluídos o tratamento de enfermidades de ordem física, psíquica ou estética – pode provocar prejuízos ao paciente passíveis de reparação.

Neste contexto, torna-se a responsabilidade civil médica uma forçosa decorrência das relações nascidas do embate entre o Direito e a Medicina, duas ciências de vital importância para a sociedade, cujos enfoques têm uma identificada função, qual seja, a defesa da dignidade humana.

O presente trabalho, ao estudar a responsabilidade civil, mormente no campo do procedimento estético, faz uma detida análise de todos os aspectos necessários ao seu entendimento, abordando-a, inicialmente, em sua perspectiva histórica, para depois revelar seu conceito e enumerar seus pressupostos, além de, ao final do primeiro capítulo, trazer a divisão do referido instituto em suas principais modalidades, tal como entendidas pela doutrina.

No segundo capítulo, aborda-se a relação entre a atividade médica em si considerada e a responsabilidade civil, ao tratar-se da natureza jurídica do vínculo

médico-paciente, essencial para a determinação do limite obrigacional a que o médico está adstrito ao realizar os trabalhos aos quais se propõe. Estão presentes neste capítulo, outrossim, um exame acerca da configuração dos pressupostos específicos reveladores da responsabilidade civil do médico e a contextualização das teorias objetivistas estrangeiras na produção de jurisprudência nos tribunais do País, abrindo-se ainda espaço para exame do Código de Defesa do Consumidor que tem-se igualmente ocupado da aferição da responsabilidade profissional.

No terceiro e último capítulo, toma-se para apreciação o tema específico que intitula este trabalho - qual seja, a Responsabilidade Civil do Médico no Procedimento Estético - examinando as mutações que esta seara da Medicina teve com o passar dos anos.

Enfim, com a presente monografia espera-se contribuir para um real entendimento tanto sobre a imprescindibilidade do procedimento estético, como da responsabilidade que deverá obrigatoriamente aportar. Quer-se admitir seja a própria mídia o fator de informação de um modelo estético que a sociedade termina por absorver, por inculcar nas pessoas o desejo incontido de se preservarem sempre jovens e bonitas, o que, desafortunadamente, não é da natureza das coisas. Seja como for, diante de uma promessa médica de certeza de resultados na preservação da juventude ou da condição física eleita como sendo a ideal, cabe ao Direito oferecer à parte eventualmente neste contexto lesada todos os meios eficazes de, no mínimo, garantir um estado de satisfação pessoal diante das perdas que sofrer, às vezes, até, indelévels. O que se persegue é, assim, a manutenção da tranquilidade pessoal que a Medicina, acaso mal empregada, pode chegar a perturbar.

1 Responsabilidade Civil

1.1 Perspectiva Histórica

Analisando o panorama histórico da responsabilidade civil, vê-se que é o resultado da evolução das atitudes humanas que buscam, cada vez mais, a proteção jurídica do Estado, confundindo-se com a própria história do Direito. Inicialmente, quando das primeiras civilizações, a responsabilidade – ainda não dividida entre as várias modalidades do atual direito – era implementada sob forma de vingança entre as coletividades humanas, em que, quando o componente de um grupo era agredido, este era vingado de forma considerada “justa” por seus pares, ganhando não a justiça, mas o mais forte.

Num segundo momento, passou a vigorar a famosa Lei do Talião, conhecida por ditar a justiça de forma dura na Antiguidade. O Talião apregoava o “olho por olho, dente por dente”, fomentando a justiça pelas próprias mãos e a vingança pessoal. Nesta fase, amenizada a selvageria dos primórdios, o Estado somente intervinha para legitimar a vingança privada, não possuía o *jus puniendi*, apenas dizendo quando e qual a conduta que o lesado poderia tomar em relação ao agressor para ter seu dano retaliado, como nos dizeres da Lei das XII Tábuas, em sua tábua VII, lei 11^a, como cita a Professora Maria Helena Diniz¹: “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo)”.

Através da evolução dos tempos, chega-se à fase da composição, observando o homem que o Talião não trazia maiores benefícios à incipiente sociedade, já que se combatia o mal com o mal, sendo contraproducente, porque,

¹ DINIZ, M. Helena. Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil, vol. 07. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 08.

no lugar de compensar uma lesão, produzia-se um dano em dobro, o da vítima e o do ofensor punido pela vingança privada.

Na fase da composição, as partes envolvidas num conflito procuravam pessoas nas quais podiam confiar para que o mesmo se resolvesse de maneira imparcial, acertada, e as melhores pessoas para esse tipo de tarefa eram aquelas ligadas ao misticismo, ou seja, os sacerdotes, que procurariam beber da fonte da sabedoria dos seres superiores, solucionando o caso de forma louvável e garantindo proteção para aqueles que buscavam os deuses.

Constata-se que, com o passar dos séculos, O Estado ficou cada vez mais forte e organizado, passando a invadir a esfera do particular para se apropriar de parcela da sua liberdade e dizer quais eram as soluções para os conflitos. Como consequência, a repressão feita pelas mãos do próprio ofendido foi perdendo legitimidade, passando a ter o Estado o direito de punir seus comandados.

Nesse período houve a primeira divisão do Direito em público e privado, sendo diferente a forma de se buscar a solução do conflito em razão de sua natureza. Em sendo privado, na medida em que o dano afetava apenas o sujeito considerado em si mesmo, o Estado apenas exerceria o papel de árbitro, dando ensejo à composição solucionadora dos conflitos. Sendo público, na medida em que oferecia risco não apenas ao indivíduo em si, mas também à própria sociedade, o direito de punir era do próprio Estado, nascendo aqui o *jus puniendi*.

Foi nessa época que se concebeu a idéia de que o dano não deveria ser punido com retaliação, mas com o ressarcimento pecuniário na medida do dano experimentado pela vítima. A inovação ficou por conta dos romanos, que elaboraram a famosa *Lex Aquilia de Damno*, o divisor de águas da Responsabilidade Civil.

A *Lex Aquilia* implicava num plebiscito aprovado pelos romanos acerca da questão de se atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Com isso, tornou-se o primeiro código a punir uma conduta que viesse a causar danos.

O extrato dessa lei defendia a idéia de que para que houvesse o direito a uma reparação não necessariamente deveria existir uma relação obrigacional preexistente. Esse novo entendimento abriu um enorme leque de possibilidades de casos em que seria devido o ressarcimento do dano, pois não somente seriam indenizados os danos advindos da quebra de um contrato ou inadimplemento de uma obrigação deste; também o ato praticado fora de um contrato tendo a culpa como elemento fundador daria ensejo ao direito de indenização.

Isso significa que, com a *Lex Aquilia*, veio o estabelecimento das bases da responsabilidade extracontratual, assegurando que aquele que sofresse injustamente prejuízo por culpa de outrem teria direito à indenização com base no cálculo do valor do dano. Em outras palavras, o direito agora protegia uma ampla gama de relações sociais que se viam desamparadas por não serem fundadas num acordo, como se o que não estivesse acordado fosse desprovido de natureza jurídica.

Foi a lei romana, como se percebe, que delineou os limites jurídicos da responsabilidade como é verificada hodiernamente. Possibilitou a proteção da vítima prejudicada materialmente, pondo de lado a forma da vingança privada para ceder espaço à sanção pecuniária imposta pelo Estado, que é a melhor forma de reparação dos danos. A reparação do dano pecuniariamente dita veio antecipar a idéia da moderna ação de indenização por perdas e danos. Conforme as palavras

do professor Washington de Barros Monteiro ², citando os irmãos Mazeaud, “a ação de ressarcimento nasceu no dia em que a repressão se transferiu das mãos do ofendido para as do Estado”.

Nesse diapasão, um outro elemento ganhou vida junto com a culpa, tornado-se até seu complemento necessário: o ato ilícito. Com o aprofundamento do conceito do ato ilícito, entendido como uma conduta moral e socialmente reprovada, qualquer ato repudiado pelo senso comum, desde que cometido com culpa, em sua forma de negligência, imprudência e imperícia, e que causasse prejuízo a terceiro, motivaria a invasão do patrimônio do lesante para que este suportasse o ônus da reparação, de tal modo que, se tal conduta fosse cometida sem culpa, haveria a isenção da punição.

Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da penal, de acordo com a gravidade social do ilícito cometido.

O ato ilícito que preconiza a responsabilidade penal é aquele cometido gravemente, pondo a ordem social e a segurança pública em ameaça, por ser o dever de conduta violado altamente relevante para a manutenção da paz social. Por esta razão, os ilícitos assim considerados são tipificados estritamente em normas que estabelecem a punição pessoal do agressor, sendo, portanto, descrita como crime, pois a culpa, aqui, não se apresenta em nenhuma de sua três modalidades – negligência, imprudência ou imperícia, mas como uma vontade específica para a realização da conduta reprovável – o dolo ou a culpa *stricto sensu*.

Já ato ilícito apregoador da responsabilidade civil é visto como uma conduta de menor repercussão e ameaça à ordem pública estabelecida, sendo sua

² MAZEAUD E MAZEAUD, Henry et Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 1/15 APUD MONTEIRO, W. de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*, vol. 05. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 396.

punição interessante, imediatamente, apenas para a vítima do dano e, mediamente, para a sociedade, razão pela qual a punição é feita não na pessoa do ofensor, mas sobre seu patrimônio, que irá restabelecer o patrimônio material do lesionado, ou, se for o caso, seu patrimônio moral. A culpa, nesses casos, vem em razão de uma falha involuntária do causador do dano, não de sua vontade, que agiu de modo negligente, imprudente ou imperito – a culpa *lato sensu*.

A evolução do instituto da responsabilidade civil teve a determinante colaboração da doutrina francesa, estabelecendo os seus princípios gerais, mormente do eminente jurista francês do século XVII, Domat, que a fundou no entendimento de que o dever de ressarcimento não é subordinado à gravidade da culpa do ofensor, ou seja, todo e qualquer prejuízo provocado a outrem, mesmo que por um leve descuido do ofensor deve ser recomposto de acordo com o dano causado.

Mais do que o dever de indenização do dano quando existe a culpa, a responsabilidade civil, de uns tempos para cá, vem seguindo, como não poderia deixar de ser, as evoluções pelas quais o Direito deve passar, suprimindo as exigências que aparecem no desenrolar de novas situações sociais para que a justiça seja efetivamente assegurada. Nesse contexto, a responsabilidade civil não apenas mais se funda na culpa, seguindo uma tendência de abranger outras situações de dano, bastando que se prove que o prejuízo decorreu de determinada atividade do ofensor. Isso se deve à um processo de humanização dentro da responsabilidade civil, levando à idéia de sua objetivação, em que todo risco deve ser garantido, visando à proteção jurídica da pessoa humana contra a insegurança material, devendo todo dano ter um responsável, mormente quando há atividade de risco a ser suportado por alguém.

Destarte, é inevitável que a Responsabilidade Civil venha a apresentar novas configurações, recompondo as situações de injustiça da maneira mais eficaz possível, tendo-se em vista o interesse humano de não ser jamais indevidamente lesionado.

1.2 Conceito e Pressupostos

O instituto da Responsabilidade Civil tem sido observado por imensa plêiade de juristas, cada qual emprestando à respectiva definição suas contribuições pessoais e significativas. No entanto, todas as definições permaneceram fiéis à idéia tradicional da culpa formulada pelos romanos. Vejam-se as definições de alguns prestigiados autores do Direito Pátrio.

Segundo o ensinamento de Maria Helena Diniz³,

Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O mestre Silvio Rodrigues⁴ apregoa o ensinamento de Savatier, valendo-se da conceituação do mestre francês, segundo a qual a responsabilidade civil é a “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Destarte, reputa-se ideal a definição de René Savatier, trazida à baila pelo mestre Silvio Rodrigues, à custa da qual se extraem da responsabilidade os pressupostos e as modalidades, como se fará destacar.

³ DINIZ, op. cit, p. 29.

⁴ SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile*, Paris, 1939, v.I, n.1. APUD RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva 2002, p. 06.

1.2.1 Ação ou Omissão do Agente

O ato de vontade humano é o primeiro pressuposto da responsabilidade, podendo se manifestar como uma ação ou omissão do agente capaz de gerar dano para um terceiro. A responsabilidade pode resultar, como remarca Silvio Rodrigues⁵, “de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”.

Nos casos em que a atitude ocasiona um dever de indenizar, o agente do fato comete um ato que não se deveria efetivar ou deixa de praticar um ato a que estava obrigado, infringindo um dever legal, contratual ou social. Esse ato praticado ou omitido deve ser revestido de um caráter de reprovabilidade ou censurabilidade, pois se entende que a parte deveria ou poderia ter agido de modo diferente, constituindo ato ilícito, pois, o que se baseia na imputabilidade da culpa, que apenas será impingida ao ofensor se este tiver a capacidade de discernir o que faz e se o faz de maneira livre, já que, em regra, quando não há culpa, também não há responsabilidade. No entender de Maria Helena Diniz⁶:

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão.

Na orientação do Código Civil em vigor, tem-se que prevalece a regra do artigo 186 para a descrição da responsabilidade civil:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵ RODRIGUES, op. cit, p. 14.

⁶ DINIZ, op. cit, p. 33.

A idéia do ato ilícito, portanto, envolve idéias de violação a dever contratual, legal ou social e causação de dano, ensejando a reparação, conforme prevê o artigo 927 do CC/02:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Dever contratual é aquele imposto por um contrato, em que as partes previamente convencionaram o que era para ser efetivado (art. 389 CC). Dever legal significa aquilo que a norma jurídica obrigou à observação, enquanto dever social relaciona-se com a idéia de finalidade de certo ato. Na infração a um dever social, muitas vezes, embora não se esteja violando uma regra jurídica, viola-se o escopo de uma atitude, como bem explicitam as palavras de Silvio Rodrigues⁷: “É possível que a atitude do agente não seja ostensivamente contra a letra da lei, mas contra seu espírito. São os atos praticados com abuso de direito”.

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, também preconiza a idéia do ato cometido com abuso de direito como ensejador do dever de reparação. Tal a norma do artigo 187 do Código Civil de 2002:

Art.187. 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.

É dizer: mesmo agindo dentro da órbita do direito subjetivo que titulariza, o agente propicia dano a outrem de modo deliberado.

A princípio, a lei conta com a atribuição de responsabilidade pessoal (art. 927 CC). Mas, há ainda que se falar na responsabilidade por ato de terceiro e por coisa que estejam sob a responsabilidade do agente, também conhecida por

⁷ RODRIGUES, op. cit, p. 20.

responsabilidade indireta. Esse tipo de responsabilidade não difere muito da responsabilidade por ato próprio ou direta. O que basicamente envolve a idéia da responsabilidade indireta é a infração do dever de vigilância que deve ter sobre as pessoas ou coisas, hipótese em que a lei dá por presumida a culpa quanto à atuação dos que reputa responsáveis pelo acontecimento lesivo. É exemplo a responsabilidade dos pais pelos filhos menores elencada no artigo 932, I do novo Código Civil, além das previsões dos artigos 936, 937 e 938.

1.2.2 Culpa do Agente

A culpa do agente é outro elemento indispensável na configuração da Responsabilidade Civil, indicando quem deverá ser chamada a responder pelo dano ocasionado, o que se requer, então, seja a conduta imputável ao agente.

A culpa é entendida como uma violação a um dever de conduta prescrito juridicamente. É entendida em sentido amplo e estrito, sendo um pelo outro abrangido. No ensinamento de Maria Helena Diniz⁸, em sentido amplo, a culpa é entendida como “violação de dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou omissão de diligência ou cautela”. Ou seja, a culpa em sentido amplo abrange duas idéias: a de intenção e a de falta de diligência.

A intenção caracteriza o dolo, que é a vontade deliberada para se provocar determinado dano. Nas palavras de Silvio Rodrigues⁹:

Este (o dolo) se caracteriza pela ação ou omissão do agente, que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso.

Já a idéia de falta de diligência amolda a culpa em sentido estrito, que é entendida sob três aspectos: a negligência, a imprudência e a imperícia. A

⁸ DINIZ, op. cit, p. 34.

⁹ RODRIGUES, op. cit, p. 147.

negligência é a falta de zelo do agente no cometimento de um ato ou por uma situação; a imprudência é afoitamento ao cometer um ato; enquanto a imperícia se verifica na falta de preparo técnico para a realização de determinado ato. As palavras de Maria Helena Diniz¹⁰ aclaram melhor a definição de cada um dos conceitos acima:

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

Verifica-se, portanto, que na atitude culposa, o agente não tinha a intenção de causar dano a um terceiro, mas o mesmo foi causado por uma atitude negligente, imprudente ou imperita praticada pelo agente, que, destarte, deve ser responsabilizado. No entanto, para o estabelecimento da atitude culposa, costuma-se comparar a conduta do agente com a de uma pessoa normal, de diligência mediana para que sirva como parâmetro.

Há, pois, na idéia de culpa, dois elementos que a caracterizam para que haja a responsabilidade: um dever violado (elemento subjetivo) e a imputabilidade do agente (elemento objetivo). O dever violado deve ser aquele protegido tanto pelo ordenamento jurídico quanto pela moral e os bons costumes, sendo censurável sua violação, por causar um desconforto social, quando não uma afronta direta aos princípios da vida em sociedade. A imputabilidade liga-se à questão de capacidade de discernimento e liberdade do agente em praticar tal ato, sendo que a falta de quaisquer delas leva a não caracterização da culpa do agente, não podendo lhe ser imputada nenhuma responsabilização.

¹⁰ DINIZ, op. cit, p. 34.

Silvio de Sávio Venosa¹¹ coloca a questão lapidar:

A imputabilidade é pressuposto não só da culpa, mas também da própria responsabilidade [...]. Se o agente, quando da prática do ato ou da omissão, não tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta, não pode, em princípio, ser responsabilizado. Nessa premissa, importante verificar o estado mental e a maturidade do agente. Para que o agente seja imputável, exige-se-lhe capacidade e discernimento. A imputabilidade retrata a culpabilidade. Não se atinge o patamar da culpa se o agente causador do dano for inimputável.

A doutrina classifica a culpa de várias maneiras, de modo que, ao fazer isso, cria diferentes modalidades de culpa, conseqüentemente, de responsabilidade.

Segundo a doutrina, a culpa pode ser dividida de acordo com sua intensidade, quanto ao conteúdo da conduta culposa e quanto ao modo de sua apreciação.

Quanto à intensidade ou ao grau, a culpa é dividida em grave, leve e levíssima. Veja-se o que diz Venosa¹² acerca da intensidade da culpa:

A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta também se inclui a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de especial conhecimento para o caso concreto poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar. Como vimos, em regra, não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas o efetivo valor do prejuízo.

Mesmo havendo a diferenciação do grau de culpa, todo aquele que causa prejuízo a terceiro deverá ressarcir-lo, independente do grau de culpa. O legislador adotou a máxima romana *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*, segundo a qual, existindo a culpa, ainda que levíssima, surge a obrigação de reparação, pois o valor a ser reparado não se afere pelo grau de culpa, mas pelo tamanho do prejuízo – é a responsabilidade aquiliana.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 4. São Paulo: Atlas, 2005, p.71.

¹² *Ibid.*, p. 35.

É fato que, de todo, a intensidade da culpa é fator de aferição do legislador na imputação do dever de indenizar. É o que se dá nos casos de culpa levíssima, por exemplo, em que, por um mínimo descuido, se causa um prejuízo expressivo, optando o legislador nacional por estabelecer um parâmetro de equidade entre a aplicação da indenização e a gravidade da culpa, como gizado no artigo 944 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002, nestes termos:

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

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

De outra parte, quanto ao conteúdo da conduta culposa, pode-se falar em culpa *in commitendo*, culpa *in omittendo*, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Na culpa *in commitendo* há um ato positivo do agente, geralmente caracterizado por imprudência, como por exemplo, o motorista apressado que avança o sinal e atropela um pedestre.

Na culpa *in omittendo* há uma omissão, uma negligência, mas somente poderá ser considerada causa jurídica do dano se houver a obrigação do agente em impedir o resultado, como por exemplo, o professor de natação que, por distração, deixa de socorrer seu aluno afogado.

A culpa *in eligendo* se caracteriza na má escolha de um representante, empregado ou preposto, que vem a causar dano a outrem, configurando a responsabilidade por ato de terceiro. É bom exemplo desse tipo de culpa o patrão que contrata um empregado imperito ou imprudente.

Culpa *in vigilando* se configura na ausência ou insuficiência de fiscalização por parte do responsável em relação aos que estão sob seu comando.

Por exemplo, a empresa de transportes que coloca em circulação ônibus sem a devida manutenção.

Há ainda a classificação da culpa de acordo com o modo de sua aferição: culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*. Na culpa *in abstracto*, a culpa pela conduta de violação a um dever é avaliada pelo padrão do homem médio, razoavelmente prudente e diligente. Na culpa *in concreto*, a conduta culposa é examinada especificamente, avaliando a imprudência ou negligência do agente.

Isto posto, tem o Direito percebido que a culpa, embora seja elemento informador da responsabilidade, muitas vezes, impede a responsabilização do agente quando é difícil de ser provada, a encargo da vítima. Nesses casos, para que um dano não fique irressarcido, admite-se a presunção da culpa, abrindo espaço para a Responsabilidade Objetiva, com a teoria do risco, para que sejam mais francamente restabelecidos os danos causados.

1.2.3 Relação de Causalidade

O liame de causalidade é o pressuposto da responsabilidade que faz a ligação entre a ação do agente e o prejuízo causado à vítima. É elemento indispensável para o estabelecimento da responsabilidade pelo evento danoso, pois, sem a comprovação deste liame, a vítima não poderá ser ressarcida em danos sofridos, porque não se saberá quem foi o agente causador do prejuízo. Mesmo na responsabilidade objetiva pode-se dispensar a culpa, mas, nunca, o nexu causal.

Conforme preconiza o artigo 186 do Código Civil, deve haver um agente que, por ação ou omissão dolosa ou culposa, cause um dano a outrem, seja material ou moral. Assim, é imprescindível que haja o nexu causal entre o comportamento do agente ou terceiro sob sua guarda e o prejuízo experimentado pela vítima.

No entanto, há casos reveladores de dificuldade na aferição da causa efetivamente determinante do dano, mormente, quando deriva de causas várias, às vezes, entre si interligadas.

A doutrina brasileira apresenta teorias para solucionar esta dificuldade. Uma delas é a “Teoria da Equivalência das Condições”, que cuida em preconizar que tudo que concorrer para a produção do prejuízo será considerado como nexo causal. Para se determinar o nexo causal nessas condições, portanto, deve-se fazer uma atividade mental de verificação se o evento danoso ocorreria mesmo com a supressão de alguns fatos. A desvantagem dessa teoria é que a atividade mental descrita poderia levar a infinitas causas, não se determinando nunca quem seja o responsável pelo dano.

Com melhores resultados, apresenta-se a “Teoria da Causalidade Adequada”, que se preocupa em determinar como nexo de causalidade apenas o antecedente indispensável que propiciou o dano, ou seja, aquele sem o qual o fato sinistro não haveria se tornado realidade. Diz-se, de toda sorte, não seja ideal nem mesmo esta orientação, pois na avaliação do liame de causalidade algumas condições que são cruciais para o evento danoso poderão deixar de ser.

O que vai ser determinante, portanto, para se verificar a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, é o juízo de probabilidade que o magistrado fará na análise do caso concreto, conforme conclui Rui Stoco, em citação feita por Venosa¹³:

Enfim, independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe em nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.

¹³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, APUD VENOSA, op. cit, p. 54

É de se observar que, sendo a relação de causalidade um pressuposto fundamental para a existência da responsabilidade civil – seja ela aquiliana ou objetiva –, é indispensável que seja sempre provada. A diferença entre as duas responsabilidades se manifesta em relação ao ônus da prova: na subjetiva, o ônus da prova incumbe à vítima, enquanto na objetiva, o agente que pratica a ação ou omissão é que deverá provar que o prejuízo sofrido pela vítima não adveio da sua atitude, positiva ou negativa.

Acontece que, mesmo diante da conduta lesiva, há situações que, acontecidas, implicam no desaparecimento ou atenuação do nexo de causalidade, restando à vítima, por vezes, arcar com os danos experimentados. São as excludentes da responsabilidade, que se manifestam pela culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, além da cláusula de não indenizar.

A culpa da vítima, a rigor, pode ser exclusiva ou concorrente. Na culpa exclusiva da vítima inexistente o dever de indenizar, pois desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima. Conforme a própria expressão sugere, o dano foi provocado por culpa da vítima, e não pelo agente que realizou ou não a conduta, portanto, a responsabilidade pertence à vítima. Nas palavras de Silvio Rodrigues¹⁴:

Com efeito, no caso de culpa exclusiva da vítima, o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado.

Na culpa concorrente, o acontecimento danoso ocorre tanto por culpa do agente quanto por culpa da vítima. Os dois dão causa ao prejuízo, sendo o dever da

¹⁴ RODRIGUES, op. cit, p. 165

indenização dividido entre ambos. A dificuldade da culpa concorrente é a quantificação do grau de culpa de ambos os causadores do dano.

A solução para este problema está em fixar a indenização de acordo com o grau de culpa de cada um, de maneira que seja justa para as duas partes. Se uma teve mais culpa do que a outra, a indenização será dividida em partes desiguais; se a culpa é de igual intensidade ou se não for possível determinar o grau de culpa de cada uma das partes, o juiz deverá mensurá-la igualmente, impondo ao agente o dever de reparar o prejuízo pela metade e determinando que a vítima suporte a outra metade do prejuízo.

De notar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 945, sustenta esta idéia, ao preconizar:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

No entanto, pode a lei determinar que a culpa concorrente da vítima não seja causa de excludente de responsabilidade, apenas a culpa exclusiva o seja. É o caso da responsabilidade das estradas de ferro – regulamentada pelo Decreto nº 2.681/1912, e, por analogia, aplicável a todos os meios de transportes que não possuam lei específica regulamentadora.

O fato de terceiro é outra causa de exclusão de responsabilidade. Importa ressaltar que, para ser considerado fato de terceiro, a rigor, é necessário que o outro alguém não tenha ligação com o agente causador do dano.

O fato de terceiro também pode ser exclusivo ou concorrente. No fato de terceiro exclusivo, o dano foi causado única e exclusivamente por conduta de terceiro, quebrando, portanto o nexo causal entre a conduta daquele tido como

possível responsável pelo prejuízo e o dano sofrido pela vítima. Neste caso, o agente deve se defender, provando que o fato era inevitável e imprevisível, sendo comparável à força maior, para que não haja constituído sua obrigação de indenizar.

Diante da constatação do prejuízo, de todo modo, a lei chama o terceiro a arcar com seus resultados, hipótese em que, posteriormente, faculta-lhe cobrar regressivamente daquele em proveito de quem foi obrigado a lesar outrem, como dita o artigo 930 do CC/02:

Art. 930. No caso 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 importância que tiver ressarcido ao lesado.

De fato. Quando o fato de terceiro é concorrente, ou seja, o agente contribuiu com uma parcela de culpa para a ocorrência do evento danoso, o dever de indenizar ocorre ao agente causador do dano, pois se ele podia prever e evitar o fato de terceiro, mas não o previu, nem o evitou, sua atitude é culposa. No entanto, nestas hipóteses, existe a responsabilidade solidária entre todos aqueles que tiveram participação no evento danoso, conforme giza o artigo 942 do Código Civil de 2002:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Contudo, mesmo com amplo conhecimento acerca da questão, é de rara ocorrência o reconhecimento do fato de terceiro como causa de exclusão de responsabilidade na jurisprudência nacional.

O caso fortuito e a força maior constituem outra situação em que há a quebra do nexo causal, excluindo a culpabilidade devido à imprevisibilidade, o que

faz com que a responsabilidade desapareça, mormente a aquiliana ou subjetiva. Quanto a tais excludentes de ilicitude, tem-se a mencionar não serem de fácil diferenciação.

Na verdade, o caso fortuito, seria uma circunstância normalmente imprevisível, a coincidência, mais relacionada com um fato da natureza do que com um fato humano. Exemplos de situações de caso fortuito são o incêndio não provocado, o rompimento de um fio de alta tensão, os terremotos, as inundações, etc. Seria o *act of God (ato de Deus)*, no direito anglo-saxão. Não estaria ligado à pessoa do agente e teria causas desconhecidas.

A força maior estaria mais ligada a fato humano do que a fato da natureza, podendo ser previsto, mas não evitado. Os exemplos de força maior seriam as greves, os motins, as revoluções, determinações das autoridades (fato do príncipe). Estaria ligado à pessoa agente e suas causas seriam conhecidas, mas não levando culpa ao agente.

Na prática, diz-se que os efeitos jurídicos do caso fortuito e da força maior são os mesmos, levando, sempre que demonstradas, à quebra do nexos casual, principalmente se dizendo respeito à responsabilidade subjetiva; enquanto na objetiva, muitas vezes, essas situações ainda ensejam dever de reparação, pois não importaria a quebra do nexos causal, já que, dado o fato, o agente sempre seria o responsável.

A semelhança de efeitos, na prática, é corroborada pelo artigo 393 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002:

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

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

A imprecisão da expressão caso fortuito ou de força maior dá ao julgador liberdade para julgar por equidade conforme o caso concreto, corrigindo as distorções da vida e melhor atendendo ao interesse social.

A última hipótese de excludente de responsabilidade é a cláusula de não indenizar, circunscrita a alguns casos de responsabilidade contratual. Traz-se à colocação a orientação do Professor Venosa¹⁵:

Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Trata-se da exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.

Quanto a tal cláusula, tem-se não seja de pactuação tão segura. Admite-se seja fator de isenção de responsabilidade que não procede a mais das vezes, assim como, por exemplo, nas matérias relacionadas a Direito do Consumidor.

Do outro lado, admitindo o uso da cláusula de não indenizar, prega a doutrina que seu uso seria um corolário do princípio da autonomia da vontade, em que, sendo as partes capazes e não sendo ilícito o seu objeto, se pode optar quanto à melhor maneira de ajustar interesses, a critério dos interessados. Afinal de contas, o negócio jurídico é, antes, fonte de auto-regulação de vontades.

Ponderados os dois pontos de vista da doutrina, tem-se que a cláusula de não indenizar somente pode ser usada se atender a duas condições necessárias: a bilateralidade do consentimento e a não colisão com preceito cogente de lei, ordem pública e bons costumes. De outro modo, deverá ser proibida.

¹⁵ VENOSA, op. cit, p. 67-68.

1.2.4 Dano Experimentado pela Vítima

O dano é elemento essencial ou determinante da responsabilidade civil, seja objetiva ou subjetiva. Sem a ocorrência de prejuízo não há o que reparar. Imputar a alguém o dever de indenizar sem restar caracterizada a existência do dano, se traduz em ofensa ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

O dano é, conforme definição de Maria Helena Diniz¹⁶, “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

O dano pode ser patrimonial ou moral. O dano patrimonial é o causado efetiva e concretamente sobre um ou vários bens materiais de uma pessoa, causando-lhe deterioração ou destruição.

Danos morais, em definição de Wilson Melo da Silva, citada por Sílvio Rodrigues¹⁷,

São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

De fato. Resulta o dano moral em dor, humilhação, mágoa, tristeza causada injustamente a outra pessoa, perdas que se pretende imensuráveis.

O dano patrimonial – se objeto de prévio acordo contratual frustrado – é mensurado pelo dano emergente, que é a diferença entre o valor do bem antes da lesão e o valor atual do bem após a lesão, correspondendo ao valor pecuniário da desvalorização e pelo lucro cessante, entendido como o que, razoavelmente, deixou

¹⁶ DINIZ, op. cit, p. 48.

¹⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e a sua reparação*, Rio de Janeiro, 1955, n.1. APUD RODRIGUES, op. cit, p. 189

de se ganhar com o dano. Logo, este dano é determinado em dinheiro pela conjugação dos danos emergentes e dos lucros cessantes.

Já o dano moral é difícil de ser mensurado, pois não é material, fato que não permite tenha valia transformada em pecúnia. Antes, relaciona-se com lesão aos direitos da personalidade. Portanto, sua aferição fica a cargo do julgador do caso concreto, que verificará a proporção da dor, do ressentimento em relação ao montante pecuniário que lhe traria lenitivo, sendo visto mais como uma satisfação, ressarcimento do que como uma indenização, mas sempre de forma razoável, conforme tem sido apregoadado.

Sabido que a ninguém é permitido causar dano a outrem, na hipótese de ocorrer, tenha a natureza de dano moral ou patrimonial, dá ensejo à obrigação de indenizar. Com a garantia da indenização, não quer a lei proporcionar vantagem, mas, ao invés, cobrir um prejuízo, se voltar ao *status quo* do dano. Com o reconhecimento do dano moral, afinal de contas, quer o Direito fazer valer a idéia de compensação que pode ser oferecida à vítima depois de experimentar perdas que só os sentimentos podem explicar. É tarefa árdua que, de todo modo, a ordem jurídica toma a seu encargo realizar.

1.3 Modalidades de Responsabilidade Civil

1.3.1 Contratual e Extracontratual

Reconhece o Direito a possibilidade de se ajustar consensualmente interesses. As obrigações assim convencionadas devem ser cumpridas, por constituírem “lei” entre as partes convencionantes, estando o devedor obrigado a efetuar a prestação devida de modo completo, conferindo-se ao credor a prerrogativa de exigir sua prestação como fôra combinado. O adimplemento

contratual é a expectativa legal: o inadimplemento, ao contrário, é a exceção. Haverá inadimplemento quando o devedor deixar de cumprir a obrigação devida, seja voluntária ou involuntariamente, surgindo, assim, sua responsabilidade (art. 389 CC).

A responsabilidade contratual, portanto, é a que decorre do descumprimento de uma convenção entre partes, de um contrato. Na hipótese deste tipo de responsabilidade, antes de surgir o dever de indenizar, existia entre os co – contratantes uma relação jurídica advinda do contrato que os ligava.

Assim, restando descumprida alguma obrigação assumida diante do dano gerado, está verificado o dever de reparação por força da relação contratual. De sorte que se, por exemplo, se um cantor contratado para a apresentação de um show vier a faltar ao evento, ele deverá arcar com as conseqüências, o que implica arcar com as conseqüências das perdas com as quais o empresário se defrontou.

A responsabilidade contratual é regulada no Código Civil pelo artigo 389, que cuida dos efeitos do descumprimento de uma obrigação constante de um contrato anterior, neste sentido:

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

De outra parte, quanto à responsabilidade extracontratual tem como característica a ausência de um liame jurídico que vincule as partes – agente e vítima, antes da ocorrência do evento danoso, como acontece na responsabilidade contratual.

Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, o dever de reparação decorre de culpa do agente por uma conduta positiva ou negativa, que se manifesta

pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo, que cause dano outrem, constituindo ato ilícito.

É o que se extrai da conjugação dos artigos 186 e 927, do Código Civil de 2002:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art.927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Exemplo de responsabilidade extracontratual se dá quando alguém atropela outra pessoa e esta, devido ao acidente, perde uma perna. Aqui, o atropelador será obrigado a indenizar a vítima pelo dano causado, decorrente do atropelamento, portanto, nota-se que antes do acidente não havia nenhuma relação que os ligassem antes, passando ambos a estarem vinculados a partir do sinistro. A indenização devida neste exemplo é constituída pelo pagamento do tratamento da vítima, os lucros cessantes e, ainda, uma pensão correspondente à diminuição da sua capacidade laborativa, segundo o artigo 949 do Código Civil. É que aí, além das perdas econômicas sofridas, terá lugar o reconhecimento do dano moral decorrido da lesão sofrida.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Como se depreende, não existe nenhum liame jurídico entre a vítima e o causador do dano, mas pela prática do ato ilícito, este terá que reparar os danos

sofridos por aquela – é o seu dever de reparação que advém da responsabilidade, no caso em tela, extracontratual.

Tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual são necessários os mesmos pressupostos da responsabilidade, como a culpa, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Aqui como lá, o agente somente será eximido do dever de reparação de provar a presença de alguma excludente de responsabilidade.

Do confronto entre tais campos de responsabilidade, resulta que é o ônus da prova que lhes distingue na aferição. É como explica o magistério de Silvio Rodrigues¹⁸:

Em matéria de prova, por exemplo, na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, outra excludente de responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

1.3.2 Objetiva e Subjetiva

No desenvolvimento do presente trabalho, é de suma importância o estudo acerca da responsabilidade objetiva e da subjetiva. Em rigor, não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas formas distintas de se encarar a obrigação de reparar o dano. Os estudiosos dizem ser a responsabilidade subjetiva quando fundada na idéia da culpa *lato sensu*, enquanto a responsabilidade objetiva é embasada pela teoria do risco.

A responsabilidade subjetiva traz em seu bojo a necessidade de se determinar a culpa do agente na realização da conduta para que surja o dever de

¹⁸ RODRIGUES, op. cit, p. 10.

indenizar, como já ensinavam os romanos em sua *lex aquilia*. É a responsabilidade clássica. Tal ordem de responsabilidade, aliás, tanto influenciou o tratamento da responsabilidade no antigo Código Civil brasileiro de 1916, como continua influenciando o novo Código Civil de 2002, que dedica vários artigos a este tipo de responsabilidade, como os artigos 186 e do 927 ao 954, entre outros.

A culpa, como elemento informador da responsabilidade subjetiva, parece possuir um elemento moral muito forte, pois, como efetivamente acontece com aqueles que estão de boa-fé, quando uma pessoa se sente culpada ela sempre busca reparar o dano que causou. É o que aduz Miguel Kfour¹⁹ em seus ensinamentos:

Os partidários da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a culpa possui um lastro moral, daí não se poder conceber a responsabilidade senão nela fundada. O homem se sente responsável – e obrigado – a reparar dano causado por um ato culposo seu, o que não ocorre em relação a eventuais danos a que haja dado causa de modo absolutamente imprevisível, e pelos quais não se reconhece responsável.

Como se vê, a responsabilidade subjetiva relaciona-se intrinsecamente com a moral, sendo esta a mola propulsora do dever de reparação, pois o agente causador do dano se reconhece como culpado.

Advirta-se ser a responsabilidade subjetiva a regra dominante para a determinação da obrigação de reparação de um dano, permeando com suas regras o novo Código Civil brasileiro.

Em contrariedade à observação dos parâmetros da conduta face à responsabilidade subjetiva, vem a responsabilidade objetiva a se identificar com elementos que em nada tem haver com a culpa, sendo uma criação moderna para preencher as lacunas que a tradicional responsabilidade subjetiva deixava em aberto.

¹⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

Com efeito. Primeiramente, para atender às necessidades da vida social, a jurisprudência passou a alargar o conceito de culpa, para que fosse permitido reparar o maior número de danos possíveis, ganhando espaço o conceito de responsabilidade sem culpa ou com culpa presumida, com a acentuação dos aspectos de causalidade e reparação do dano em detrimento da imputabilidade e culpabilidade do causador do dano. A partir daí, as teorias objetivas foram cada vez mais se aperfeiçoando e se solidificando.

As duas teorias bases da responsabilidade objetiva são as teorias do risco proveito e a do risco criado. A teoria do risco-proveito apregoa que, todo aquele que, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda mais porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Exemplos da efetivação dessa teoria é a responsabilidade objetiva do patrão em relação aos acidentes de trabalho que acometem seus empregados e o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.

A teoria do risco criado implica em toda ação que gere riscos a terceiros faz com que o agente responda por eventuais danos, independente de culpa.

É o que é aplicado pelo artigo 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro de 2002:

Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse contexto está o risco profissional, cujo dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o que acontece no caso do exercício da Medicina, em que, muitas vezes, ao se tratar um paciente, geram-se outros riscos, obrigando o médico à reparação do dano, que não pretendeu causar, mas que, por ser inerente

ao tratamento, foi verificado. Em relação à atividade civil do médico há algumas sub-teorias objetivas, como a francesa *perte d'une chance* e a americana *res ipsa loquitur*, que serão estudadas mais adiante, mormente no que diz respeito ao procedimento estético, que é o objeto de estudo deste trabalho.

Como se vê, na responsabilidade objetiva não é necessário a prova da culpa do agente, basta a presença do dano e do nexo causal, ou seja, existindo o dano e restando comprovado que este dano adveio de determinado comportamento, a culpa se torna elemento dispensável para que a obrigação de indenização surja.

Silvio Venosa²⁰ esclarecendo brilhantemente o advento da responsabilidade objetiva leciona: “o princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos”.

Destarte, em todas as situações sociais importantes, em que a prova da culpa seja um obstáculo intransponível para a vítima, pode a lei dispensá-la, pois deve haver a segurança jurídica da reparação justa.

Entretanto, a teoria da responsabilidade objetiva não é a regra dominante, somente sendo aplicável em casos contemplados por lei específica ou sob a forma determinada pelo já citado artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002.

²⁰ VENOSA, op. cit, p. 25.

2 Responsabilidade Civil do Médico

2.1 Perspectiva Histórica

Desde seus primórdios, o homem busca formas de prolongar o sopro da vida nos dado por Deus, evoluindo, esta busca, do campo religioso, mítico ao campo da razão, ciência médica. A Medicina figurava como algo sagrado, acima do bem e do mal, em que, quando algum procedimento resultava na debilitação ou na morte daquele que se submetia ao ato médico, era porque não podia ser diferente dos desígnios do Criador, isentando-se, portanto, o praticante dessa arte de qualquer falha cometida. Com o passar dos séculos e com a dedicação e os estudos monásticos a Medicina passou à ciência, regida por processos racionais baseados na observação e na dedução do funcionamento do corpo humano e de suas reações face a fatores intrínsecos e extrínsecos. Conforme diz Genival Veloso de França²¹:

O diagnóstico deixava de ser uma inspiração divina para constituir um juízo sereno e um processo lógico, dependendo da observação cuidadosa dos sinais e dos sintomas. Era a morte da Medicina mágica e o nascimento da Medicina clínica. Hipócrates fez com que a atenção do médico se voltasse exclusivamente para o doente e não para os deuses, abandonando as teorias religiosas e alguns conceitos filosóficos.

A Medicina sofreu um extraordinário e expressivo progresso, que obrigou o médico a enfrentar situações novas, algumas delas em sensível conflito com o sublime juramento hipocrático. O médico teve sempre em mente agir conforme sua consciência e a tradição milenar da Medicina, porém, surgiu dia a dia, a necessidade de conciliar esse pensamento com o interesse profissional e com as múltiplas exigências de coletividade.

O laço de amizade, quase paternal, entre o paciente e o médico, fazia com este conhecesse o paciente – muitas vezes desde o seu nascimento, a ponto

²¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, p. 411.

de ser tratado como o “médico da família”, quase como um parente, portanto, alguém a quem se devia muito respeito e consideração, haja vista sua benevolência e o seu saber quase mágico à vista dos leigos. Portanto, uma desconfiança em relação à conduta desse médico era vista como uma afronta e ingratidão imperdoável, fazendo do esculápio algo intocável, sagrado, em que suas falhas revelavam os desígnios de Deus.

O progresso da ciência médica e os avanços tecnológicos, somados as mudanças dos comportamentos sociais, fizeram com que esse laço de amizade entre o médico e o paciente fosse se desfazendo, tornando-se, então, uma relação impessoal, principalmente nos grandes centros, onde o médico altamente especializado não mais toma a seu encargo manter qualquer relacionamento privado com o seu paciente, vendo-o, assim, como mais um cliente, de quem nada pessoalmente conhece.

Como conseqüência, esta mudança de perspectiva acarretou a mudança de atitude, também, por parte do paciente, que não exita em reivindicar um bom e escorreito tratamento médico, pautado no conhecimento científico especializado e na competente condução terapêutica, e, caso não se sinta satisfeito, parte à busca de outro profissional ou, se lhe resta danos, aciona o Poder Judiciário para que o médico lhe repare os danos causados.

Nesse diapasão, tem-se que a responsabilidade civil do médico tornou-se uma realidade iniciada na sociedade francesa, citando Miguel Kfoury Neto²² o caso em que se fez remarcar a revolução quanto ao modo de encarar a referida responsabilidade, o que se deu logo século XIX:

O caso, em resumo, foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault.

²² KFOURI NETO, op. cit, p. 51-52.

Somente lá se apresentou às nove. 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 se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como conseqüência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte.

Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou e outro é emitido por outros médicos, que chegam à conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia.

O Tribunal de Domfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

Quanto ao fato, seguiu argumentando Genival Veloso de França²³:

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 dessa 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; seja 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.

Ao que se vê, a sugestão de que os relacionamentos sociais têm mudado, implica na discussão da responsabilidade médica, sendo dado ao paciente cada vez mais demandar do profissional serviços de bom resultado, que, em tese, um bom conhecimento da Medicina asseguraria.

²³ FRANÇA, op. cit, p. 436.

2.2 Natureza Jurídica do Vínculo Médico - Paciente

2.2.1 Suposição de Ter Caráter Contratual

Ao se analisar a natureza jurídica do vínculo médico-paciente, cumpre-nos ressaltar sua natureza contratual defendida quase unanimemente pela doutrina.

Com efeito. A ampla doutrina prega o caráter contratual da relação médico-paciente, sendo um contrato de prestação de serviço, em que o paciente firma contrato com o médico para que este, por exemplo, consulte-o. Muitas vezes, é fato que não existe um contrato formal, expresso, mas, antes, uma espécie de contrato tácito, em que uma parte sabe que está obrigada a consultar a outra, enquanto a outra sabe que terá de seguir o tratamento que lhe foi determinado.

Em tese, diz-se seja o contrato de assistência médica de caráter *intuitu personae*, normalmente, bilateral, de trato sucessivo e oneroso.

Silvio Venosa²⁴ explicita:

Também na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. Será, principalmente, um contrato de prestação de serviços, embora possa caracterizar-se como empreitada ou com de outra natureza, dependendo da hipótese em concreto. O contrato entre médico e paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica.

No mesmo sentido também explicita Miguel Kfoury Neto²⁵, citando Aguiar Dias: “Ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.

²⁴ VENOSA, op. cit, p. 134

²⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 2 v. APUD KFOURI NETO, op. cit, p. 71

Realmente. Há autores que admitem seja a responsabilidade médica de natureza extracontratual, hipótese em que, em última instância, decorreria do dever legal de não lesar (art. 186 do CC). Acontece que tal pendência não é fator de obstáculo à aferição da responsabilidade quando seja discutida na esfera da prestação de serviços profissionais. E isto é o que pondera o Professor Venosa²⁶:

Inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou a mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente.

Segue Venosa²⁷, parafraseando Aguiar Dias:

A responsabilidade médica é de natureza contratual, sem qualquer dúvida, mas acaba por concluir que as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado; a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial.

No mesmo entendimento, o ensinamento de Miguel Kfour²⁸:

É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, *v.g.* A obrigação de reparar o dano sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele.

De todo o modo, há na doutrina divergência quanto a que tipo de contrato seria este decorrido da relação médico-paciente. Alguns pensam ser um contrato típico, como, por exemplo, de mandato ou de locação de serviços, como prefere maior parte de nossa jurisprudência, pois a atividade do profissional liberal, não

²⁶ VENOSA, op. cit, p. 134.

²⁷ AGUIAR DIAS, op.cit. APUD VENOSA, op. cit, p.135.

²⁸ KFOURI NETO, op. cit, p. 71.

submetida à legislação trabalhista, consiste em prestar ao seu contrate um serviço certo, mediante pagamento determinado.

Neste contexto, tem-se importante crítica quanto à atividade médica ser de mera locação de serviço, assim como pondera o Professor Genival Veloso de França²⁹:

Subordinar um ato médico inadiável e imperioso à vontade do paciente ou de terceiros é simplesmente transformar o médico em mero locador de serviços. Tem o médico o direito de tratar arbitrariamente seu paciente, quando este é o único recurso de salva-lhe a vida. Além de o médico estar no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de um direito, ele pratica o ato em estado de necessidade de terceiro, que a doutrina moderna consagrou como útil e indispensável. A legitimidade de uma intervenção médica ou cirúrgica, qualquer que seja sua especialidade, está absolutamente justificada quando a indicação é precisa, e só o médico está autorizado a dizer a necessidade dessa indicação.

Outros doutrinadores, como Aguiar Dias³⁰, ao invés, concebem a relação do médico com seu paciente como um contrato *sui generis*, em virtude da especificidade e da sutileza mais singular entre o profissional e seu paciente. Entretanto, opina Venosa³¹ que “dizer que ele é *sui generis* é nada esclarecer”.

2.2.2 Obrigação de Meio ou de Resultado?

Dentro do conteúdo das obrigações positivas, em que se exige do devedor uma ação de dar ou fazer alguma coisa, assinalam-se duas formas de obrigações: a de meios e a de resultado. Na primeira, existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, haver a obrigação de êxito. Busca-se, é claro, um resultado, mas, em não se cumprindo, e inexistindo culpa do devedor, não há o que se cobrar.

²⁹ FRANÇA, op.cit, p. 455

³⁰ “Quanto à natureza desse contrato, divergem, ainda, os juristas, uns classificando-o como locação de serviços, outros como contrato *sui generis*, idéia que nos parece mais acertada” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, vol. I, 1983, p. 295-296)

³¹ VENOSA, op. cit, p. 135

Na obrigação de resultado, ao contrário, a prestação de um serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.

Assim sendo, acaso amplamente observada a conduta médica face ao paciente, poder-se-ia afirmar envolver uma obrigação de meios. A princípio, efetivamente, o médico se compromete em realizar esforços no sentido de tratar e cuidar, o que, certamente, envolve uma álea manifesta.

À propósito, a posição de Venosa³²:

Assim como a obrigação assumida pelo advogado no patrocínio da causa, como regra geral, é de meio e não de resultado assim também a contraída pelo médico em relação à terapia e tratamento do enfermo. O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque vida e morte são valores que pertencem a esferas espirituais. Vezes haverá, no entanto, em que a obrigação médica ou paramédica será de resultado, como na cirurgia plástica e em procedimentos técnicos de exame laboratorial e outros, tais como radiografias, tomografias, ressonâncias magnéticas etc.

Nesse sentido também leciona Silvio Rodrigues³³:

Ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é uma de meio e não de resultado. Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente.

Igualmente relevante o magistério de Veloso França³⁴ no sentido de ser a atividade médica precipuamente uma atividade de meio:

A obrigação do médico é de meios ou de diligência, porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao paciente, quando se compromete a usar de todos os recursos a seu alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre um resultado eficaz.

³² VENOSA, op. cit, p. 128-129.

³³ RODRIGUES, op. cit, p. 248

³⁴ FRANÇA, op. cit, p. 445.

De outro lado, é pacífico na doutrina que a obrigação de resultado cabe na atividade médica. Acontece que, para ser discutida, se precisa ter uma ordem de conduta médica especial, assim como a decorrida da cirurgia plástica, da radiologia, da ortodontia, etc., pois nelas não se busca a cura por meios diligentes; os profissionais destas áreas se obrigam a apresentar determinado resultado quando contratados, sendo fato que, se assim não o fosse, não teria o paciente interesse em recorrer a um determinado médico, expondo-se em risco à saúde.

Lecionando acerca do assunto, Venosa³⁵ diz:

Não resta dúvida de que a cirurgia estética ou meramente embelezadora trará em seu bojo uma relação contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente não sofre de moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, entendemos que se trata de obrigação de resultado. Nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado favorável pelo cirurgião, certamente não haveria consentimento do paciente.

Também esclarece Silvio Rodrigues³⁶:

Já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de resultado e não de meio. Tal concepção advém da posição do paciente numa e noutra hipótese. Enquanto naquele caso trata-se de uma pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é uma pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha resultado em si.

Alguns doutrinadores não concordam com essa classificação, pois a acham desnecessária, já que toda obrigação implica sempre um resultado a obter e a busca de meios indicados para alcançá-lo. Tanto leva os estudiosos a deduzirem que, mesmo na obrigação de meio, o médico tem que chegar ao resultado de tentar obter a cura, diligentemente, conforme ensina a ciência médica, sendo tal proposição ainda mais verdadeira quando se trata de obrigação de resultado.

³⁵ VENOSA, op, cit, p. 143-144.

³⁶ RODRIGUES, op, cit, p. 252.

Hoje, mesmo nas especialidades consideradas obrigadas a um resultado de maneira absoluta, como na cirurgia estética, na anestesia e na dermatologia, já não se considera isso de maneira irrefutável, pois o correto será decidir conforme as circunstâncias de cada caso.

Um exemplo dessa relatividade seria a hipótese em que um médico é obrigado a realizar uma cirurgia estética reparadora para evitar danos irreversíveis num paciente, mas que o resultado não fosse ótimo, do ponto de vista estético, como traz o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - REPARAÇÃO DE DANOS. **Cirurgia plástica reparadora** (mamoplastia redutora), realizada através do SUS, com o resultado final satisfatório, tanto sob o aspecto anatômico como funcional, com cicatrizes pouco perceptíveis, na medida do possível, de boa qualidade final, onde a pequena redundância de pele deixada junto à axila direita, reclamada pela autora, pode ser corrigida facilmente em um procedimento vindouro. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº. 70006130645, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 25/06/2004).

Neste caso, a cirurgia estética seria reparadora, adotando a natureza de obrigação de meios, portanto, não cabendo ao médico a obrigação de garantir um resultado perfeito.

2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil do Médico

2.3.1 Conduta Médica

Conforme exposto anteriormente, a conduta do agente para que haja a configuração da responsabilidade civil deve infringir dever legal ou social, prejudicando terceira pessoa.

No caso da responsabilidade médica, a ação ou omissão do agente deve ser necessariamente praticada por profissional que esteja legalmente habilitado para exercer a Medicina, se não, além da responsabilidade culposa, será punido pelo

exercício ilegal da Medicina, curandeirismo ou charlatanismo. A tendência atual é atrair para o âmbito da culpa médica todos os profissionais de nível superior que atuem na área da saúde.

É natural seja a conduta médica comissiva ou omissiva ensejadora de dano ao paciente fundada na culpa estrito senso, seja a negligência, a imprudência ou a imperícia, que podem caracterizar, seja o erro médico, ou seja o erro de diagnóstico.

Cogitado, por exemplo, o erro médico, busca-se atribuí-lo a fatores que não correspondem à conduta profissional cuidadosa, proporcionando, certamente, danos ao paciente.

Ensina o Professor Veloso França³⁷ que o erro médico:

É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico ou intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas e emocionais, como, por exemplo, o médico estressado que atende paciente sem prestar atenção aos seus sintomas. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória.

Exemplo de erro médico induzido por falha estrutural ocorre com o médico que erra o procedimento a ser tomado, em relação a um paciente que sofreu acidente automobilístico, por falta de um aparelho de radiografia, e, assim, passa a adotar uma postura omissiva, negligente, por achar que nada de grave ocorreu ao paciente.

Nesta conjuntura, à propósito, diversas pendências paralelas surgem para discussão, acaso se tome o trabalho deste médico como profissional liberal ou como alguém que trabalha para determinada clínica particular ou mesmo para o próprio serviço público. Em situações assim, legalmente, já será até a responsabilidade

³⁷ FRANÇA, op. cit, p. 440

pessoal ou indireta que se examinará, esta a teor dos artigos 932, inciso III e 43 do novo Código Civil.

Certamente, o erro médico é de difícil apuração, conquanto falta ao julgador os conhecimentos específicos, tornando-se portanto, nesse tipo de alegação, indispensável a prova pericial feita por especialista da área, para que se possa averiguar se a conduta médica foi de encontro à *lex artis* ou deveu-se a insuficientes condições de trabalho.

Entretanto, manda a razão se faça diferenciar o erro médico de mal incontrolável, sendo este decorrente de uma situação grave cujo controle não se tem, como uma lesão cranioencefálica incompatível com a vida, para a qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução, sendo neste caso, o médico irresponsável pelo dano causado ao paciente, independente do procedimento adotado e sem prejuízo para uma possibilidade de sobrevivência.

Exemplo de irresponsabilidade do médico quando da ocorrência de um mal incontrolável pode ser encontrado nos julgados abaixo:

EMENTA: ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **RESPONSABILIDADE MÉDICA NÃO CONFIGURADA.** Médica que no atendimento ao cliente menor, se utiliza de meios adequados e indicados pela experiência, não age de forma culposa, pelo simples fato de não ter, com seu atendimento, alcançado um resultado exitoso. O exame da conduta médica se limita aos meios que oferece a cura e não ao resultado que, muitas vezes, independe daquela. Improcedência da ação. (Apelação Cível Nº. 590038154, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Julgado em 07/08/1990).

EMENTA: **RESPONSABILIDADE MÉDICA.** Infecção dos órgãos internos do organismo a partir de uma perfuração do esôfago. Tratamento médico dentro dos recursos existentes no momento e nos hospitais da internação, não evidenciando que o resultado morte tenha decorrido de culpa por ineficiência do tratamento ministrado. Apelação improvisa. (apelação cível nº. 597165372, segunda câmara cível, tribunal de justiça do RS, relator: Arnaldo Rizzardo, julgado em 03/12/1997).

O erro de diagnóstico é caracterizado pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. É escusável, salvo se grosseiro. Assim, qualquer erro de diagnóstico induzirá à responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado. Nessa questão, é fundamental que haja a busca por exames complementares para auxiliar o médico na determinação do diagnóstico, sendo responsável civilmente o médico que causa dano ao paciente por esse motivo quando há a sua disposição recursos para tal certificação.

Constata-se, portanto, que a ação ou omissão do médico pode ser influenciada por várias circunstâncias, tendo a vítima de provar que seu prejuízo proveio de determinada atividade ou omissão culposa do médico, o que geralmente é difícil, por se tratar de demonstrar os resultados de uma má conduta profissional que não se pode objetivamente aferir.

Ademais, é fator de adversidade ao paciente a certeza de que o erro médico precisará ser aferido por meio de profissionais da saúde, os quais, quiçá, pelo simples fato de serem profissionalmente identificados com aquele cujo trabalho precisarão examinar, podem não ter a devida isenção para dizê-lo, afinal de contas, conforme o melhor emprego da Medicina, como cabe. Apregoa-se, neste senso, a falta de segurança quanto à imparcialidade que deveria caracterizar a crítica do trabalho médico quando efetuada por um outro médico, como é de lei. É quando para alguém terá sentido falar numa tal “máfia branca” que, alguma vez, poderá ser prejudicial à constatação da lesão sofrida por uma eventual vítima de erro médico, quando seja este indesculpável, naturalmente.

2.3.2 Culpa Médica em sua Configuração

A culpa, considerada em sentido estrito, consiste na falta cometida contra o dever, por ação ou omissão, procedida de ignorância ou de negligência. Pode ser ou não maliciosa, voluntária ou involuntária, implicando sempre na falta ou na inobservância da diligência que é devida na execução do ato a que o agente está obrigado.

Certo que, para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção do ato deliberado, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas de prudência ou perícia comuns.

Miguel Kfoury³⁸ relata que doutrinadores franceses, como os irmãos Mazeaud e Tunc, defendem haver uma diferenciação entre a culpa ordinária e a culpa profissional. A culpa ordinária se daria quando, por exemplo, um cirurgião se apresentasse à cirurgia em estado de embriaguez, causando dano ao paciente. Já a culpa profissional poderia ser verificada quando houvesse erro de diagnóstico.

Entretanto, segue dizendo que, para estes civilistas franceses, não há justificativa para tal divisão em se tratando de responsabilidade médica, pois havendo a culpa do médico, seja ela ordinária ou profissional, e independente da gravidade, desde que provada, ele será compelido a arcar com a reparação dos danos causados.

No ordenamento jurídico brasileiro, a culpa médica é embasada no artigo 951 do Novo Código Civil, que preconiza:

Art. 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.

³⁸ KFOURI, op. cit, p. 80.

E não poderia ser diferente. Nas palavras do ilustre Miguel Kfoury Neto³⁹,

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde, o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente – hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos, ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isto porque o advento da nova codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.

A idéia segue valendo: regra geral é que a obrigação do médico seja de meios, sendo de resultado apenas em algumas situações, como no caso do procedimento estético, tema específico do presente trabalho. No caso de obrigações de meio, cabe à vítima provar que houve culpa por parte do médico e demonstrar o dano. Diferentemente, no que diz respeito às obrigações de resultado, a vítima deve apenas demonstrar os danos advindos pelo inadimplemento do contrato: o resultado prometido. Verifica-se, portanto, uma inversão do ônus da prova, tendo o médico que provar que o prejuízo do paciente não proveio de sua conduta culposa.

A medida da culpa é a extensão do dano. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. Em se tratando da vida humana não há lugar para qualquer ordem de descuido. O fato é que, na perspectiva da lei civil, admite-se seja a aferição da culpa aspecto que pode contribuir para a diminuição do *quantum* do dever de indenizar, conforme preconiza o artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Art. 944. Parágrafo Único. Se houver expressiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

³⁹ KFOURI, op, cit, p. 61.

Para a configuração da responsabilidade médica é necessária a demonstração de que o médico agiu com culpa em sentido estrito, com negligência, imprudência ou imperícia, advindo daí sua obrigação em reparar o dano causado.

A negligência médica é advinda da falta de cuidados para com o paciente. Caracteriza-se por uma conduta pouco criteriosa do médico em estudar a situação do paciente, para saber, afinal de contas, como mais eficientemente tratá-lo, a fim de obter os resultados esperados. A negligência está apontada numa omissão dos comportamentos que seriam os recomendáveis, derivados da experiência comum ou das exigências particulares da prática médica.

Na imprudência médica é diferente: há culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, precipitadas, sem usar de cautela devida. É o caso do cirurgião que, irresponsavelmente, se lança e realiza procedimentos médicos que não são afetos à sua área específica de conhecimentos, certamente estritos, por opção profissional. Fala-se, afinal de contas, numa “Medicina especializada”, que não pode ser tão amplamente exercitada, a não ser, quando se esteja diante de um clínico geral que, de todo modo, deverá dar ao paciente um aconselhamento mais amplo, sem, entretanto, realizar intervenções mais incisivas. A idéia é a de esperar-se só se manifeste o profissional quando devidamente habilitado. É imprudente, por exemplo, o médico que admite realizar cirurgia fora de ambiente hospitalar que lhe garanta o recurso a uma sala de recuperação intensiva, acaso seja preciso contar com uma assistência de emergência. Em contraste, médicos cuidadosos são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também das vivências de sua conduta profissional, agem, de antemão, intuindo possível ocorrência derivada da mínima falta de critérios referidos à exposição de riscos à vida de alguém.

Já a imperícia médica é a falta da observação das normas da arte médica, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático, proveniente da carência de conhecimentos necessários, da inexperiência ou inabilidade. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos na profissão. Ilustra a imperícia médica o comportamento de um médico que não tenha qualquer conhecimento acerca de micro-cirurgias, mas que, de toda forma, se proponha a realizar serviços de recuperação em uma mão cujos dedos tenham sido perdidos por conta da mordida de um animal. É que, antes do mais, se quer do médico tenha habilitação que baste ao cumprimento de sua área de trabalho, tal como prometida para realização ideal.

Desafortunadamente, seja como for, é óbvio que a culpa médica é de difícil aferição, por motivos que são perfeitamente compreensíveis. Invoca-se, neste contexto, aquela tal falta de isenção dos próprios médicos em avaliarem a conduta lesiva do outro. E esta é a advertência do Desembargador Nogueira Garcez, citado por Kfourri Neto⁴⁰,

Este é um caso delicado, de difícil solução por envolver questões relativas à ciência e arte médicas, em que o Magistrado, como leigo, há de se apoiar nos dados de comum experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos.

Neste sentido, pode-se mesmo afirmar que a discussão em torno da responsabilidade médica é objeto de apreensão dos juízes, observando que, em tese, culpa médica somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, inescusável, assim marcadas por manifestas negligência ou imperícia, devidamente flagradas. Admite-se pois que, se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e

⁴⁰ KFOURI, op, cit, p. 81

pós-operatórios, somente uma prova irretorquível em contrário poderá levar à indenização pleiteada, o que, diga-se, de passagem, seria o que de mais se deveria cobrar da conduta médica. Efetivamente, os pacientes não estão à busca de qualquer sorte de indenização quando tratados por médicos, mas, antes, estão a perseguir seja a cura de seus males, seja o atendimento de seus desejos de ordem estética, para o que nos médicos hão de depositar a sua estrita confiança de garantia de sucesso, no limite que possa ser daqueles razoavelmente cobrado.

Para que melhor se chegue à correta avaliação da culpa médica, Avecone⁴¹ relaciona um método que é visto como correto, que pressupõe:

a) a perfeita consciência do caso concreto, em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos, evitando generalizações tão fáceis quanto falazes;

b) o uso dos parâmetros jurídicos normais, utilizáveis também para outros tipos de culpa (previsibilidade, normalidade etc.) mesmo que, dada a particularidade da matéria, mais difícil pareça tal aplicação.

Com efeito. Antes do mais, dir-se-á haver um parâmetro básico de comportamento que deva o médico obedecer para que não tenha um procedimento leviano. Assim, por exemplo, deve o médico ocupar-se de fazer estudo do histórico da saúde do paciente, ao indagar-lhe sobre os males e doenças já enfrentadas ao longo da vida, com o que, quando precise, saberá como enfrentar as dificuldades apresentadas ao longo do tratamento. Tudo conta: a saúde precedente dos familiares mais diretos, possíveis alergias ou intolerâncias a medicamentos já antes administrados.

⁴¹ AVECONE, Pio. *La Responsabilità penale del medico*. 1981, p. 120-121.

Na aferição da culpa médica, avulta como meio de prova a perícia técnica, devendo o juiz sopesar as explicações e conclusões dos peritos, examina-lhes a fundamentação; no entanto, este tipo de prova pode apresentar defeitos ou inexatidões como qualquer outro meio de prova, razão por que, de acordo com o princípio da livre convicção, o juiz poderá desprezar suas conclusões, julgando até mesmo contra o laudo pericial, se assim se convencer da justiça de sua decisão.

Não se propõe que o juiz avalie a situação profissionalmente, mesmo porque não seria possível esperar do magistrado os conhecimentos necessários. Suficiente é, porém, uma crítica coerente acerca do acontecido, a fim de averiguar se aquela situação consiste em desvio da escorreita atividade ou não, e, se for o caso, trazer o médico para o campo da reparação dos danos advindos de sua conduta.

2.3.3 Nexo Causal

A causa é entendida como sendo o ponto fundamental da atribuição da responsabilidade: sem que se possa imputar determinado evento danoso, não há como cobrar-se os resultados.

Desta forma, para que seja configurado um dano médico advindo de um ato médico é mister que se demonstre uma relação de causa e efeito entre o dano e a conduta médica. Do contrário, se a vítima sofre o dano e não se chega a evidenciar o liame de causalidade com o comportamento do médico, certamente, não se terá como discutir o cabimento de qualquer indenização a ser imputada a quem quer que seja.

Óbvio que, como sói acontecer, um dano não costuma ser decorrido de um fator isolado. Ao invés, é decorrente de uma multiplicidade de acontecimentos

que, somados em seu conjunto e oportunidade, dão lugar a um resultado de prejuízos, de danos, enfim. E isto cabe mencionar quando se trata de aferir a responsabilidade médica.

Tal certeza ocorreu à doutrina que fez aduzir teorias explicativas acerca da relação de causa e efeito entre o ocorrido e o dever de indenizar, o que, a princípio, foi emanado da esfera penal, embora depois estendido para aplicação no campo do Direito Civil.

Assim, há a teoria que diz que será causa toda a condição que haja contribuído para o resultado, em sua configuração concreta, sendo preconizada como “Teoria da Equivalência das Causas”; outra, que sustenta como causa a condição da qual normalmente se deriva o ato danoso, a “Teoria da Causalidade Adequada” e, por último, a que apregoa seja causa o fator que tenha condicionado, mais proximamente no tempo, o resultado – de modo que, aí, o mais próximo exclui o mais remoto - sendo esta, a “Teoria da Causa Próxima”.

Na responsabilidade civil do médico, não se dá a adoção obrigatória de uma dessas teorias, devendo a análise do nexos causal levar em linha de consideração os fatores vários que podem ligar a ilicitude da conduta médica ao dano produzido ao paciente.

Isto significa dizer que, quanto à responsabilidade médica, convém se atenha o julgador ao caso concreto, devendo dirimir as questões ligadas à causalidade guiando-se por critérios técnicos, periciais, adotando a decisão mais justa em que seja valorado, inclusive, as fragilidades da vítima e a dificuldade em se determinar, por falta de conhecimento técnico, a incidência da relação de causalidade ou a configuração de suas excludentes. É que, em sendo o mau procedimento médico uma situação circunstancial, não seria justo se considerasse

liminarmente caracterizado diante de uma ou outra forma de averiguação de resultados danosos. Cada caso é, realmente, um caso. Cada paciente tem uma reação e um condicionamento particular para responder a determinado tratamento, pelo que, por via de consequência, mais acertado será apreciar os danos em função de cada decorrência.

2.3.4 Dano Médico

Na esfera do direito civil, como foi estudado, o dano configura como instituto imprescindível para o advento da responsabilidade.

Consiste o dano, segundo Adriano De Cupis⁴², em “prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem”.

O dano, nesse entendimento, assume um conceito deveras amplo, devendo, para que se sirva às relações jurídicas, decorrer da inobservância de uma norma, de um dever a ser atendido. O dano revela-se, assim, elemento constitutivo essencial da responsabilidade civil.

Coerentemente, para que se estabeleça a responsabilidade médica é necessária a verificação da efetividade do dano ao paciente, independente de qual seja: dano advindo de lesão a direito fundamental (à vida, à integridade física, à saúde), estes observados em sua feição extra-patrimonial, tanto quanto chamados danos morais, nos quais se incluem, como verdadeiro desdobramento, os danos estéticos.

⁴² DE CUPIS, Adriano. *Il danno*, 1982, p.5-6.

Kfouri Neto⁴³ afirma que,

Os danos indenizáveis podem abranger quaisquer tipos, admitidos geralmente para qualquer modalidade de responsabilidade civil. Adquirem relevância, evidentemente, os danos físicos, visto que a atividade médica se exerce sobre o corpo humano, nos diversos aspectos contemplados pelo tratamento médico-cirúrgico.

Desta maneira, no estudo do dano causado por profissional médico, temos que as lesões podem ser muito largamente aferidas, sendo de ordem física, material e moral.

Em relação aos danos físicos, tem relevo discutir sejam indeléveis ou, ao invés, de fácil ou relativa superação, ao longo do tempo. De todo modo, é intuitivo sejam vexatórios ao paciente que, no mínimo, seja como for, deverá se submeter a tratamento, até completamente superá-lo, quando possa com sucesso contar com recuperação. Imagine-se, por exemplo, que uma temporada de fisioterapia é muito prejudicial por diversos aspectos, embora seja fundamental para a obtenção da cura de lesão causada por procedimento estético indevidamente realizado, assim como o de uma cirurgia de implante de dente que, como resultado, acarrete ao paciente importante defeito na articulação da mandíbula. A verdade é que, ao tempo em que este paciente vai obtendo a cura, à medida em que vai às muitas sessões de fisioterapia recomendadas, de outra parte, é também obrigado a dar explicações acerca do que viveu, para, enfim, ali estar, fazendo tratamento. Outrossim, é certo que perde tempo com as muitas idas à clínica. Admite-se que, na conjuntura da lesão estética e física sofrida, outras espécies de perda terá que enfrentar, sejam patrimoniais, sejam morais. Isto quer dizer: uns danos, em hipótese assim, se vão

⁴³ KFOURI, op, cit, p. 105.

somando em desdobramento outros. E todos devem ser observados e questionados.

A propósito, a explicação de Kfoury⁴⁴ :

Assumem maior relevância - e o prejuízo corporal se compõe de elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme a invalidez seja parcial ou total, permanente ou temporária. Também o estado patológico do doente, que este pretendia aliviar ou curar, pode resultar agravado ou crônico – configurando dano físico.

Já os danos materiais ou patrimoniais, são, no mais das vezes, conseqüências dos danos físicos: lucros cessantes, despesas médicas e de outras naturezas, medicamentos, etc. Quando do dano decorre a morte do paciente, há o dever de indenizar os beneficiários do *de cuius* pela renda que por ele era percebida, mas da qual agora sofrem a privação.

Por último, há o dano moral, de relevante interesse para se compreender a responsabilidade civil do cirurgião plástico, haja vista o dano estético decorrer de falta deste. Entretanto, o dano moral não inclui apenas o dano estético, podendo ser entendido como a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial.

É necessário saber, entretanto, que todo procedimento médico tem um potencial de trazer ao paciente uma complicação, por mais leve que seja. Todo ato médico, mormente o cirúrgico, possui um perigo inerente que pode provocar uma lesão, em vários graus, desde aquela que, praticamente, nenhum mal ocasiona ao paciente, vindo a desaparecer rapidamente, até o óbito. Há muitos procedimentos que causam seqüelas ao paciente, mas que precisam ser realizados em razão de não existir tratamento para aquele mal, isso num dado momento, obviamente.

De toda sorte, podemos concluir que o fato de existir uma lesão ou seqüela num paciente após ter se submetido a um tratamento médico, terapêutico

⁴⁴ Ibid., p. 105-106.

ou cirúrgico, não significa que tal lesão seja oriunda da falha do profissional médico. Ao revés, inúmeras ocorrências totalmente indesejáveis e inevitáveis podem ocorrer, sendo que o médico deve informar ao paciente sobre todas as possibilidades plausíveis de riscos para que este possa decidir o que melhor lhe aprouver, ou seja, tentar se curar, atingir um determinado objetivo estético ou, simplesmente, não se tratar.

2.4 Teorias Objetivistas

2.4.1 *Perte d'une Chance*

A discussão da matéria tem sido objeto de teorias do Direito Comparado, que buscam justificar o dever de ressarcimento do dano estético.

Com efeito. A teoria da *perte d'une chance*, foi formulada pela jurisprudência francesa, na década de 1960, nos casos de danos corporais indenizáveis, para proteger a vítima e facilitar a comprovação da culpa.

Segundo esta teoria, quando se configurava a presença de dano para vítima era porque o atuar médico perdia a chance de um resultado favorável para o tratamento, curando o paciente ou mesmo aumentando-lhe o tempo de sobrevivência.

Não se busca, nesta teoria, demonstrar a culpa entre a atuação ou omissão do médico e o resultado prejudicial para o paciente, pois basta que haja a relação de causa e efeito entre ambos, não se tratando tanto de demonstrar que a culpa do médico causou prejuízo para o paciente, mas de assegurar que sem a culpa o dano não teria se verificado.

A Corte de Cassação francesa, quando não consegue afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, supõe que o prejuízo

consiste na perda de uma possibilidade de cura, condenando o médico, conseqüentemente à indenização.

Quanto a indenização, conforme essa teoria, não é integral, já que não se indeniza o prejuízo final, mas a chance perdida, ou seja, a indenização deve cobrir o prejuízo da possibilidade perdida, não integralmente o dano causado, pois não se pode ter a certeza do futuro, se o paciente, mesmo com a conduta irrepreensível do médico, seria curado ou sobreviveria por mais tempo.

Miguel Kfoury⁴⁵ sintetiza de modo peculiar este pensamento, dizendo que,

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de sobrevivência e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir uma relação de causalidade entre a culpa e o dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades ("chances") ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.

Fundamentando esta teoria, eis o pensamento percuciente de Ataz

López⁴⁶:

Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexos causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando há quase 20 anos aquela que se chama doutrina da perda de possibilidades de sobrevivência.

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade de que a chance poderia se concretizar e uma certeza de a vantagem esperada está perdida, e disso resulta um dano indenizável. Entretanto, a chance perdida deve ser real e séria. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final,

⁴⁵ Ibid., p. 64.

⁴⁶ LÓPEZ, Joaquin Ataz. *Los médicos y la responsabilidad civil*, p. 343.

que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Ainda o juiz Kfoury Neto⁴⁷ relata um julgado do Tribunal de Alçada do Paraná que sufraga a teoria da *perte d'une chance*, ao reapreciar a sentença e manter a procedência parcial da seguinte demanda indenizatória:

Um associado de um plano de saúde contratara, também, por transporte de UTI aérea – justamente por ser agropecuarista, deslocando-se frequentemente à propriedade situada no interior do Estado de São Paulo. A vítima, quando se encontrava na fazenda, sofreu um AVC hemorrágico, derrame cerebral de significativas proporções. O médico que o atendeu, na pequena cidade interiorana, tentou entrar em contato telefônico, durante cerca de hora e meia, com a central da UTI aérea – sem êxito. Alegou-se a ocorrência de pane no sistema de telefonia do Aeroporto de Congonhas. Por isso, o transporte se fez por via terrestre, até a localidade que dispunha de maiores recursos. Três dias depois, não obstante a craniotomia levada a efeito por neurocirurgião, o paciente faleceu. Ninguém, em sua consciência, poderia afirmar com absoluta convicção que o paciente teria sobrevivido – dado as dimensões do AVC – caso o traslado aéreo, por jato ou helicóptero, tivesse sido imediato. Mas não há dúvida quanto ao fato de o serviço prestado deficientemente pelo plano de saúde haver subtraído, ao menos, uma chance de o paciente sobreviver. Com seqüelas ou não, é impossível afirmar-se. A pretensão ao recebimento de valor correspondente a três mil salários mínimos, como compensação pelos danos morais, resultou na condenação ao pagamento de R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais).

Relato como o feito acima demonstra o quanto os Tribunais brasileiros começam a ir beber na fonte destas teorias estrangeiras, que passam a servir de referência para a jurisprudência nacional, posto ser firme embasamento à atual tendência de facilitar ao paciente a comprovação da culpa médica.

2.4.2 Res Ipsa Loquitur

A teoria da *res ipsa loquitur* é utilizada em alguns estados norte-americanos em tema de prova, significando que “a coisa fala por si mesma”.

⁴⁷ Ibid., p. 65

A aplicação dessa teoria nos estados que a adotam se dá ante a simples ocorrência de um fato – morte do paciente, paralisia de um membro, amputação, etc – surge a presunção de negligência contra o médico e a favor do paciente, o que leva a crer que o fato não teria ocorrido sem a culpa do médico.

Esta teoria faz parte do “direito de evidência circunstancial” e se aplica:

- a) Quando não há evidência acerca de como e porque ocorreu o dano;
- b) Acredita-se que teria ocorrido se não houvesse culpa;
- c) Recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente ao paciente.

Kfouri Neto⁴⁸ põe em relevo os elementos da *res ipsa loquitur*, afirmando que,

a) (o dano) deve ter resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houver negligência (ou outra forma de culpa); b) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atuando sob sua direção ou controle; c) deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte.

A teoria de que “a coisa fala por si mesma”, na jurisprudência norte-americana, é admitida em casos em que o dano ao paciente decorre de fatos, como, por exemplo, objetos esquecidos no corpo do paciente, durante uma cirurgia; remoção equivocada de uma parte do corpo, quando outra é que deveria ser retirada; infecções resultantes de instrumentos não esterilizados, entre outros.

Miguel Kfouri⁴⁹ opina que a teoria da *res ipsa loquitur* ou *in re ipsa* incidiria, por exemplo, a um caso ocorrido no Brasil, em hospital municipal de intenso movimento:

O médico, gineco-obstetra, prepara-se para duas intervenções: na primeira paciente, fará laqueadura tubária; na segunda, curetagem pós-aborto. Adentrou a sala, onde já se encontrava a primeira paciente, pronta para a

⁴⁸ Ibid., p. 68.

⁴⁹ Ibid., p. 68.

laqueadura. Afirma o médico ter estranhado a posição em que se achava a mulher, mas a instrumentadora, com um gesto, indicou estar tudo certo – e também o anestesista confirmou ‘ter feito a raque’. Realizada a laqueadura, constatou-se ter havido um engano: as pacientes haviam sido trocadas – e aquela que se submeteria à curetagem, resultou irremediavelmente estéril. A princípio, a paciente concordou com a proposta do médico, de submetê-la, quando deliberasse engravidar, à fertilização *in vitro*, a expensas do profissional. Passado algum tempo, todavia, sobreveio a demanda indenizatória, na qual a mulher reclama compensação de, no mínimo, R\$ 24.000,00 (vinte quatro mil reais) – pelo que considera erro inescusável do médico.

Exemplo da aplicação desta teoria pelos Tribunais brasileiros em seus julgados pode ser verificada na seguinte decisão :

EMENTA: APELACAO CIVEL. **RESPONSABILIDADE MEDICA.** OFTALMOLOGISTA. CIRURGIA ELETIVA DE CORRECAO DE MIOPIA. SUBSEQUENTE PERDA DA VISAO. **APLICACAO DA DOCTRINA DA CULPA IN RE IPSA.** DANOS MATERIAIS E MORAIS. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem, submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda da visão. Ainda que se não flagre ai uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o medico que, por razoes insuficiente comprovadas, não só não logra êxito - que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava antecedentemente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestigio, em casos que tais, a doutrina da culpa in re ipsa, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do medico e o da responsabilidade subjetiva (art.1.545 do código civil). APELACAO PROVIDA. VOTO VENCIDO. (Apelação Cível Nº. 598068245, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, Julgado em 11/11/1998). (*grifo nosso*).

Esses tipos de dano, de fato, não ocorreriam se não houvesse negligência, logo a *res ipsa loquitur* é meio de prova que se assemelha às presunções judiciais de culpa do demandado.

2.5 Responsabilidade Civil do Médico e o Código de Defesa do Consumidor

Na atual sistemática do Código de Defesa do Consumidor, é preconizada a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço, não se perquirindo a culpa para que lhes sejam imputado o dever de reparação. É o que giza o artigo 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Entretanto, essa determinação legal não é aplicada em relação aos profissionais liberais, mesmo que considerados prestadores de serviços – constituindo uma exceção à sistematização do código, como médicos, engenheiros, advogados, entre outros, mantendo, em relação a eles, a tradicional responsabilidade aquiliana ou subjetiva, em que, para que haja a responsabilização por danos a outrem, é necessária a demonstração da culpa. É o que se extrai do parágrafo quarto do mesmo artigo do CDC:

Art.14. Parágrafo 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

No que diz respeito à responsabilidade civil médica, Zelmo Denari⁵⁰ bem justifica a responsabilidade subjetiva da classe médica:

Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Não se pode negar que os serviços prestados pelos médicos são de natureza especialíssima, lidando esses profissionais com elevada carga de emotividade e preocupação, em que lhes sufocam a constante exigência e pressão da sociedade, pois o que está em jogo são vidas humanas e a possibilidade de cometer um erro que comprometa essas vidas é arrasador. Além disso, em nosso país, o profissional da Medicina luta com a permanente falta de recursos e de bons

⁵⁰ DENARI, Zelmo et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 1991, p. 95.

salários para o atendimento à população, havendo que fazer milagres para exercer com um mínimo de eficiência o seu dever.

Mesmo com a permanência da responsabilidade subjetiva em relação ao médico, outros princípios do Código do Consumidor são aplicáveis à relação médico – paciente, porque o paciente assume a condição de consumidor dos serviços médicos. No campo dessa responsabilidade, o defeito na prestação do serviço médico não difere, em tese, do defeito por fato do produto ou dos serviços em geral, como também poderá ser invertido o ônus da prova, para que o médico demonstre a não verificação de sua culpa caso o juiz assim o determine, se restar indiscutível a verossimilhança da alegação de dano pelo paciente-consumidor e/ou a sua hipossuficiência, que não precisa, necessariamente, ser econômica, pode ser uma debilidade técnica, como muitas vezes acontece, ou mesmo jurídica.

Na defesa dos médicos ante os infortúnios do grave problema das demandas civis, oriundas do exercício de sua profissão, doutrinadores, como Genival Veloso de França⁵¹ defendem a criação do seguro social médico, mediante a socialização do risco médico, discorrendo a respeito que,

A socialização do risco médico, no sentido de reparar civilmente o dano, é o único instrumento viável capaz de assegurar uma maior tranquilidade do exercício profissional e garantir uma reparação mais imediata e menos confrontante com o médico. A socialização do risco é a que melhor atende à justiça coletiva. Não se pode esconder o fato de que a Medicina é a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais. Negar essa realidade, somente por caprichos ideológicos, além de egoísmo, é colocar-se distante do presente. Esta é a única forma que dá ao responsável condições de responder pelo dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades.

⁵¹ FRANÇA, op. cit, p. 446.

O referido autor⁵² traz ainda um paralelo entre as desvantagens e vantagens do seguro social médico, sendo que as vantagens se apresentam em maior número.

São elas:

Desvantagens: 1) Interfere negativamente na relação médico-paciente; 2) Estimula os processos contra os médicos; 3) Eleva os custos dos serviços médicos; 4) Pode facilitar o erro médico; 5) Facilita a indústria das indenizações; 6) Fornece uma proteção aparente para o profissional; 7) Cria um cenário cativo para o médico; 8) Não cobre o dano moral.

Vantagens: 1) É a melhor modalidade de liquidação do dano; 2) Cria melhores condições de liberdade e segurança no trabalho; 3) Assegura o equilíbrio social e a ordem pública; 4) É a melhor forma de justiça social; 5) É a melhor forma de previdência propriamente dita; 6) Livra médico e paciente de processos penosos e demorados; 7) Evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades; 8) Independe da situação econômica do causador do dano; 9) Corrige o aviltamento patrimonial da vítima; 10) Contribui com o superávit do sistema em programas de prevenção do dano; 11) Estimula a solidariedade social; 12) Apresenta falhas, mas tem o maior número de benefícios e vantagens; 13) Corrige o fato de o paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado.

Os Tribunais, hodiernamente, mesmo diante de toda a conhecida peculiaridade da atividade médica, e da não implementação, ainda, do seguro social médico, têm buscado não deixar irressarcidos danos causados à pacientes por médicos, pouco importando que o resultado danoso seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência, quando a culpa do médico não chegou a ser comprovada.

⁵² Ibid., p.447

Esta responsabilidade do médico está presa pelo aspecto contratual, que faz da relação médico-paciente um contrato de locação de serviços, mormente no procedimento estético, em que o resultado contratado, mas não verificado, mesmo que não haja a culpa do médico, enseja a indenização ao paciente, tratando-se, destarte, de responsabilidade objetiva, haja vista a obrigação ser de resultado, corroborando esse entendimento as teorias objetivas desenvolvidas em capítulo anterior.

A aferição da responsabilidade médica, ainda segundo alguns admitem, pode estar contida nas prescrições do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, cujo sentido é decisivamente indicador da responsabilidade civil objetiva para a conduta danosa de todo aquele que, atuando, outrem submete a estado de risco.

Na verdade, se o exercício da medicina traz em si a possibilidade do insucesso inerente à incerteza dos resultados que garante ao paciente, o mesmo não se pode afirmar de um determinado trabalho médico que seja essencialmente empreendido com a promessa de resultado com os quais pensa poder contar o paciente. Tal, certamente, a atividade do médico que realiza uma intervenção plástica, um tratamento dermatológico, um serviço ortodôntico de clareamento de dentes porque, em todos estes casos, tem-se a encarar a situação de um paciente naturalmente saudável que terá escolhido um certo profissional em quem confie o bastante para entregar-lhe a integridade física sob a promessa arriscada de que, ao fim, a terá ainda mais esteticamente perfeita.

3. Responsabilidade Civil do Médico no Procedimento Estético

3.1 Considerações Gerais

A cirurgia plástica constitui-se em um ramo de maior excelência dentro da arte médica. Não obstante sua imagem ser ligada à idéia de futilidade decorrente dos modismos estéticos que lotam as clínicas de estética, o fato é que a cirurgia plástica mostra-se extremamente necessária ao ser humano quando cuida da reparação médica de inúmeros males que o acomete, desde as deformidades hereditárias e congênitas, até as ocasionadas por acidentes. Outrossim, a preservação dos traços da juventude é buscada pela realização de procedimentos médicos que não se poderia ter por reprováveis, até porque tem sido empenho de toda a humanidade, ao longo dos tempos.

A vaidade moderada, afinal, é salutar. Implica, inclusive, em vitalidade e motivação para a convivência social.

Importante também mencionar os casos de queimaduras, lesões bastante graves que necessitam de reparação ou mesmo reconstituição, o que, entre outras intervenções, constitui atividade profissional do cirurgião plástico. Os procedimentos descritos relacionam-se ao procedimento plástico reparador e não configuram, aqui, como objetos precípuos deste estudo.

Kfouri Neto⁵³ assevera:

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

⁵³ KFOURI, op. cit, p. 156-157

Cuidaremos, portanto, do procedimento plástico estético, prática invasiva médica que não tem por escopo a cura, entendida esta como a extirpação do mal que acomete a saúde do homem. O fim do procedimento plástico puramente estético é outro: é a satisfação da vaidade humana, uma necessidade ancorada em razões subjetivas e pessoais que não podem ser classificadas como indispensáveis à integridade física do homem.

O Código de Ética Médica autoriza o procedimento estético em seu art. 51:

Art. 51. São lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico.

Venosa⁵⁴, afirma que:

O desajuste psíquico é conceito dúctil. O médico deve ser convenientemente responsável no aconselhar ou desaconselhar cirurgia plástica estética. Um aleijão no rosto de uma jovem causa evidente problema psíquico. Uma cicatriz em musculoso lutador de boxe poderá não sê-lo. O caso concreto dará a solução.

É claro, porém, que o assunto encontra-se em uma seara controvertida. Sob a ótica da pessoa que se sente "feia", a cirurgia estética não é algo de que se possa prescindir. Ao contrário, é algo que se afigura fundamental para seu bem estar. De todo modo, é também verdade que a aferição do que seja um padrão de beleza não é, assim, tão objetivamente aferido. Cada pessoa tem o próprio padrão de beleza, além do que a sociedade, a cada época, também dita o que entende por bonito.

Admite-se, assim, que o bem estar físico é elemento integrante da saúde do homem, pois, sem dúvida, a sensação de se sentir bem com o próprio corpo será

⁵⁴ VENOSA, op. cit, p. 101.

fator de extrema relevância para o indivíduo que, assim, trabalhará melhor, terá mais facilidades de relacionamento social, etc.

Nesta esteira, entretanto, entendemos não ser somente através de intervenções cirúrgicas que a pessoa sã deva buscar seu bem estar psíquico e emocional. O desejo de um corpo bonito e atraente, próximo dos modelos de beleza consagrados pela mídia não é razão para se equiparar as intervenções meramente estéticas, às reparadoras. A saúde, a integridade física, ainda permanecem como um bens jurídico de maior valor que o patrimônio estético do homem.

Destarte, ao se deparar com um desafio de transformação estética o médico cirurgião plástico deve se pautar pelo bom senso, para que não cometa exageros ou provoque desalinhos à harmonia corporal do paciente, como bem afirma Aguiar Dias⁵⁵:

A cirurgia estética, portanto, deve ser apreciada do ponto de vista subjetivo. (...). Isto é, embora reconhecida a necessidade da operação, deve o médico recusar-se a ela, se o perigo da intervenção é maior que a vantagem que poderia trazer ao paciente.

Uma vez realizada, porém, a cirurgia estética assume as mesmas dimensões e riscos que qualquer outra intervenção cirúrgica. O processo, em si, implica no risco de problemas com anestesia, reações adversas aos medicamentos, desencadeamento de reações imprevistas (choque anafilático, por exemplo), etc. A diferença permanece, de toda sorte: se na ampla gama de cirurgias existentes o que se busca é a cura ou, no mínimo, a minoração do mal, na cirurgia estética, diferentemente, pretende-se um resultado também estético, preferencialmente aquele que haja sido o prometido pelo cirurgião antes mesmo da cirurgia.

E se em uma cirurgia de reparação se sabe dever afrontar riscos possíveis, como o próprio óbito do paciente ou o não atendimento dos objetivos

⁵⁵ AGUIAR DIAS, op. cit, p. 281.

precípuos da cura em prol dos quais trabalha o médico, na cirurgia estética o paciente vislumbra três possibilidades incisivamente desfavoráveis, sendo: o resultado não ser consoante o que fôra combinado, a possibilidade da morte e, por outra, a chance de, em decorrência da cirurgia, advir para o paciente um mal totalmente novo, momento em que, então, enfrentará um dano.

Talvez por essa razão, por muitos anos a cirurgia plástica tenha ocupado um lugar de pouco relevo na Medicina - sendo até considerada uma "Medicina de luxo", reflexo mais comum da futilidade humana que, evidentemente, sempre existiu. O cirurgião, nesses casos, não contava com a condescendência verificada normalmente quando da ocorrência de erros médicos em outras especialidades, não sendo bem compreendidos na eventualidade de uma fatalidade. Sustentava o entendimento mais arcaico que o cirurgião não tinha, em nome da busca da beleza e da estética do paciente, o direito de operar uma pessoa perfeitamente sã.

Tudo isso, no entanto, é reflexo do modo como a sociedade analisa o erro do cirurgião plástico. No plano da ponderação e da justiça, é lógico que ao cirurgião plástico também é possível demonstrar a interferência de fatores imprevisíveis e imponderáveis no desencadeamento do resultado danoso. Em verdade, muitos são aspectos que rondam o procedimento médico nestes casos que devem ser levados em consideração: fatos sobre a saúde do paciente cuja existência eram de desconhecimento do médico (nos casos em que, como visto, esta falta de relato anterior não se deva à própria negligência médica em descobri-lo). Outrossim, também acontece de o paciente mesmo não ser bastante colaborador no sentido de seguir os muitos aconselhamentos médicos que devesse observar para o sucesso da intervenção.

É o caso, por exemplo, da senhora fumante que deseja realizar um *lifting*, intervenção cirúrgica que consiste no descolamento da epiderme do rosto, pescoço, colo, e seu reposicionamento de modo esteticamente mais favorável. O cirurgião informa à paciente que o procedimento implica muitos riscos, dentre eles a cicatrização, sendo agravante ao referido processo o fato do paciente fumar. Diante disso e de seu desejo incondicional de fazer a cirurgia, a senhora opta por omitir do cirurgião seu tabagismo. Na eventualidade de um resultado danoso a esta senhora, o mesmo terá ocorrido pela superveniência de causas que ele não podia prever, nem evitar.

Interessante é aí observar que, de outra parte, se ao médico mesmo poderia ter ocorrido verificar e constatar ser aquela senhora fumante – o que pode ser apontado pelos dentes amarelados, por exemplo – atuará com manifesta negligência se realizar o procedimento.

3.2 Evolução da Responsabilidade Civil Médica no Procedimento Estético

É inconteste que, na história da Medicina, o procedimento estético sempre foi visto com menosprezo tanto por parte de alguns profissionais da arte médica quanto pelos julgadores de lides que envolvem este tipo de procedimento, pois, normalmente, partem do pressuposto de sua desnecessidade.

Corroborando esta idéia, temos que o tratamento dado ao procedimento estético, tanto por parte do Direito quanto por parte dos próprios profissionais da Medicina, evoluiu, gradualmente, passando de uma conduta reprovável, ilícita, a um procedimento necessário quando considerado único meio pelo qual se pode amenizar o sofrimento psicológico de uma pessoa inconformada com a sua estética o que, atualmente, se tem por perfeitamente razoável.

Um dos argumentos embaixadores do entendimento de que o procedimento estético era tido como uma atividade reprovável era que:

O corpo humano é coisa sagrada, verdade filosófica, social e religiosa e também verdade jurídica; o próprio indivíduo não tem direito de mutilar seu corpo; o cirurgião não pode intervir no corpo humano senão para curar, isto é, para defendê-lo da morte e do sofrimento.⁵⁶

Na análise da evolução do tratamento dispensado ao procedimento estético, considera-se que ela se deu em três fases, quais sejam: a da rejeição, a da aceitação com reservas e a da ampla aceitação, conforme apregoa Caio Mário da Silva Pereira⁵⁷.

Na primeira fase, a da rejeição, considerava-se que sempre existiria a culpa do médico em realizar um procedimento estético embelezador quando o paciente não estava acometido de nenhuma enfermidade a qual fosse necessária a cura, sendo sempre o médico obrigado a indenizar o paciente quando não se obtivesse o resultado ótimo.

Vem Caio Mário da Silva Pereira⁵⁸ citar um caso relatado por Aguiar Dias, ocorrido na França, que bem se coaduna com esse espírito de rejeição da época. Diz Caio Mário:

Tratava-se de uma jovem senhora, bonita e gozando saúde, que se submeteu a uma cirurgia com a finalidade de corrigir o excesso de volume nas pernas. Procurando um hospital de bom conceito e consultando um profissional reputado, este desenganou-a de conseguir o resultado almejado mediante tratamento clínico, e lhe declarou que a cirurgia estética não era a sua especialidade. Advertida dos riscos de toda cirurgia, confiou-se aos cuidados de um especialista que a animou. Realizada a operação, com a retirada de tecido adiposo, não se completou a sutura dos bordos da incisão, o que levou o médico a envolver a perna operada para provocar a cicatrização. Sofrendo terríveis dores, uma vez passado o efeito da anestesia, agravaram-se estas. Após vários esforços e tentativas, sobreveio a gangrena de que resultou a amputação do membro operado. Proposta ação contra o médico que foi acusado de erro operatório e de negligência por abandono de cliente de quem deveria estar junto para prestar todos os

⁵⁶ AGUIAR DIAS, op. cit, p. 277.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 1999, p.155.

⁵⁸ DIAS op. cit, p. 275 e ss. APUD PEREIRA, op. cit, p. 155-156.

cuidados, e ainda de falta de advertência sobre os riscos cirúrgicos, **foi objeto de ataque a operação em si mesma, tendo por centro o argumento de que o corpo humano é sagrado**. Defendeu-se o médico de todas as acusações. Os advogados desenvolveram seus “*plaidoyers*” e oficiou o procurador geral. A sentença foi condenatória: **a par de outras considerações subjetivistas, assentou que o simples fato de realizar uma operação sem qualquer utilidade para a saúde impõe a responsabilidade médica.** (*grifo nosso*).

Após a fase da rejeição, passou o procedimento estético embelezador a ser visto de uma maneira mais flexível, mas não totalmente. Ainda na orientação de Caio Mário, relata-se um fato determinante deste entendimento. Preleciona o eminente professor⁵⁹:

Numa segunda fase, a resistência foi atenuada, especialmente em razão de um julgamento do Tribunal do Sena, de 25 de fevereiro de 1929, após a qual se considerou a questão de saber se o médico incide em culpa sempre, ou se depende esta das circunstâncias de cada caso. A Corte de Paris agiu sabiamente recusando assentar em princípio que toda cirurgia plástica de finalidade puramente estética é suscetível de estabelecer a responsabilidade do cirurgião. **Bem espelha esta segunda fase, receptiva da cirurgia plástica, o argumento de que, não sendo proibida por lei, não se pode considerar em si mesma um ato ilícito.** A necessidade de corrigir defeito físico, especialmente nas mulheres, a renovação da esperança de conseguir um casamento, a possibilidade de evitar uma neurose causada pela presença de uma imperfeição anatômica, conciliam o direito com a cirurgia estética. (*grifo nosso*).

Esta aceitação com reservas concedida à realização do procedimento estético embelezador fundou-se, principalmente, no fato de que, este tipo de procedimento médico não mais era visto como um ato ilícito, mormente quando não se causava nenhum novo mal ao paciente, iniciando, a este tempo, a compreensão de que negar o direito a uma intervenção estética, mesmo que sem uma imperiosa necessidade de saúde ou de vida, é desconhecer a realidade, em que, para muitos, a estética perfeita é determinante para a realização do seu meio de vida, como no caso dos atores e modelos, e que, o contrário, ou seja, o não aperfeiçoamento da própria estética poderia transformar-se em uma fonte perene de depressão psíquica.

⁵⁹ PEREIRA, op. cit, p.156.

A corroborar a idéia de licitude do procedimento estético, temos a lição do Ministro Aguiar Dias⁶⁰:

Quanto à cirurgia estética em si, não a podemos condenar, até porque isso já agora seria sem sentido, dada a sua positiva incorporação à arte médica e o fato de que, não sendo proibida, como de fato não pode ser, pela lei penal, também não é incivil catalogá-la em si mesma como ato ilícito, só porque não produziu o esperado sucesso.

Com a expansão extraordinária dos meios de comunicação, houve um aumento pela busca da perfeição estética, fazendo com que um grande número de pessoas recorresse aos “milagres” do procedimento estético para se manterem sempre joviais. Esta corrida pelo rejuvenescimento, e o conseqüente progresso científico e tecnológico do procedimento estético, fizeram com que se chegasse à terceira e atual fase de evolução do procedimento estético, que é a sua aceitação total, tanto por parte da classe médica quanto por parte daqueles que operam o Direito.

O procedimento estético, assim, passou a ser admitido como uma atividade normal e um acontecimento cotidiano, ou seja, uma especialidade médica como outra qualquer a cuidar da saúde das pessoas, considerando-se que saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou invalidez. Portanto, o procedimento estético tem um relevante papel na seara psíquica – a mais afetada pelo desgosto com a fealdade externa.

Por outro lado, cabe aceitar que a idéia da estética tem ultimamente ido às raias do absurdo, ao constatar-se que, alguma vez, representa mero capricho. Apresenta-se hoje manifesto que, qualquer “medida” a mais, já é motivo de intervenção estética, assim como a que se fez como lipoaspiração, por exemplo.

⁶⁰ AGUIAR DIAS, op. cit, p. 279.

Nestes casos, aí sim, é necessário apontar a quem se deve obrigar, na hipótese do erro médico. É que, certamente, em situações extremas, ao médico sequer pode ter sido dada a possibilidade de furtar-se ao procedimento, quando decorrido de apelos irrecusáveis a si feitos, vez que, assim, pode-se até sentir constrangido em não ajudar o paciente, deixando-se satisfazê-lo em seu ímpeto incontido de ser mais e mais belo.

Acontece que esta banalização do procedimento estético na atual sociedade não significa que o médico cirurgião plástico passe a ser irresponsável pelos danos causados aos seus pacientes, sem cumprir com os seus devidos deveres de aconselhar, apontar os riscos dos tratamentos, prestar assistência pré e pós-operatórias, entre outros. Tanto é assim que hoje vemos uma tendência maior quanto a processos movidos contra médicos que faltam com seus deveres, pressionados pela visão mercantilista de sua área.

São exemplos estes julgados:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Cirurgia plástica - Danos estético - Hipótese de cicatrizes hipertróficas localizadas nas mamas - Considerações sobre a cirurgia reparadora e estética - Configuração da obrigação de resultado - Verba devida para a realização de nova cirurgia para reparação do dano - Recurso provido. Quanto aos cirurgões plásticos, a obrigação que assumem é de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir 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 pelo resultado não alcançado. (Ap. Cível n. 227.747-1 - São Paulo - 1ª Câmara Civil - Relator: Guimarães e Souza - 15.07.95 - M.V.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral **cirurgia estética**. Correção dos seios. Em se tratando de **cirurgia estética** a informação prévia ao paciente acerca de todos os riscos, constitui dever inarredável do médico. A ausência destas informações acarreta a responsabilidade em indenizar os danos advindos com a intervenção cirúrgica, independentemente de terem sido adotadas técnicas corretas. De considerar, ainda, que a cirurgia plástica de natureza estética não caracteriza obrigação de meio, mas obrigação de resultado. Cicatrizes que a paciente não possuía antes da **cirurgia estética**, e alterações da auréola dos seios e dos mamilos que perderam a pigmentação natural, consoante se pode constatar nas fotos acostadas, causam sem dúvidas constrangimentos e sofrimentos ensejadores de dano

moral. Quantum fixado na ordinária e na reconvenção em conformidade com as circunstâncias concretas do caso, que merecem seguir mantidos. APELOS IMPROVIDOS. PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº. 70010337673, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 21/07/2005).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano material - Cumulação com danos estético e moral - Erro médico - Jovem submetida a cirurgia estética para redução de mamas, com conseqüente quadro de infecção, que levou à necrose do tecido dos seios - Sucessivas cirurgias reparadoras - Alegação de culpa do apelado, que não deu tratamento pós-operatório adequado à paciente - Prova pericial que apontou a existência de culpa do apelado - O laudo pericial é claro e conclusivo no sentido de que o apelado não adotou o procedimento adequado ao vislumbrar que a paciente apresentava quadro infeccioso com indícios de necrose do tecido das mamas - Responsabilidade subjetiva (artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor) - Imprudência e negligência do profissional - Ausência de prova em contrário - Sentença de procedência mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 211.244-4/1-00 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator: Teixeira Leite - 01.12.05 - V.U. - Voto n. 1.271).

Portanto, não há de se pensar que, hoje em dia, o procedimento estético se consubstancia em intervenção desnecessária, em cirurgia de luxo, não possuindo licitude. Ao contrário, é uma especialidade médica como outra qualquer, onde as obrigações do cirurgião plástico são iguais às dos demais médicos de diferentes especialidades, como, por exemplo, as de aconselhar o cliente, acompanhá-lo antes e após a cirurgia, advertindo-o, obrigatoriamente, sobre os excessos que não devam ser cometidos. É preciso ter ética o profissional da saúde, até, para que não seja afrontado por propostas de cirurgias que possa receber, acaso feitas por pacientes sem qualquer escrúpulo acerca de sua condição estética.

A controvérsia acima aludida versa no fato de se considerar o procedimento estético como obrigação de meio ou de resultado, sendo esta a questão a ser abordada no próximo item.

3.3 Procedimento Estético: Obrigação de Meio ou de Resultado?

Conforme já foi exposto quando da análise acerca da natureza jurídica do vínculo médico - paciente, a atividade médica, enquanto usuária de técnicas curativas e reparadoras, é sempre de meios e não de resultados. As raízes ontológicas dos entendimentos neste sentido estão no fato de que o paciente "necessita" da intervenção ao bem de sua saúde, não tendo outra saída que não a de se submeter ao tratamento médico. Do médico, assim, o que se espera é um alto grau de diligência e domínio técnico, qual sejam evidências do uso dos meios adequados na realização da intervenção – daí a caracterização da obrigação médica como sendo de meios e não de resultados.

Assim, há especialidades que se revelam, sem nenhuma dúvida, como obrigação de meios ou de resultado. Outras há, entretanto, que são de difícil enquadramento, como é o caso do procedimento plástico estético.

Diferenciam-se, inicialmente, nesta especialidade, o procedimento estético reparador do procedimento estético embelezador. Esta diferença se faz sentir, principalmente, na determinação da natureza obrigacional de cada um.

O procedimento estético é reparador quando se destina a reparar verdadeiras enfermidades estéticas, sejam advindas de acidente, sejam congênitas. Exemplo de procedimento estético reparador é o realizado na face de uma pessoa após esta sofrer uma queimadura ou um acidente automobilístico, para que sua aparência não fique tão repugnante. Não pode, nestes casos, o médico garantir que o resultado ficará ótimo, mas deve ele empenhar todos os esforços técnicos e científicos para obter um melhoramento estético da pessoa, caracterizando, portanto, uma obrigação de meios, segundo acordam renomados civilistas nacionais.

Vejamos o que dizem sobre este assunto alguns doutrinadores. Opina Venosa⁶¹:

Há cirurgias estéticas que não podem ser consideradas obrigações de resultado: figure-se a hipótese de médico que é obrigado a realizar essa cirurgia em pronto-socorro, em pessoa acidentada, com urgência, a fim de evitar danos irreversíveis. Cabe ao juiz avaliar o caso concreto.

Diz Caio Mário da Silva Pereira⁶²:

Cumpre, todavia, distinguir a cirurgia corretiva. Uma pessoa que é portadora de uma deformação (não importa se congênita, cirúrgica ou traumática), o médico nem sempre pode prometer eliminá-la, porém, realizar o que seja melhor: obrigação de meios e não de resultado, neste caso.

O insigne Aguiar Dias⁶³ anota o seguinte:

No tocante à cirurgia estética, continua-se a confundir a cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há de ser enquadrada como obrigação de resultado.

Confirmando este entendimento, os Tribunais fazem jurisprudência:

EMENTA: Apelação cível. Ação de indenização por dano moral e estético. Cicatriz traumática permanente no dorso nasal da autora oriunda de uma peça de construção que caiu no seu rosto, ao entrar no estabelecimento da ré, responsável pela obra de reforma da fachada do prédio. Não houve renúncia da autora ao direito que se funda a ação pelo fato do ingresso da ação de indenização por dano material no Juizado Especial Cível. **Foi realizada cirurgia plástica corretiva, mas sem sucesso total. A obrigação do cirurgião plástico, no caso em tela, é de meio e não de resultado, visto que a cirurgia plástica realizada foi reparatória e não meramente estética.** Assim, a obrigação de indenizar é da ré, causadora direta do dano, não se perquirindo aqui da responsabilidade do médico, que sequer é parte na presente relação processual. Mantido o valor da sentença. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº. 70011918513, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20/04/2006). (*grifo nosso*).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DANO MATERIAL E MORAL. **CIRURGIA REPARADORA.** DEFORMIDADE. **Tratando-se, no caso, de cirurgia reparadora estética, a obrigação é de meio** e a responsabilidade do médico é de ordem subjetiva, de acordo com o CDC. Comprovado que o procedimento adotado pelo profissional foi adequado, não há falar em ato ilícito. Ausência, no entanto, de

⁶¹ VENOSA, op. cit, p. 144.

⁶² PEREIRA, op. cit, p. 157.

⁶³ AGUIAR DIAS, op.cit, p. 284.

esclarecimento que, da cirurgia, poderia resultar deformidade na autora, o que, nas circunstâncias, conduz à obrigação de o réu arcar com os custos da cirurgia complementar a ser realizada por profissional de confiança da mesma. Impossibilidade de o valor da nova cirurgia ser apurado em liquidação de sentença. Apelo da autora desprovido. Voto vencido. Apelo do réu desprovido. (Apelação Cível Nº. 70012693917, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 14/12/2005). (*grifo nosso*).

Já o procedimento estético embelezador é predominante na doutrina e na jurisprudência como obrigação de resultado, por ter o cirurgião plástico a obrigação de conseguir para o paciente o resultado que foi acordado entre ambos. O que fundamenta o procedimento estético embelezador como obrigação de resultado é o fato de que o cliente não se encontra doente, mas pretende corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhe, precipuamente, o resultado, motivo pelo qual firma contrato com o médico e entrega-lhe sua integridade física.

Defendem esta corrente doutrinária, civilistas consagrados, como, Sílvio Venosa⁶⁴, Caio Mário⁶⁵, Aguiar Dias⁶⁶, Teresa Ancona Lopes de Magalhães⁶⁷, Pablo Stolze Gagliano & Rodolfo Pamplona Filho⁶⁸, entre outros. Lecionam eles, respectivamente:

Não resta dúvida de que a cirurgia estética ou embelezadora trará em seu bojo uma relação contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente não sofre de moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, entendemos que se trata de obrigação de resultado. Nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado favorável pelo cirurgião, certamente não haveria consentimento do paciente.

A cirurgia estética gera obrigação de resultado, não de meios. Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente que procura tratamento e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção.

⁶⁴ VENOSA, op. cit, p. 143-144.

⁶⁵ PEREIRA, op.cit, p. 157.

⁶⁶ AGUIAR DIAS, op. cit, p. 284.

⁶⁷ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980, p. 91.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 233.

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

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

É o caso, por exemplo, dos cirurgiões plásticos, cuja atuação não se limitaria ao acompanhamento do paciente em todos os deveres de cautela, mas sim ao desenvolvimento de uma conduta especificamente para a obtenção de um resultado no plano da realidade.

A jurisprudência também é bastante solidificada neste sentido, como demonstram alguns julgados:

EMENTA: REPARAÇÃO DE DANOS. **CIRURGIA PLÁSTICA PARA CORREÇÃO DAS MAMAS.** Em se tratando de **cirurgia plástica** de cunho exclusivamente estético, a obrigação assumida pelo profissional médico é de resultado. Inversão do ônus probatório, cumprindo àquele que realizou o procedimento a demonstração de que não agiu com culpa. Prova dos autos que demonstra, à evidência, o mau resultado da cirurgia, diferentemente daquilo que havia sido prometido pelo executor. Direito à composição dos danos, inclusive os de ordem moral. Sentença confirmada. Negaram provimento ao recurso. (Recurso Cível Nº 71000947267, Segunda Turma Recursal Cível, Tribunal de Justiça do RS, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 07/06/2006).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CORREÇÃO DO NARIZ. DANO MORAL. AJG. **Cirurgia plástica** de natureza estética não caracteriza obrigação de meio, mas obrigação de resultado. A prestação do serviço médico, livremente pactuado, deve corresponder ao resultado prometido, mediante o pagamento do preço estipulado. Calosidade que a paciente pretendia retirar e após duas cirurgias ainda mantinha acarreta, sem dúvida, constrangimentos e sofrimentos ensejadores de dano moral. APELO E RECURSO ADESIVO IMPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70008482846, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 22/06/2005).

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Cirurgia plástica - Danos estéticos - Hipótese de cicatrizes hipertróficas localizadas nas mamas - Considerações sobre a cirurgia reparadora e estética - Configuração da obrigação de resultado - Verba devida para a realização de nova cirurgia para reparação do dano - Recurso provido. Quanto aos cirurgiões plásticos, a obrigação que assumem é de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram

doentes, mas pretendem corrigir 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 pelo resultado não alcançado. Ap. Cível n. 227.747-1 - São Paulo - 1ª Câmara Civil - Relator: Guimarães e Souza - 15.07.95 - M.V).

INDENIZAÇÃO - Na cirurgia plástica embelezadora, é de resultado a obrigação do médico, que só se exime de responder pelos efeitos negativos inerentes ao ato se comprovar que deles deu previamente por escrito ciência ao paciente. (Embargos Infringentes n. 002.961-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Aldo Magalhães - 18.11.98 - M.V.).

Entretanto, não obstante esta solidificação tanto em doutrina quanto em jurisprudência, é necessário mencionar a existência de uma incipiente corrente doutrinária que entende o contrário, ou seja, a possibilidade de ser o procedimento estético, mesmo o embelezador, uma obrigação de meios, conquanto ser o corpo humano bastante imprevisível, decorrendo daí, ser um ônus por demais pesado para o médico que se dispõe a fazer este tipo de procedimento garantir sempre um resultado específico. Defende esta nova doutrina que, no procedimento estético embelezador o médico somente deverá ser responsabilizado pelo mau resultado se agir com culpa, ou seja, negligência, imperícia ou imprudência, como nas demais especialidades médicas.

Dentre alguns estudiosos do procedimento estético, defendem Luís O. Andorno⁶⁹, Miguel Kfoury⁷⁰ e Antonio Ferreira Couto Filho & Alex Pereira Souza⁷¹ ser o procedimento estético embelezador uma obrigação de meios, argumentando eles, respectivamente, que:

Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções à respeito, ubicando também a cirurgia estética no campo das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência.(...)O comportamento da pele

⁶⁹ ANDORNO, Luis Orlando. *La responsabilidad civil médica*. Porto Alegre: Ajuris, n. 59, 1993, p. 224-235.

⁷⁰ KFOURI NETO, op. cit, p. 171.

⁷¹ COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. *Instituições de direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17-18.

humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos. Acrescenta que toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória. Anota, por fim, que a doutrina e jurisprudência francesas têm se orientado nesse sentido. (...) A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente.

Embora os estudiosos se inclinem a enquadrar a cirurgia plástica com finalidade preponderantemente estética no figurino das obrigações de meios, os Tribunais ainda se mostram refratários à evolução doutrinária. Afirma-se, por exemplo, que para outros médicos o resultado pode ser uma incógnita; para os cirurgiões plásticos, nas intervenções embelezadoras, deverá ser uma certeza. Chega-se mesmo a reconhecer a existência da responsabilidade sem culpa – ou objetiva – do cirurgião plástico, o que é evidente equívoco.

Indiscutivelmente, o paciente que procura o cirurgião plástico para diminuir o tamanho de seu nariz efetivamente deseja esse resultado específico, e nenhum outro mais, olvidando questões usuais de riscos comuns aos atos médicos, em geral. (...) O médico, por seu turno, cômico da necessidade do paciente, terá de lançar mão de toda técnica disponível pela ciência, assim como de seus conhecimentos, para alcançar tal desiderato, como em qualquer outro tipo de tratamento, de qualquer especialidade, sendo certo que caso o paciente não fique satisfeito com a cirurgia, apenas surgirá o dever de indenizar do médico, se restar comprovada que a insatisfação do cliente se deve, efetivamente, a um mal resultado do ato operatório, oriundo de negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião. (...) Ora, parece-nos sensato este pensar, pois não podemos olvidar que as mesmas intercorrências existentes em outros tratamentos, quer terapêuticos, quer cirúrgicos, existem igualmente nas cirurgias plásticas, reparadoras ou embelezadoras, tais como: rejeição do organismo, reações provenientes da própria genética do paciente, o não-cumprimento pelo paciente das prescrições e recomendações médicas. (...) Impor à cirurgia plástica estética a pecha de obrigação de resultado é, a nosso ver, grande preconceito, existente em tempos longínquos, além de negar o próprio sistema biológico de cada ser humano que, por vezes, se mostra rebelde, seja numa simples cauterização de uma verruga ou numa cirurgia de mama para a colocação de uma prótese, com a finalidade de aumentá-la de tamanho.

E já existe quem defenda esta opinião em nossos Tribunais, como podemos ver abaixo:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Prestação de serviços - Cirurgia plástica - Atividade de meio - Adoção da teoria da responsabilidade subjetiva - Inteligência do disposto no artigo 14, § 4º da Lei n. 8.078/90. A obrigação do cirurgião plástico, portanto, seria de resultado, não de meio. **Essa, contudo, não é a concepção do relator, para quem a cirurgia plástica sempre é reparadora, e tem especial relevância, com inegáveis efeitos psicológicos, de bem estar físico e íntimo, ainda quando não destinado à sobrevivência da pessoa humana.** (Apelação Cível n. 36.043-4 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: Vasconcellos Pereira - 27.04.99 - V.U.). (*grifo nosso*)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. CIRURGIA PLÁSTICA. IMPLANTE DE SILICONE. Não restando comprovado que o réu agiu com culpa na cirurgia realizada na demandante, de prótese de glúteo, não há falar em indenização pela insatisfação quanto ao resultado. Situação em que, depois de implantada a prótese de silicone na região glútea da autora, conforme solicitado, houve contratura de tecidos, que levou o médico a realizar nova cirurgia, para a retirada da prótese. Conjunto probatório que demonstra que o réu agiu corretamente, utilizou o material adequado e executou o serviço no local apropriado. Dano moral e estético não configurado. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº. 70011199213, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 12/05/2005). (*grifo nosso*).

Entretanto, defender ser o procedimento estético embelezador uma obrigação de meios é possibilitar ao cirurgião plástico a certeza de ser, quase sempre, irresponsabilizado por um dano causado injustamente ao paciente, pois este apenas entregou sua incolumidade física ao médico na certeza de ter sua pretensão estética realizada nos termos acordados e pagos, não sendo ético nem moral o médico ser desta obrigação de resultado dispensado.

Superada a discussão acerca da natureza obrigacional do procedimento estético embelezador, é importante enfatizar os efeitos na relação médico-paciente que cada tipo obrigacional imprime.

Em sendo o vínculo médico-paciente caracterizado como uma obrigação de meios, caso do procedimento estético reparador, o médico somente será responsabilizado se houver a comprovação de sua culpa, que ficará a cargo do paciente, na condição de credor, já que não há presunção de erro imputável ao devedor (médico).

Já se o vínculo for caracterizado como uma obrigação de resultado, como ocorre no procedimento estético embelezador, basta para que a haja a configuração da responsabilidade, apenas o descumprimento do que foi acordado, havendo, então que o médico (devedor) comprove sua não-culpa ou qualquer outra

excludente de culpabilidade em relação ao dano experimentado pelo credor (paciente).

3.4 Inadimplemento da Obrigação Médica no Procedimento Estético

O paciente que procura um tratamento médico com finalidades meramente estéticas está, como já ficou deveras esclarecido, em busca de um resultado. Não há em sua saúde a presença de um mal ou uma lesão a ser reparada. A atividade do médico, então, abandona a seara da reparação (do mal ou lesão) e penetra no universo da "modificação", da "alteração". A natureza consumerista desta relação, então, é muito mais sólida que em intervenções ao bem reconhecido da saúde humana.

Em virtude disso, o paciente tem o direito complexo, constituído de muitos elementos, de obter o resultado que lhe foi previsto e – creio que podemos lançar mão desta terminologia – "vendido". Integra o patrimônio jurídico do paciente o direito à informação e o esclarecimento (o que lhes é objetivamente garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º.), conceitos estes que não devem ser confundidos. A informação é um saber genérico que se traduz em palavras e independe do modo como o indivíduo receptor deglutiu-a; já o esclarecimento guarda relação direta com a compreensão dos fatos, não bastando o mero conhecimento. Assim, um paciente pode ser informado acerca de algo, mas o que não garante, de plano, que esteja esclarecida a questão.

O médico versado nas artes da cirurgia plástica deve, portanto, fazer saber a seus pacientes acerca de todos os riscos envolvidos e quais os resultados, de fato, previsíveis.

O bom senso e o mínimo grau de discernimento entre ilusão e realidade bastam para que o homem médio compreenda que, mesmo numa intervenção onde o que se almeja é uma melhora na aparência, há um risco de que o resultado não se verifique.

Em uma circunstância fática na qual o cirurgião plástico é procurado por um paciente insatisfeito, por exemplo, com o volume de seu ventre, o médico deve analisar a situação e informar a pessoa acerca das probabilidades de sucesso, riscos etc. Uma vez cientificado disto, cabe ao paciente escolher entre dar seguimento ao processo operatório ou resignar-se com seu estigma.

O médico, no caso, agiu escorreitamente, cientificando o paciente das chances e não semeando ilusões. Na hipótese de o paciente optar pela cirurgia, mesmo sabendo que o resultado não será ótimo, não há que se falar em responsabilidade civil do médico diante da insatisfação do paciente, ao menos, é claro, que se demonstre sua culpa quanto a algum dano sofrido pelo paciente. É o que ratifica o julgado abaixo:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Cirurgia estética - Implantação de prótese de silicone - Rejeição - Motivo de força maior, excludente de responsabilidade - Impossibilidade do médico prevê-la - Autora, ademais, ciente dos riscos da operação - Inexistência da obrigação de indenizar - Recurso não provido TJSP 240/97.

Diferente, é o caso em que o paciente, querendo remover a gordura de seu abdômen, procura um cirurgião plástico que lhe garante um resultado bastante favorável esteticamente e que, depois, não se verifica. Aqui, o que houve é o claro inadimplemento da obrigação de resultado contraída no momento em que se prometeu ao paciente o abdômen definido dos modelos corporais eleitos pela mídia.

Por isso, o preço de uma conduta contaminada pela obscuridade, quando não pela mentira e pela enganação do paciente, é o reconhecimento de uma obrigação de resultados do médico em relação àquele que contrata seus serviços.

É muito comum, hoje, que clínicas especializadas em cirurgia estética possuam sistemas e aparatos computadorizados capazes de simular os eventuais resultados das cirurgias. Tal se deve à gana de estimular as pessoas que procuram tais estabelecimentos em busca de uma melhoria em seu aspecto físico, buscando, por conseqüência, o conforto emocional e psicológico. Através de tais equipamentos, o cirurgião consegue, digitalizando uma foto atual do paciente, gerar uma imagem de como a pessoa ficaria após a cirurgia.

O ético e correto diante de tais circunstâncias seria o esclarecimento de que aquelas imagens na tela do computador são uma possibilidade de ocorrer, e não um resultado certo e garantido.

O que se dá, em contrapartida, é, por exemplo: um indivíduo consulta-se com o médico a fim de modificar o nariz, que acha demasiado grande e largo; o médico tira uma fotografia digital, passa a mesma à máquina e, através de programas específicos, começa a mostrar ao paciente como seu nariz poderá ficar após a cirurgia; o paciente opta por um determinado aspecto e, então, lhe é assegurado que aquela modificação é possível.

Nasce nesse instante a expectativa do paciente, que irá acertar, inclusive, um valor a ser pago por ela. Ocorre, não raramente, de o resultado final não corresponder àquele vislumbrado na tela do computador e prometido ao paciente. Tal resultado pode muito bem não ser propriamente desagradável; pode mesmo corresponder a uma melhora com relação ao estado inicial do paciente, mas, mesmo assim, não é que foi acordado, não é que foi adquirido e pelo que foi pago.

Eis o julgado abaixo:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - MEDICO. DANO MORAL. Cirurgia plástica de natureza estética não caracteriza obrigação de meio, mas verte obrigação de resultado. A prestação do serviço medico, livremente pactuado, deve corresponder ao resultado prometido, mediante o pagamento do preço estipulado. Nexo de causalidade entre os danos estéticos e a conduta do medico comprovado. Imperfeições no corpo da paciente, que não possuía antes da cirurgia estética, acarreta, sem duvida, a vexação moral, a revolta, o incomodo excepcional, ensejadores de dano moral. Sentença confirmada. (8 fls.) (apelação cível nº. 70000159616, quinta câmara cível, tribunal de justiça do RS, relator: Clarindo favretto, julgado em 15/06/2000). (grifo nosso).

O inadimplemento da obrigação contraída pelo cirurgião estético é, portanto, a não realização daquilo que se assegurou como resultado ao paciente. E o dever de indenizar surge mesmo não havendo lesão ou dano propriamente dito, bastando que o resultado, ainda que não desagradável às vistas, não esteja em consonância com aquilo que foi acordado previamente.

O contrário, ou seja, o adimplemento da obrigação devida pelo cirurgião plástico ocorre, segundo Carlos Roberto Gonçalves⁷², “somente quando o fim prometido é alcançado”.

A regra fundamental, portanto, que convém respeitar em matéria de procedimento estético embelezador, para que não haja inadimplemento da obrigação, é que o médico deve sempre renunciar ao procedimento estético, mesmo que haja anuência do paciente, quando a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estiver em perigo.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175.

3.5 Dano Estético e sua Compensação

Conforme o que foi explanado anteriormente, o dano é um dos elementos principais para que a responsabilidade de alguém por ato ou fato ilícito surja. Para que haja a responsabilidade civil médica, quando da realização de um procedimento estético, é também obrigatória a existência do dano estético, conceito que a professora Tereza Ancona Lopez de Magalhães⁷³, em sua tese de doutoramento, trabalha brilhantemente:

Caracteriza o dano estético a lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém. O conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes. A existência do dano estético exige que a lesão que enfeiou determinada pessoa seja duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito (dano moral), mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira, que se resolve em perdas e danos habituais. O dano estético, como o dano moral, representa uma ofensa a um direito da personalidade.

O dano estético, destarte, engloba várias categorias e níveis de dano à aparência de uma pessoa, indo de uma simples incorreção em uma rinoplastia a lesões mais extensas que caracterizam o aleijão.

Wilson Melo da Silva⁷⁴ anota, ainda, que o dano estético, na esfera do Direito Civil, não seria apenas o aleijão. Abranjeria também as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob quaisquer aspectos, um afeiamento da vítima ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão desgostante ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

O dano estético seria compreendido pelo dano psíquico ou moral, havendo possibilidade de cumulação do dano estético com o dano moral, porquanto ser o dano moral representado pela vergonha, angústia, sensação de inferioridade

⁷³ MAGALHÃES, op. cit, p. 17 et passim.

⁷⁴ SILVA, Wilson Melo. *Dano estético*. V. 22, p. 249-260.

da vítima, ferida em seus sentimentos mais íntimos devido à lesão estética, que é conhecido como dano moral direto, por lesionar um bem jurídico extrapatrimonial, como a incolumidade física e psíquica. Entretanto, pode acontecer de a lesão estética não dar ensejo ao dano moral. Isto ocorre quando, para o lesado, o dano estético não representa nenhum sofrimento ou vergonha, o que é raro.

Também o dano estético pode determinar um dano patrimonial, repercutindo nas possibilidades econômicas da vítima, se, por exemplo, ela usa de sua beleza exterior para sobreviver, como uma modelo, atriz, bailarina, etc. Nestes casos em que do dano estético resultam danos econômicos, diz-se que houve dano moral indireto, consistente “na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos” ⁷⁵, ou seja, o dano emergente e os lucros cessantes advindos de uma lesão estética que causa dor moral.

Dano emergente é o montante calculado como resultado do desfalque patrimonial advindo da lesão causada pelo procedimento estético, é prejuízo inicial, como, por exemplo, os valores gastos com o custeio do tratamento, cirurgias reparadoras, entre outras.

Lucro cessante é o valor em pecúnia daquilo que se deixou de ganhar em virtude da ocorrência da lesão anti-estética, sendo um exemplo o fato de uma modelo não assinar um contrato de publicidade, já acordado, em virtude de haver sofrido uma lesão que mudou seu padrão de beleza – fator determinante para a concretização do acordo. A indenização por lucros cessantes abrange o lapso temporal que medeia entre o evento danoso e a retomada das atividades normais, após completa recuperação. O ofendido há que comprovar seus rendimentos, para se apurar a soma devida.

⁷⁵ Diniz, op. cit, p, 93.

A reparação ao dano estético, em relação aos danos patrimoniais terá de cobrir os prejuízos causados pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes, enquanto em relação aos danos morais sofridos teria uma função satisfatória ou compensatória, pois não se paga a dor sofrida, mas serviria o dinheiro para facilitar aquisições materiais que compensariam seus sofrimentos, por trazer uma alegria ou distrações momentâneas.

Teresa Ancona⁷⁶ diz respeito à reparação de dano estético:

Em matéria de juízo estético, como prejuízo moral, não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita. Nesses casos não há ressarcimento e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo, atenuam sua dor. – p. 109.

Assim, quando se trata de dano moral ou estético, o certo seria falar em compensação, como forma de restabelecer uma situação que se havia modificado, em função de prejuízo ou dano causado.

Muitos elementos são levados em consideração ao se determinar o *quantum* correspondente ao dano estético, tais como a extensão do dano, a localização da lesão, a possibilidade de remoção, as características pessoais da vítima (sexo, idade, profissão, estado civil, etc). Todos estes elementos serão levados em consideração pelo julgador na quantificação de uma indenização.

Tais elementos são de grande importância, pois um mesmo dano pode ter repercussão e dimensão diferentes quando da consideração de contextos pessoais diversos. Desta forma, uma pequena deformidade nos rosto de uma aeromoça enseja uma indenização mais alta do que a mesma pequena deformidade no rosto de um trabalhador rural, porque, para a aeromoça sua face ilesa é uma condição

⁷⁶ MAGALHÃES, op. cit, p. 115-116.

profissional, enquanto para o trabalhador rural, um rosto marcado pode ser sinônimo de masculinidade, de coragem, havendo uma eqüidade.

Para se compensar o dano estético sofrido é necessário liquidar o dano, determinando seu valor em pecúnia, que deverá despende o causador do dano em favor do lesado.

Entretanto, no que diz respeito à liquidação da dano, há uma imensa gama de implicações que tornam dificultosa sua determinação, como, por exemplo, a rapidez mutacional do organismo social, o dinamismo do mundo moderno, o surgimento de novos riscos, a busca sempre crescente de reparação de quaisquer danos, em todas as situações, estão constantemente exigindo o aperfeiçoamento dos mecanismos de ressarcimento, de que se vale o Judiciário, na intenção de dar a cada um o que lhe é devido.

Entende ainda Kfoury Neto⁷⁷ que “a avaliação do dano estético deve ser feita por ocasião do julgamento, o mais tarde possível. A cicatriz, a deformidade, podem atenuar-se”.

Para a formação do *quantum debeatur* da indenização por dano médico, no procedimento estético, como nos demais procedimentos, leva-se em consideração os danos emergentes, os lucros cessantes e o devido a título de dano moral.

CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – Indenização, DANO MATERIAL E DANO MORAL. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não-cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente da deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito (STJ – *Rev. Jur.* 170/145).

⁷⁷ KFOURI NETO, op. cit, p. 108.

No ordenamento jurídico brasileiro, é parte legítima para pleitear a indenização a vítima da ofensa, da qual resultou o dano, em caso de lesões, ferimentos incapacitantes, deformidade; e, em hipótese de morte, o herdeiro, o parente, ou aquele a quem a lei reconhece o direito de buscar a indenização, por ser lesado indireto, “que sofre lesão em seu interesse porque um bem jurídico alheio foi danificado” ⁷⁸, repercutindo este dano em seu interesse devido à sua ligação com o lesado direto.

Em relação à prescrição, esta é regida pelo artigo 206, § 3º, inciso V do novo Código Civil. Diz o referido artigo:

Art. 206. Prescreve:

§ 3º. Em três anos:

Inciso V – a pretensão de reparação civil.

O lapso prescricional para as demandas de reparação civil é de três anos, que passará a fluir a partir do momento em que o dano se tornar conhecido, haja vista o malefício à vida ou à saúde do paciente, a princípio, poder ser imperceptível, como, por exemplo, o paciente somente vir a perceber o dano estético semanas depois, quando o local da cirurgia desintumescer.

⁷⁸ DINIZ, op. cit, p. 87.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade hodierna é flagrante a importância que tem a condição física das pessoas, aí observada a perfeição estética que devem normalmente apresentar. Diz-se, com efeito, haja um padrão de aparência que todos devem manter, até, para serem aceitos socialmente, seja no trabalho ou no contexto das amizades mesmo. Não se duvida que as pessoas são muito mais amplamente aceitas nos ambientes sociais quando são belas e bem tratadas, o que, diga-se de passagem, não é exatamente justo. Mas é, de todo modo, o que a própria sociedade impõe, até, orientada pela mídia.

Não se duvida, enfim, que a estética termina sendo fator de verdadeira adaptação social, com o que, em contrapartida, se transforma em possibilidade de desagregação e isolamento. Perde chance de emprego quem não tiver boa aparência, quem não mantiver um determinado padrão físico.

Por isto mesmo, as mais das vezes, as pessoas não tem limites na busca quanto à preservação da beleza que querem, a todo custo, preservar ou alcançar. Estão, enfim, dispostas a tudo para terem boa aparência. Neste intento, é claro que vão à busca do auxílio médico que lhes pode ser emprestado com – ou sem – o necessário critério da ética e da prudência que devem ser cobradas, enfim, de qualquer espécie de relacionamento pessoal.

Diante do trato de interesses entre médicos e pacientes, portanto, caberá investigar quem se lança em campos de alcance de difíceis resultados, indevidamente assegurando-os, de todo modo. Caberá também se examinar quem

se submete a atividades de risco sem, sequer, cogitar das conseqüências das quais pode ser vitimado.

O que é fato é que a profissão médica tem nuances particularizadas quando se trata de avaliar o procedimento estético. É que nesta seara de atividade profissional podem ocorrer riscos de prejuízos que se pode superar ou, ao menos, minorar, com os efeitos da responsabilidade civil que se imponha. O problema será, basicamente, o de tentar imputá-la, em razão do modo como se desenvolver os compromissos assumidos pelo respectivo profissional, conforme seja ousado o bastante para assegurar resultados que não possa estar certo de obter ou, por outra, se venha a dedicar à tarefa à qual se propôs com a devida anuência e informação do paciente acerca da dificuldade que vai aportar o trabalho a ser cumprido. Neste campo abre-se possibilidade para a parte prejudicada exigir o ressarcimento de sua esfera de interesses lesada, o que se poderá resumir tanto na discussão do dano patrimonial, como do dano estético e do moral, cada qual em sua diferente nuance de configuração.

A idéia é, assim, a de cobrar-se a responsabilidade do médico em limites razoavelmente decorrentes de sua maneira deliberada de agir, entendido que, no normal dos casos, a promessa do resultado não cabe. Admite-se que em Medicina os objetivos curativos ou transformadores não de ser arduamente perseguidos pelos profissionais que, regra geral, à sua vez, devem estar advertidos para a dificuldade dos acertos da atividade que desempenham, aonde, por certo, um lugar importante é dado ao paciente até porque, nem sempre, será um efetivo colaborador do sucesso de seu tratamento. Isto tudo é matéria implicada à aferição da responsabilidade médica na seara do procedimento estético.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, J.** *Da responsabilidade civil*. 7^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ANDORNO, L. O.** *La responsabilidad civil médica*. Porto Alegre: Ajuris, n. 59, 1993.
- AVECONE, P.** *La Responsabilità penale del medico*. Padova: Francesco Vallardi, 1981.
- COUTO FILHO, A. F. e SOUZA, A. P.** *Instituições de direito médico: responsabilidade civil à luz do Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DE CUPIS, A.** *Il danno*. Milano: Giuffrè, 1982.
- DENARI, Z. et alii.** *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DINIZ, M. H.** *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FRANÇA, G. V.** *Medicinal legal*. 6^a ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R.** *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3^a ed. rev. SÃO Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, C. R.** *Direito civil brasileiro*. vol. 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KFOURI NETO, M.** *A responsabilidade civil do médico*. 5^a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÓPEZ, J. A.** *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.
- MAGALHÃES, T. A. L.** *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MONTEIRO, W. B.** *Curso de direito civil*. 32^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2000
- PEREIRA, C. M. S.** *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RODRIGUES, S.** *Direito Civil: responsabilidade civil*. vol.4. 14^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTINI, J. R.** *Dano moral*. Campinas: Millenium, 2002.
- SILVA, W. M.** *O dano moral e a sua reparação*, Rio de Janeiro, 1955.

SOARES, O. *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, F. *Direito das obrigações e responsabilidade civil.* vol. 2., 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

VENOSA, S. de S. *Direito Civil: responsabilidade civil,* 5ª. ed, São Paulo: Atlas, 2005.