

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CARLA GONÇALVES AIRES ALVES

**OS RISCOS DA ATIVIDADE MÉDICA NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA SOB
A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO CIVIL: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?**

**Rio de Janeiro
2017**

CARLA GONÇALVES AIRES ALVES

**OS RISCOS DA ATIVIDADE MÉDICA NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA SOB
A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO CIVIL: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Rosângela Maria de Azevedo Gomes.

**Rio de Janeiro
2017**

CARLA GONÇALVES AIRES ALVES

**OS RISCOS DA ATIVIDADE MÉDICA NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA SOB
A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO CIVIL: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: _____ de _____ de 20____ .

Banca Examinadora:

Orientadora: Prof^a. Rosângela Maria de Azevedo Gomes

Avaliador 1

Avaliador 2

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus pelo dom da vida e ter me dado forças nos momentos que mais precisei durante toda a minha graduação em Direito.

Aos meus pais, Sonia e José Carlos, por nunca me deixar desistir de meus sonhos e se esforçar ao máximo para eu chegar onde estou hoje. Obrigada aos dois por me ajudar após noites em claro, enquanto eu produzia o presente trabalho. Agradeço também por sempre apoiar minhas escolhas. Um agradecimento especial à minha mãe por me influenciar na escolher dessa carreira tão nobre. Se eu não tivesse assistido às suas aulas enquanto cursava Direito na antiga Universidade Gama Filho, não sei onde eu estaria agora.

Ao meu querido namorado, Caio, que me inspirou e motivou na escolha do tema deste Trabalho de Conclusão de Curso, e obrigada também por me ajudar em sua feição me dando apoio psicológico e intelectual, apontando o que poderia ser melhorado. Sei que você será um excelente médico no futuro e que esse trabalho também tenha esclarecido todas as suas dúvidas a respeito do tema.

Às minhas avós, Maria e Rosária (em memória), tendo em vista que comecei a faculdade na companhia das duas e termino a mesma apenas com a saudade. Sei que ambas estariam orgulhosas de ver sua neta concluindo a primeira graduação.

À Procuradora Andrea Henriques Szilard e aos servidores de seu gabinete, Luciana, Hassany e Antônio, por me proporcionarem a melhor experiência em estágio possível. Obrigada pela paciência com todas as explicações e ótima convivência por dois anos. Todos os pareceres foram fundamentais para eu aprimorar minha escrita e conseguir fazer esse trabalho com maior naturalidade.

À Fernanda, que foi minha companheira de estágio por um ano e meio e também teve paciência para me ensinar muito do que sei hoje em dia. Agradeço também pelo apoio nesse trabalho, me mostrando sempre que o que parece impossível é possível se você souber agir da forma certa. Você sempre será minha inspiração.

Aos meus amigos, Lucas e Thaís, por me acompanhar em toda a caminhada dos 5 anos de graduação. Não sei o que eu faria sem vocês em vários momentos do curso. Com certeza os levarei para toda a minha vida.

Por fim, à minha orientadora, Rosângela, por estar sempre a minha disposição e por ter aceito o desafio de me orientar nesse tema tão específico e pouco falado durante a graduação.

“Quando todo o mundo é corcunda, o belo porte torna-se a monstruosidade.”
(Honoré de Balzac)

RESUMO

Este trabalho propõe identificar, conforme o instituto da responsabilidade civil, a obrigação do médico cirurgião plástico na cirurgia embelezadora. Objetiva esclarecer e diferenciar as situações que normalmente são confundidas no que tange o tema, como a diferença entre cirurgia plástica embelezadora e reparadora. Analisa o tema com base método de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, focando principalmente nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Enfatiza a relevância do debate do assunto nos dias atuais, tendo em vista o aumento da demanda judicial relacionada ao erro médico. Define e procura ilustrar todos os temas relacionados à responsabilidade civil conforme o Código Civil de 2002 de forma concisa, destacando suas mudanças em relação ao Código Civil de 1916, principalmente no que se refere à atividade médica. Verificou-se, diante do cenário do judiciário brasileiro, que a obrigação do cirurgião plástico na cirurgia embelezadora é, em regra, de resultado, mas deve ser analisado cada caso concreto separadamente.

Palavras-chave: Responsabilidade; obrigação; médico; erro; dano; cirurgia; embelezadora.

ABSTRACT

This study proposes to identify, according to the institute of civil liability, the obligation of the plastic surgeon physician in the embellishing surgery. It aims to clarify and differentiate the situations that are usually confused regarding the theme, such as the difference between plastic surgery and repairing. It analyzes the topic based on method of doctrinal and jurisprudential research, focusing mainly on the precedents of the Superior Court of Justice. It emphasizes the relevance of the debate of the subject in the present days, in view of the increase of the judicial demand related to the medical error. It defines and seeks to illustrate all the issues related to civil liability according to the Civil Code of 2002 in a concise manner, highlighting its changes in relation to the Civil Code of 1916, mainly in what refers to the medical activity. It was verified, before the scene of the Brazilian judiciary, that the obligation of the plastic surgeon in the beautifying surgery is, as a rule, of result, but each case must be analyzed separately.

Keywords: Liability; obligation; doctor; error; damage; surgery; beautifying

SUMÁRIO

1. Introdução	10
2. A responsabilidade civil	12
2.1. Conceito.....	14
2.1.1. Do dever de indenizar.....	16
2.2. A Responsabilidade Civil Constitucional	16
2.3. Pressuposto da Responsabilidade Civil	17
2.3.1. Ato ilícito.....	18
2.3.2. Culpa.....	19
2.3.3. Nexo causal	20
2.3.4. Dano.....	21
2.3.4.1. Dano estético.....	26
2.3.4.2. Teoria da perda da chance	28
2.4. Espécies de Responsabilidade Civil.....	30
2.4.1. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	30
2.4.2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	34
2.4.3. Responsabilidade direta e responsabilidade indireta.....	35
2.5. A responsabilidade civil no Código Civil de 2002	35
3. A responsabilidade civil do médico	38
3.1. Natureza contratual da atividade médica	40
3.2. Teoria das Obrigações.....	41
3.2.1. Obrigações positivas e negativas	44
3.2.2. Obrigação de meio e de resultado.....	45
3.3. Inaplicabilidade da Teoria do Risco na atividade médica.....	49
3.4. Iatrogenia	50

3.5. Os riscos da atividade médica na cirurgia plástica estética sob a ótica da legislação civil: obrigação de meio ou de resultado?.....	51
3.5.1 A responsabilidade civil do médico no Código de Defesa do Consumidor	55
4. Jurisprudência.....	57
Conclusão	66
Referências bibliográficas.....	67

1. Introdução

A vida em sociedade trouxe consigo a necessidade da criação de um instrumento capaz de combater as injustiças decorrentes dos atos humanos, seja por meio de penas cumpridas pela privação de liberdade ou por pagamento em pecúnia. Assim nasceu o Direito, com o objetivo de pacificar os conflitos sociais, utilizando normas e técnicas para a solução desses problemas.

A prática de um ato ilícito sempre foi combatida pelo Direito, mas a novidade foi quando começou a se punir danos decorrentes da prática de um ato em descumprimento um dever de conduta. O marco inicial da punição desses danos, legitimada pelo Poder Público, foi em Roma e ficou conhecido como o instituto da Responsabilidade Civil.

Anterior a responsabilidade civil, aplicava-se a vingança privada, conhecida popularmente como “olho por olho, dente por dente”. Não importando a culpa ou as circunstâncias, a reação ao dano era aplicada pelo ofendido, na medida que este achasse necessária. As injustiças provocadas por essas vinganças, tornaram necessária a criação da responsabilidade civil.

Contudo, uma área desse instituto merece especial atenção: a responsabilidade civil médica. A história da reparação do dano causado por erro médico começa muito antes do que se imagina, por volta do ano de 1750 a.C. no Código de Hamurabi¹. Nesse Código, haviam normas regulando a profissão médica na época. Um exemplo do que era disposto no Código era a exigência de perícia e atenção pelos médicos, uma vez que se houvesse algum problema, penas severas seriam aplicadas a eles.

Com o passar dos séculos, a medicina foi evoluindo e utilizando cada vez mais tecnologia. As relações sociais foram ficando cada vez mais popularizadas e impessoais, afastando a afetividade. A relação entre médico e paciente, que era manifestada pelo médico de família, praticamente desapareceu.

Atualmente, o distanciamento na relação do médico com paciente, no qual o médico só o conhece por meio de uma ficha hospitalar, deixando de acompanhar sua trajetória familiar, dificulta o diagnóstico e tratamento correto. Nesse diapasão, a responsabilidade civil médica começa a ter um tratamento

¹DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. 2008.

diferenciado no Direito Civil, uma vez que, com o desenvolvimento da tecnologia junto a medicina, o espaço para as adversidades foi reduzido, e o exercício da medicina passou a possuir características de relação de consumo.

A busca pelos padrões de beleza impostos pela sociedade e a promessa dos médicos por resultados milagrosos, torna o cenário perfeito para que os médicos passem a ser protagonistas das mais diversas demandas judiciais.

Ao tratar da responsabilidade médica, há elementos fundamentais para que esta se caracterize, quais sejam: conduta, nexos causal e dano. Cabe ao paciente a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo médico e o dano sofrido. Em todos os casos de responsabilidade médica, a culpa do profissional deve ser analisada também sob três perspectivas: negligência, imprudência e imperícia.

Em relação a obrigação do profissional da medicina, o entendimento pacificado nos Tribunais é no sentido de que se trata de uma obrigação de meio, ou seja, não há uma garantia de resultado. Porém, nas relações profissionais que tem como objetivo o embelezamento, ou seja, procedimentos estéticos, a jurisprudência é pacífica no entendimento de que se trata de uma obrigação de resultado, pois houve uma promessa do profissional para determinado resultado estético.

Dessa forma, é necessário a compreensão do assunto de ambos os lados. Por um lado, o médico não deve tratar o paciente como um meio de ganhar dinheiro. O que deve haver é uma relação de confiança, na qual o médico deve buscar sempre ser claro com o paciente e explicar todos os procedimentos e riscos que pode ser submetido. Por outro lado, a sociedade também deve compreender que a medicina não é uma ciência exata. Cada corpo, cada organismo tem uma reação diversa para o mesmo procedimento. O que deve haver é a busca pelo possível, sempre com a atenção e perícia necessária, como já era previsto no Código de Hamurabi, mas também deve ser evitada a criação as falsas expectativas por parte do paciente.

2. A responsabilidade civil

Responsabilidade é uma palavra que tem sua origem na palavra latina *respondere*, que significa compensação². Nesse sentido, traz o significado de obrigação de reparar um dano causado a algo ou alguém.

Por volta do ano 286 a.C., em Roma, houve o primeiro registro de separação entre os conceitos de pena e reparação, diferenciando a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. A *Lex Aquilia* ou Lei de Áquila foi um importante marco histórico para a responsabilidade civil, pois nela havia a diferenciação dos conceitos acima. O autor Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal. É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”.³

A responsabilidade penal seria aplicada em casos de delitos públicos, que afetassem a população local de maneira geral. Essa pena personificada em dinheiro era revertida aos cofres públicos e tinha o objetivo de inibir o indivíduo a praticar aquele ato novamente. Já a reparação ou responsabilidade civil seria utilizada nos delitos privados, derivados, muitas vezes, de relações contratuais. Logo, por ser uma relação pessoal, a pena pecuniária, tida como reparação do dano, era direcionada à vítima do delito.

Apesar de, na prática, a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária tornou-se a única forma de sanção nos casos de prática de

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

atos ilícitos que não fossem considerados criminosos. Não mais era admitido o famigerado “*olho por olho e dente por dente*”.

É na Lei Aquiliana que se encontra um rascunho da reparação do dano na responsabilidade civil. Trata-se de um rascunho por não haver um conjunto de regras definidas como nos códigos atuais. Nesse contexto, o autor Silvio Salvo Venosa faz uma importante exposição:

De qualquer forma, a Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade, embora exista hoje um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual. A Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos. A ideia de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação. Em princípio, a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo. Mais modernamente a noção de culpa sofre profunda transformação e ampliação.⁴

Séculos mais tarde, no Código Napoleônico, por volta do ano de 1804, a responsabilidade civil tomou novos rumos e foi inserido o conceito da culpa. Nesse código era possível haver reparação havendo culpa ou não do agente, nascendo, assim, a responsabilidade civil objetiva. Essa foi uma grande inovação utilizada como base no direito de todo o mundo, inclusive nos dias atuais. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil,

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil - Volume 4. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

A noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo¹⁰. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios.⁵

Sendo assim, passaremos a analisar o instituto da responsabilidade civil sob a perspectiva de diversos autores, dando o enfoque principal à atividade médica. É necessário abordar o tema demonstrando o conceito, suas espécies e o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 para que haja melhor entendimento do assunto.

2.1. Conceito

De início, deve-se distanciar o instituto da responsabilidade civil do direito das obrigações. A responsabilidade civil se originou na responsabilidade contratual. Sendo assim, o seu principal objetivo é reparar o dano causado. Esse dano teve ter sido causado por um ato ilícito e ter levado a diminuição do bem jurídico da vítima, sendo que, sem esse dano, não haverá reparação. Só poderá existir a obrigação de indenizar quando existir o dano, podendo ser natureza material ou imaterial.

Nessa perspectiva, o autor Sergio Cavaliere Filho⁶, entende ser indispensável a diferenciação de obrigação e responsabilidade. A obrigação seria o dever jurídico originário, e a violação desse dever é um ilícito. A responsabilidade é o dever jurídico sucessivo, ou seja, dever de reparar o dano causado pelo ilícito. Nesse sentido entra a ideia da responsabilidade civil, que seria o dever de reparar o dano resultante da violação de um dever jurídico originário.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2014. 11ª edição. p. 14.

Dessa forma, a responsabilidade está diretamente conectada ao descumprimento de uma obrigação. Ou seja, a responsabilidade civil é o dever reparar um prejuízo causado pelo não cumprimento de uma obrigação.

A autora Maria Helena Diniz também segue nesse mesmo pensamento e define a responsabilidade civil como “a obrigação de indenizar, e só haverá indenização quando existir prejuízo a reparar”⁷.

Já Carlos Roberto Gonçalves nos traz a seguinte definição:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.⁸

Neste conceito, pode-se observar que o autor insere a responsabilidade civil no direito das obrigações. Diferente dos autores anteriores, Carlos Roberto Gonçalves entende que a responsabilidade civil é um tipo de obrigação originada da prática de um ato ilícito.

Por fim, o doutrinador José Aguiar Dias, utiliza a definição do autor francês G. Marton para conceituar a responsabilidade civil:

Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.⁹

Em sua exposição, José Aguiar Dias deixa claro a existência da responsabilidade extracontratual e da responsabilidade contratual. A primeira não pode ser prevista, pois não há uma vinculação prévia entre as partes. Nesse caso, é necessário aplicar uma norma genérica relacionada a violação de direito e prejuízos causados a terceiros, pois trata-se de responsabilidade extracontratual. A segunda

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro Volume 2: Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 407.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

⁹ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª edição. Revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Beford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

trata-se de obrigação de natureza sucessiva ou secundária. Não se confunde com obrigação de dar, fazer ou não fazer porque estas são de natureza originária ou primária. No caso da responsabilidade civil contratual, a obrigação de indenizar (secundária) é criada por convenção entre as partes ou pela lei quando a obrigação primária é inadimplida. Esse assunto será mais aprofundado ao longo do presente trabalho.

2.1.1. Do dever de indenizar

A partir do momento no qual o dano foi gerado, nasce o dever de indenizar. Esse dever consiste na tentativa de reparar o dano, retornando a vítima à situação que estaria se este não tivesse acontecido. Caso não seja possível reparar totalmente o dano, a indenização poderá servir como uma compensação à vítima.

O autor Sergio Cavalieri Filho ¹⁰ destaca em seu livro Programa de Responsabilidade Civil:

O Código Civil, no título que figura em cima do seu art. 927 (Parte Especial, Livro I, Título IX), categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Vale dizer, entre as modalidades de obrigações existentes (dar, fazer, não fazer), o Código incluiu mais uma – a obrigação de indenizar.

(...)

Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

Essa obrigação de indenizar pode ser de natureza voluntária ou legal. A primeira é decorrente de negócios jurídicos, prevalecendo a vontade das partes. A segunda ocorrerá quando os efeitos jurídicos e dever de indenizar forem criados pela lei.

2.2. A Responsabilidade Civil constitucional

No direito contemporâneo, o direito civil brasileiro foi diretamente influenciado pela Constituição vigente (1988). Dois artigos da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 são fundamentais nesse caso:

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;¹¹

Além de ter como primeiro objetivo a proteção material da vítima, a responsabilidade civil visa também proteger a dignidade da pessoa vitimada. Para que sejam alcançados esses objetivos, é necessário aplicar o princípio da solidariedade social, fundamentado no artigo 3º, I e III da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

A responsabilidade civil se manifesta, tradicionalmente, sob uma visão patrimonialista, ou seja, o legislador teve como objetivo primário a recomposição do patrimônio da vítima. Sobre essa perspectiva, foi considerado pela doutrina majoritária e jurisprudência que a responsabilidade civil deve ser submetida à incidência dos princípios constitucionais da pessoa humana e da solidariedade social, acima mencionados.

Na prática, os referidos dispositivos constitucionais sempre se apresentam de forma conjunta com artigos da lei civil quando se tratar de indenização, seja ela derivada de dano material, de dano moral ou de dano estético.

A constitucionalização da responsabilidade civil acaba por produzir uma nova interpretação do instituto, reduzindo, assim, a função dos princípios civis provenientes dos direitos das obrigações, quais seja o da *restitutio in integrum* e do chamado enriquecimento sem causa.

2.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que seja configurada a responsabilidade pelo dever de indenizar, alguns pressupostos devem estar presentes. Há divergências entre doutrinadores

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

sobre quais seriam os pressupostos da responsabilidade civil. Para o autor Sílvio de Salvo Venosa haveriam quatro requisitos para que seja gerado o dever de indenizar, sustentando: “(...) verifica-se que nele estão presentes os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal dano e, finalmente, culpa.”¹².

Segundo a autora Maria Helena Diniz são três os requisitos para que haja configuração da responsabilidade civil, quais sejam: ato, comissivo ou omissivo, dano e a relação de causalidade.¹³ Por fim, para o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, estes são: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano.¹⁴ Apesar de variáveis, em suma, os requisitos são os mesmos. Veremos a seguir os pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito, culpa, nexos causal e dano.

2.3.1. Ato ilícito

O ato é a escolha feita pelo agente de como irá se conduzir, podendo ser por meio de uma ação ou omissão. O ato jurídico é aquele que está em consonância com a ordem legal. Este traz a possibilidade de criar benefícios em favor do agente, ou seja, cria direitos. Já, quando um ato é feito em desconformidade com o sistema jurídico vigente, será configurado um ato ilícito. Essa conduta é capaz de gerar apenas deveres.

O autor Caio Mário disserta sobre o ato ilícito como violação de um dever que existia anteriormente. Esse dever não precisa ser contratual, podendo ser uma conduta definida por lei.

A iliceidade de conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico.¹⁵

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil - Volume 4. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71 e 72.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume: I: Introdução ao Direito Civil e Teria Geral do Direito Civil. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 523 e 524 p.

2.3.2. Culpa

Quando se trata de responsabilidade civil, a culpa deve ser avaliada em *stricto sensu*. Os elementos que a caracterizam são utilizados para demonstrar a sua relevância conceitual e possuem função de mero qualificador de conduta na caracterização da responsabilidade civil subjetiva.

Sendo assim, a culpa é apresentada pela doutrina para que a sua manifestação se dê, em regra, com base no padrão médio de condução de uma pessoa, também conhecido como *boner pater familiar*, para que se destaquem os seguintes elementos: a) Ação ou omissão sempre baseada na vontade de conduzir; b) Que todo exercício de vontade impõe uma previsão ou previsibilidade mínima dos efeitos daquela condução; c) Que toda culpa tem na sua essência um dever de cuidado, de dirigência ou de presteza mínima ao se conduzir.

Os elementos acima são identificados, ao contrário da culpa em sentido amplo apresentado no artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”, com base na culpa em sentido estrito. É com base nela que a doutrina esclarece o conceito de culpa, que, nesse sentido, se manifesta pela negligência, imprudência ou imperícia, sobrelevando para seu aspecto intencional.

No Código Civil de 1916, eram considerados três situações: culpa provada, culpa presumida e responsabilidade objetiva. Nesse caso, apesar de ambas conterem inversão do ônus da prova, a diferença entre a responsabilidade objetiva e a culpa presumida estava no fato de a segunda ainda ser considerada responsabilidade subjetiva, pois o agente ainda poderia provar não ter sido o causador do fato lesivo e não era prevista em lei. Era aplicada em casos de acidente de trânsito e negócios jurídicos. Atualmente, a conduta culposa pode ser dividida em duas espécies, a saber: culpa provada, como regra, e culpa presumida, que foi absorvida pela responsabilidade objetiva.

No que se refere a conduta culposa como pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, tem-se dois cenários que não podem ser confundidos, quais sejam: culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente. O primeiro cenário tem a capacidade de fazer romper o nexo causal, resultando na

desobrigação de indenizar por parte do alegado agente que produziu o dano. Já no segundo cenário, que diz respeito à culpa concorrente, que, apesar de induzir a ideia de exclusão de responsabilidade, na realidade, tem como consequência a redução do valor da indenização a que a vítima visava receber.

Assim sendo, conforme o artigo 945¹⁶ do Código Civil de 2002, se a vítima concorrer culposamente para a produção do fato danoso, a indenização a que fará jus será fixada levando-se em consideração a gravidade de sua culpa em comparação ou confronto com a do autor do dano.

Por fim, cabe definir os conceitos de culpa e dolo. O primeiro ocorre quando o agente, causador do dano, comete o ato ilícito sem ter consciência de que o está fazendo. No segundo caso, o agente possui o elemento volitivo na produção do dano, pois tem consciência e vontade em produzi-lo.

2.3.3. Nexo causal

Diferente da culpa que tem sua forma descrita no texto legal, o nexo causal é um elemento meramente fático criado apenas pela doutrina. Uma de suas características peculiares se encontra no fato de ser considerado um excludente de causalidade, podendo exonerar a responsabilidade.

O nexo causal nada mais é do que o elemento de ligação entre o ato ou atividade do agente ofensor e o dano, indicando assim uma causa ou causas múltiplas (causas concorrente) para o fato ou fatos lesivos.

O nexo causal pode possuir dois tipos de natureza jurídica, a saber: naturalística e normativa. A primeira ocorre quando se tratar de atos comissivos, ou seja, a ligação entre o dano e a conduta é explicada pelas leis da física, como ação e reação. Quando um indivíduo bate no carro de um terceiro, o carro fica amassado, dano facilmente explicado pela física. A segunda ocorrerá quando se tratar de atos comissivos. Nesse caso, a omissão apenas será relevante, para fins de responsabilidade civil, se houver uma norma jurídica que obriga o sujeito a agir naquela hipótese.

Quatro são as teorias explicativas do nexo causal, a saber: a primeira é a Teoria da Equivalência das Condições ou Teoria da *Conditio Sine Qua Non*. Esta

¹⁶Art. 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..

teoria é adota apenas pelo Código Penal brasileiro. De acordo com a teoria, causa é todo fato antecedente que ajude a produzir o resultado lesivo. A infinidade de causas que podem ser imputadas para a produção do resultado danoso são necessariamente relevantes para o nexo causal. Isso gera o risco de regresso ao infinito, o que no Direito Penal pode ser resolvido com a apuração de culpa ou dolo do agente causador do crime. Essa teoria foi afastada do Direito Civil porque há responsabilidades que podem ser imputadas ao agente independente de culpa.

A segunda é a Teoria da Causalidade Adequada, na qual considera que a causa é todo antecedente fático que, adequadamente, de acordo com um juízo de probabilidade, produziria o resultado danoso. Trata-se de uma análise abstrata da relação entre fato e o dano. É considerada uma teoria genérica da qual derivaram as demais teorias.

A terceira é a Teoria da Causalidade Direta e Imediata, também conhecida como Teoria da Interrupção do Nexo Causal, sendo esta, atualmente, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com essa teoria, causa é todo elemento fático que de forma direta e imediata produz o resultado lesivo. Trata-se de uma análise concreta do caso, utilizando o que está comprovado nos autos. É imposta pelo artigo 403 do Código Civil de 2002¹⁷, na qual traz a necessidade de se especificar a verdadeira causa direta e imediata.

Por fim, há também os defensores da chamada Teoria da Necessidade da Causa, os quais entendem que a relação de tempo entre o fato ocorrido e a sujeição da vítima ao prejuízo, não deve ser o critério de maior relevância à caracterização da responsabilidade civil.

2.3.4. Dano

Após o esclarecimento anterior sobre nexo causal, é imprescindível analisarmos o próprio dano, não só para que se caracterize algumas de suas modalidades reconhecidas pela jurisprudência, como também para que se estruture o seu estudo com base nos enunciados de súmula de jurisprudência do STJ.

Como regra, não haverá responsabilidade se não houver dano consumado. Contudo, é possível haver imputação de responsabilidade civil

¹⁷Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

independente de dano consumado no caso de haver um dano em potencial. Nesse caso, trata-se de característica precaucional, sendo esta excepcional na responsabilidade civil. Um exemplo da situação acima retratada pode ser vista no seguinte precedente jurisprudencial:

CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. 1. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA. EXIBIÇÃO DE RESULTADOS. POTENCIAL OFENSIVO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. AFASTADO. 2. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS RESULTADOS E A PESQUISA. AUSÊNCIA. EXPECTATIVA RAZOÁVEL. FALHA DO SERVIÇO. CONFIGURAÇÃO. 3. OBRIGAÇÃO DE FAZER PERSONALÍSSIMA. DECISÃO JUDICIAL. INÉRCIA RENITENTE. MULTA COMINATÓRIA. FIXAÇÃO DE PATAMAR ESTÁTICO. INSUFICIÊNCIA RECONHECIDA. 4. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Recurso especial em que se debate a responsabilidade civil decorrente da discrepância entre o resultado de busca e a alteração do conteúdo danoso inserido em sítio eletrônico, bem como a obrigatoriedade de atualização dos resultados de busca conforme o novo conteúdo disponível no momento da consulta. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os provedores de pesquisa fornecem ferramentas para localização, dentro do universo virtual, de acesso público e irrestrito, de conteúdos relacionados aos termos informados para pesquisa. 3. Não contém aptidão para causar dano moral a exibição dos resultados na forma de índice, em que se relacionam links para páginas em que há conteúdos relacionados aos termos de busca, independente do potencial danoso do conteúdo em si ou dos termos da busca inseridos pelos internautas. 4. Os provedores de pesquisa podem ser excepcionalmente obrigados a eliminar de seu banco de dados resultados incorretos ou inadequados, especialmente quando inexistente relação de pertinência entre o conteúdo do resultado e o critério pesquisado. 5. A ausência de congruência entre o resultado atual e os termos pesquisados, ainda que decorrentes da posterior alteração do conteúdo original publicado pela página, configuram falha na prestação do serviço de busca, que deve ser corrigida nos termos do art. 20 do CDC, por frustrarem as legítimas expectativas dos consumidores. 6. A multa cominatória tem por finalidade essencial o desincentivo à recalcitrância contumaz no cumprimento de decisões judiciais, de modo que seu valor deve ser dotado de força coercitiva real. 7. A limitação da multa cominatória em patamar estático pode resultar em elemento determinante no cálculo de custo-benefício, no sentido de configurar o desinteresse no cumprimento das decisões, engessando a atividade jurisdicional e tolhendo a eficácia das decisões. 8. A multa diária mostrou-se insuficiente, em face da concreta renitência quanto ao cumprimento voluntário da decisão judicial, impondo sua majoração excepcional por esta Corte Superior, com efeitos ex nunc, em observância ao princípio da não surpresa,

dever lateral à boa-fé objetiva processual expressamente consagrado no novo CPC (art. 5º). 9. Recursos especiais parcialmente providos.¹⁸

No caso em análise, o provedor de busca foi cientificado pelo consumidor sobre haver um erro quanto as informações pesquisadas (nome de consumidor) e o resultado de busca (sítio eletrônico), ficando, nesse caso, obrigado a desfazer a referência, ainda que esta não tenha causado nenhum dano. Caso fosse descumprida a ordem judicial, poderia ser gerado responsabilidade civil para o provedor de busca.

Quanto a possibilidade do dano ser indenizável, devem estar presentes três requisitos, a saber: primeiro, é necessário haver violação de um interesse juridicamente protegido, ou seja, interesse protegido pela norma jurídica; segundo, o dano precisa ser certo e determinável; por fim, o terceiro requisito é a subsistência do dano. Se o dano já tiver sido reparado de alguma forma secundária, mesmo que não tenha sido pelas vias judiciais, perde a sua possibilidade de ser indenizado.

Na teoria tradicional utilizada no Código Civil de 1916, apenas era considerado indenizável o dano material. Com a evolução do instituto, os doutrinadores e a jurisprudência foram criando diversas modalidades de danos. A seguir, serão analisados alguns tipos de dano que serão relevantes para o presente trabalho e que são reconhecidos atualmente pela jurisprudência brasileira, quais sejam: dano material, dano moral e dano estético.

O dano material trata-se de um decréscimo patrimonial decorrente de uma conduta lesiva. Pode ocorrer em relação aos danos emergentes, ou seja, danos imediatos prévios que ocorrem até o momento do evento lesivo, e os lucros cessantes, que são os danos imediatos posteriores que ocorrem após o evento lesivo.

Este encontra-se diretamente ligado ao patrimônio. Está relacionado ao dano emergente, chamado também de dano efetivo. Uma de suas características é o fato de poder ser calculado através de um critério matemático. Também pode estar relacionado aos lucros cessantes, ou seja, o que a vítima deixou de auferir.

A natureza jurídica do montante pago relativo a dano material é indenizatória. A palavra indenizatório vem do latim, *indene*, que significa retornar ao

¹⁸REsp 1.582.981-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016.

estado anterior, ou seja, como se não houve sofrido dano. A expressão latina *damnus* se origina no verbo *demere* que significa diminuir.¹⁹ O objetivo é reestabelecer um *status quo ante*, ou seja, busca-se calcular o dano de forma certa e exata, e preencher novamente o patrimônio da vítima em relação a esse decréscimo realizado.

Por muitos anos a doutrina debateu sobre o conceito do dano moral. O dano moral foi criado de forma autônoma ao dano material, servindo para compensar os prejuízos de natureza psicológica, gerados pela prática do ato lesivo. O dano moral surge com natureza subjetiva, contudo, houve uma tentativa de objetivação desse conceito de dano moral visualizando-o como uma violação objetiva aos direitos da personalidade que causa prejuízo ou sofrimento psíquico, a tal ponto que ultrapasse o aborrecimento considerado habitual.

A natureza jurídica da reparação do dano moral é, em regra, compensatória, pois a sua finalidade não é de mera reparação, mas sim de permitir a fixação de um valor em favor da vítima para que se veja compensada da lesão à sua dignidade como pessoa humana. Apesar da natureza compensatória, cujo entendimento é dominante no Brasil, há possibilidade de lhe atribuir um caráter punitivo ou, melhor denominado, caráter socioeducativo, que tem como função inibir práticas reiteradas ou consideradas recorrentes, em especial no âmbito das relações consumeristas.

Não há indenização quando se trata de dano moral. Nesse caso, cabe diferenciar compensação e indenização. No primeiro, há uma relativização dos danos psicológicos causados pelo ato lesivo. No segundo, trata-se de restituição integral sobre o decréscimo patrimonial suportado pelo indivíduo.

Na maioria dos casos o dano moral possui característica *in re ipsa*, ou seja, não há necessidade de produção de prova. O dano é inerente à própria coisa e, em juízo, esse dano será, de certa forma, presumido,

O enunciado 455 do Conselho da Justiça Federal na V Jornada de Direito Civil deixa claro que, apesar de na maioria dos casos o dano moral se dê independente de prova (*in re ipsa*), o juiz pode e deve perquirir aspectos relativos a esse dano, inclusive para obter a respectiva quantificação. Vejamos:

¹⁹ SIMÃO, José Fernando. DANO MORAL E DANO IMORAL!.

Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.²⁰

Para a fixação do montante compensatório relativo aos danos morais há duas teorias clássicas: teoria do livre arbitramento e o método bifásico. Na primeira, o juiz é livre para arbitrar danos morais na quantificação que ele entender devida. Essa teoria foi criada em contraposição à teoria da tarifação, que afirma que a lei pode e deve fixar critérios para quantificar os valores referentes aos danos morais. Essa teoria não foi adotada pois não há, atualmente, nenhuma lei que defina esses critérios.

A segunda teoria é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ela foi criada pelo supracitado Tribunal para que as quantificações, em situações idênticas, sejam relativamente próximas, visando não causar uma desigualdade. Nessa teoria são utilizadas duas fases: na primeira fase, deve-se extrair parâmetros jurisprudenciais; na segunda fase, haverá o sopesamento de circunstâncias do caso concreto.

Atualmente, os critérios utilizados de maneira geral na jurisprudência brasileira para fixação do valor compensatório são: primeiro, a situação socioeconômica da vítima; segundo, a situação socioeconômica do agente causador do dano; terceiro, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Esses critérios servem para estabelecer o juízo de equidade ao fixar a quantia compensatória do dano moral. A situação socioeconômica não poder ter mais importância que a razoabilidade.

A condenação por dano moral também possui uma característica pedagógica, conhecido como a Teoria *punitive damage*. O caráter preventivo objetiva evitar futuros eventos danosos praticados pelo mesmo agente, também persuadindo terceiros a não os praticarem. No Brasil, aplica-se a teoria pedagógica mitigada, ou seja, o aspecto reparatório e reativo continua sendo o cerne do dano

²⁰ Enunciado 455 do Conselho da Justiça Federal na V Jornada de Direito Civil. Referência legislativa: art. 944 do Código Civil de 2002 - Lei nº. 10.406/2002.

moral, mas aos poucos vai agregando o caráter pedagógico, sendo visíveis nos valores atualmente mais elevados nas condenações por dano moral.

Quanto a disposição legal, o dano material se define a partir do disposto no artigo 402 do Código Civil de 2002, visando o dano emergente e os lucros cessantes, e o dano moral pelos artigos 186 e 927 *caput*, ambos do Código Civil de 2002, e artigos 1º, III, 5º, V e X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O fato de os enunciados do Superior Tribunal de Justiça²¹ preverem as cumulações de danos de natureza diversas é para assentar o entendimento de que, apesar das modalidades diferentes, sendo autônomos, podem gerar pedidos de indenização independentes na mesma ação indenizatória, tendo-se a mesma causa de pedir. O autor Cavalieri não concorda com a ideia do dano moral e material serem considerados autônomos, pois entende que estão diretamente ligados.

2.3.4.1. Dano estético

Por fim, trataremos do dano estético. Esta é a modalidade mais importante para o presente trabalho. A cirurgia plástica estética é o maior causador de indenizações por erro médico. Trata-se de uma categoria autônoma de dano que se desvinculou do dano moral, a partir de alguns entendimentos jurisprudenciais. Para não restar dúvidas sobre a autonomia do dano estético em relação ao dano moral, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 387²², na qual torna lícita a cumulação entre os dois danos.

A principal diferenciação do dano moral e estético é sua natureza. O dano moral possui natureza psicológica e abstrata, ou seja, trata-se de uma lesão à dignidade e honra da vítima. Já o dano estético é uma lesão física que traga um desconforto à vítima, mais facilmente caracterizado por ser externo e visível.

O dano estético se caracteriza por uma alteração morfofisiológica que pode gerar dificuldade de inserção social. Um exemplo pode ser a cicatriz que gera um abalo psicológico na vítima e uma possível dificuldade de interação social da pessoa, ensejando a compensação por meio de uma categoria autônoma de dano.

Para a autora Maria Helena Diniz, o dano estético ocorre quando houver qualquer mudança física capaz de causar um enfeioamento na vítima, podendo ser

²¹ Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

²² Súmula 387 do STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

uma lesão grande ou pequena, sendo indiferente esta mudança causar uma dificuldade para a vítima exercer suas atividades trabalhistas.

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marca e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.²³

A autora Márcia Regina Bull, em seu artigo sobre dano estético, faz uma importante reflexão sobre a extensão do dano para quantificar e qualificar a lesão indenizável. É válido, no caso do dano estético, levar em consideração a permanência e probabilidade de ser removido o dano. Vejamos:

Se o dano estético for fugaz, ainda que possua uma certa duração temporal, haverá, no máximo, a possibilidade de serem obtidos as perdas e os danos decorrentes do fato lesivo.

Afora isso, para se quantificar e qualificar a lesão, deve-se considerar a extensão da ofensa, sua localização, a possibilidade de sua remoção (completa ou parcial), o sexo da vítima, idade, profissão, estado civil e possibilidade de retorno normal ao convívio social, dado o aspecto repugnante e vexatório do ferimento etc., anotando-se que não é causa excludente da responsabilidade civil o fato de ser possível dissimular a lesão pelo uso de próteses, uma vez que, por mais perfeita e avançada que seja, evidente que o artificial está longe de poder simular o natural no que toca à aparência e aos movimentos do tecido vivo.²⁴

A jurisprudência trata não só do critério de puramente estético, ou seja, deformações aparentes e facilmente percebidas, mas também traz casos de dano estéticos nos quais há simplesmente uma dificuldade de inserção social. Por exemplo, há julgados do Superior Tribunal de Justiça²⁵ condenando por dano

²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴ BULL, Márcia Regina. Dano estético - Breves considerações sobre Responsabilidade Civil e processos de indenização. Visão Jurídica, São Paulo, edição 128, p. 27 e 28.

²⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATROPELAMENTO DE TRANSEUNTE POR VIATURA DA POLÍCIA. HONORÁRIOS. ART. 260 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. À falta do indispensável prequestionamento, não se conhece do recurso especial. São aplicáveis os princípios estabelecidos nas Súmulas 282 e 356 do STF. 2. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que

estético em virtude da paraplegia causados em decorrência de algum acidente. É perceptível, nesse caso, uma mudança de paradigma na qual o dano estético deixa de avaliar somente a cicatriz ou mudança estética aparente, e passa a levar em consideração também qualquer mudança morfofisiológica do indivíduo que leve a alteração ou dificuldade da vítima para se inserir na sociedade.

2.3.4.2. Teoria da perda da chance

De acordo com a doutrina, a teoria da perda da chance é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro como uma categoria de dano na responsabilidade civil. É a responsabilização do indivíduo por uma situação que não ocorreu, mas tinha grande potencialidade em se realizar. Nessa teoria, o dano sempre será real, atual e certo, mas as consequências trazidas por ele não são reais. Nesse caso, cuida-se de uma situação que poderia acontecer, mas não se tornou realidade por causa do dano efetivado. O autor Sérgio Cavalieri Filho leciona acerca do tema:

Conforme já ressaltado, não se deve olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável.

Assim, a adoção da teoria da perda de uma chance exige que o julgador bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade da perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas. O valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atentando também aqui para

derivados de um mesmo fato, mas desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. 3. Na hipótese dos autos, ainda que derivada de um mesmo fato - atropelamento de transeunte por viatura policial -, a paraplegia da vítima e seu estado comatoso ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que foi submetida, e o segundo, decorrente da modificação de sua estrutura corporal, enfim, da deformidade a ela causada. 4. Em regra, não é cabível, nesta via especial, o exame da justiça do valor reparatório, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas. O Superior Tribunal de Justiça, por essa razão, consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque o valor da indenização - fixado em cem mil reais (R\$ 100.000,00) por danos morais, e em cinquenta mil reais (R\$ 50.000,00) por danos estéticos - nem é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo recorrido, o qual ficou paraplégico e em estado vegetativo em virtude do atropelamento promovido por viatura da polícia. 5. Agravo regimental desprovido.. (AGRESP 200700673203, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:05/08/2009 ..DTPB:.)

o princípio da razoabilidade. A indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem.²⁶

Nesse sentido, também entende Silvio de Salvo Venosa que a mera hipótese de uma oportunidade não é capaz de ensejar a responsabilidade. Deve ser avaliado a probabilidade do evento ocorrer, assim como o nexo causal entre o ato do agente e a perda da chance. Vejamos:

Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A "chance" deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza, segundo avaliamos. Por exemplo, a probabilidade de o cavalo obter vitórias e de o recurso não interposto ser bem-sucedido, nas hipóteses levantadas anteriormente. Ou a probabilidade de o corredor maratonista vencer, estando em primeiro lugar da prova, tendo sido obstado por um espectador. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constituiu uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da "chance".²⁷

Há discussão acerca da possibilidade de indenização nessa espécie de dano, tendo em vista que se aproxima do dano eventual, que não é capaz de gerar indenização. No Brasil, o caso que teve maior destaque em relação a teoria da perda da chance foi no REsp 788.459/BA²⁸. A autora da ação argumentou que perdeu a chance de ganhar o prêmio de um milhão de reais no programa "Show do Milhão" porque não havia como opção a resposta correta. A turma votou a favor da indenização a ser paga pela ré, tendo em vista que foi retirada da autora a oportunidade de ganhar o prêmio.

Na atividade médica, muito é discutida a aplicação da perda da chance. Há quem defenda a sua inaplicabilidade por ser basear em incertezas, porém o

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154.

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil - Volume 4. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 308.

²⁸ RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (RESP 200501724109, FERNANDO GONÇALVES, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:13/03/2006 PG:00334 ..DTPB:.)

Superior Tribunal de Justiça concluiu, por meio do Informativo nº 513, que a teoria pode ser também aplicada em caso de erro médico²⁹. Em casos nos quais a chance de cura do paciente foi reduzida por algum ato praticado pelo médico, essa conduta pode tornar o médico responsável. A oportunidade que subtraída do paciente é o bem que deve ser indenizado.

2.4. Espécies de Responsabilidade Civil

O Código Civil Brasileiro de 2002 tende a dar maior relevância à dicotomia da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, dando a ambas a mesma importância. Quando o legislador conceituou o supracitado instituto, fez referência a esse sistema dual. Diferente das dicotomias que veremos a seguir, entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, não há regras ou exceções.

2.4.1. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Essa dicotomia ganha destaque dentre as outras, pois reflete o sistema dual da responsabilidade civil no direito brasileiro. Em suma, a responsabilidade subjetiva está definida no artigo 186 do Código Civil de 2002 e é derivada de ato culposo. Ou seja, a responsabilidade subjetiva é ato culposo de um agente como causa do fato lesivo.

²⁹Informativo nº 513 STJ - DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO.

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexocausal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si - desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo - é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexocausal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

Contudo, a culpa não possui finalidade prática sozinha, tratando-se de mero qualificador de conduta. Importante ressaltar que, nessa espécie, o ônus da prova do dano é da vítima. Senão, vejamos: “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.”

Após a leitura do artigo, é possível fazer as seguintes interpretações. A voluntariedade da ação ou omissão implica dolo. A negligência ou imprudência trata-se de culpa *strictu sensu*. A palavra “causar” refere-se ao nexos de causalidade, ou seja, as causas necessárias para ocorrer o prejuízo. E, por fim, o dano é o elemento fundamental para haver a responsabilidade civil.

Por volta do século XX, os juristas notaram que a responsabilidade civil já não era suficiente para abarcar todos os casos que surgiam nos tribunais. A sociedade passou por mudanças que tornaram necessária a criação de um novo instituto: a responsabilidade objetiva. Nessa modalidade, o fato fala por si. Há, inerente à atividade desenvolvida pelo agente ofensor, um risco que foi aceito. Nesse caso, o ônus de provar o dano não é da vítima, bastando que se demonstre o risco da atividade exercida. A única forma do agente se desobrigar do dever de indenizar é provando alguma causa que exclua o nexos de causalidade.

A definição de responsabilidade objetiva se origina no Código de Defesa do Consumidor, anterior ao Código Civil de 2002. Atualmente, está definida no 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.”

Trata-se de uma disposição legal que visa igualar as posições dos agentes que estão em polos distintos. Quando o agente causador do dano utilizar a norma jurídica, trazendo prejuízo a terceiros e se afastando da real intenção do legislador, haverá o abuso do direito. Nesse caso, não é levado em consideração a intenção do agente, pois este assumiu o risco, criando um vício de comportamento. Esse entendimento é essencial para compreender a teoria atual de responsabilidade civil.

O Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, referente ao artigo 187 do Código Civil de 2002, acaba com qualquer dúvida sobre o abuso de direito ser caso

de responsabilidade civil objetiva, senão, vejamos: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

Um autor que se destaca no Brasil em relação à responsabilidade civil objetiva é José de Aguiar Dias. Ele disserta sobre a culpa como a linha divisora entre a responsabilidade objetiva e subjetiva.

Em teoria, a distinção subsiste, ilustrada por exemplo prático: no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar. Aliás, há quem sustente a impropriedade da expressão "responsabilidade objetiva", oposta a "responsabilidade subjetiva", partindo da consideração de que o critério que informa a responsabilidade de acordo com o padrão do bom pai de família é objetivo (o que não importa tomar objetivo o sistema), ao passo que na chamada responsabilidade objetiva encontram-se aspectos pessoais, que excluem a simples causalidade, princípio sobre que se teria edificado o sistema objetivo.³⁰

Ou seja, apesar da grande resistência dos juristas brasileiros em admitir o instituto da responsabilidade objetiva diretamente, notavelmente a presença ou não de culpa, por parte do agente, não era mais suficiente para avaliar se haveria ou não responsabilidade pelo dano.

Os juristas franceses buscaram fundamentar a responsabilidade objetiva, tendo em vista a Segunda Revolução Industrial que trazia aos tribunais cada vez mais casos de reparações de danos causados por acidentes de trabalho. Dessa forma, surgiu a teoria do risco. O doutrinador Cavaliere resume a teoria do risco como: “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independente de ter ou não agido com culpa.”³¹

Em suma, trata-se de responsabilidade por indenizar, independe de culpa, baseada no risco da atividade. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 possui uma visão ampla sobre esse risco. Vejamos:

Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³⁰ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª edição. Revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Beford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 81.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181.

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.³²

Sendo assim, a responsabilidade objetiva pode ocorrer em duas hipóteses, quais sejam: quando for prevista em lei ou quando a natureza da atividade desenvolvida pelo empreendedor for atividade de risco.

Em relação ao artigo citado acima, temos uma discussão a cerca do que seria atividade de risco, tendo em vista não estar definido em nenhuma parte do ordenamento jurídico. Porém, essa discussão será vista em um capítulo mais a frente nesse trabalho.

Foram cinco teorias criadas com base na teoria do risco, quais sejam: risco proveito, ocorre quando para haver lucro há que se assumir o risco do empreendimento; risco profissional, que está relacionado aos possíveis acidentes de trabalho; risco excepcional, que é o risco ambiental relacionado às atividades de alto risco, como exploração de energia nuclear; risco criado, que se difere do risco de proveito apenas por não levar em consideração se o dano está relacionado a um proveito ou lucro; por fim, risco integral, que considera que qualquer atividade exercida pelo agente que ocasione o dano, direta ou indiretamente, o torna responsável por este.

A teoria utilizada de forma majoritária pelos doutrinadores brasileiros é a do risco criado. O autor Caio Mário a define como “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”³³. É uma teoria relacionada à responsabilidade objetiva porque a culpa é irrelevante, assim como a obtenção de lucro. O que se considera é o fato do agente colocar em funcionamento uma atividade que foi responsável por causa o dano.

A cláusula geral de responsabilidade objetiva atende a duas partes, a saber: primeiro, a que diz respeito à prévia taxação legal da responsabilidade objetiva por lei especial, identificada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 pela expressão “nos casos especificados por lei”; segundo, na parte final deste mesmo parágrafo único, se tem verdadeiramente a cláusula geral, dita aberta

³² BRASIL. Código Civil de 2002.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 24.

de responsabilidade objetiva. Nesse caso, trata-se de responsabilidade independente de culpa, pois exige-se que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do fato lesivo seja considerada de risco aos direitos de terceiro.

A doutrina brasileira se divide, no que se diz respeito ao tipo de risco referente à cláusula aberta. É dominante o entendimento de que o risco criado é o que melhor traduz as características que o legislador civil quis implementar, quais sejam: a operabilidade, no sentido mais amplo da norma civil; a eticidade nas relações civis, ou seja, boa-fé objetiva; e a sociabilidade no trato das mesmas relações, tornando efetivo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

2.4.2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

De início, cabe definir o conceito clássico da norma. Ao elaborar uma norma jurídica, deve-se atentar a dois preceitos. O primeiro é o preceito primário, que trata da conduta. Ele tem a função de descrever o ato que o agente deve ter para de adequar àquela norma jurídica. O segundo é o preceito secundário, que trata da sanção, consequência positiva ou negativa, que terá o sujeito que violar o preceito primário³⁴.

Quando o legislador deixa aberto o conceito primário e o conceito secundário para o intérprete da norma de forma proposital, haverá uma cláusula geral, como, por exemplo a boa fé objetiva e função social do contrato. O conceito de norma originária na responsabilidade civil determina dois tipos básicos de normas sucessivas. Se a norma jurídica primária é contratual, trata-se de responsabilidade civil contratual, regida pelos artigos 389 e seguintes do Código Civil de 2002 e artigo 395 e seguintes do Código Civil de 2002. Quando a norma originária tem natureza legal, trata-se de norma sucessiva extracontratual, que é regido por um tripé baseado nos artigos 186, 187 e 927, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Quando se está diante da responsabilidade civil contratual, a sua comprovação demanda, por parte do sujeito lesado, o inadimplemento contratual. Há

³⁴ CATÃO, Aduardo de Lima. O critério identificador da norma jurídica. A necessidade de um enfoque sistemático. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2249>>.

mora automática, tendo em vista o único requisito a ser cumprido é o inadimplemento.

Já a responsabilidade civil extracontratual se baseia no tripé: ato ilícito (responsabilidade subjetiva), abuso de direito e imputação objetiva por atividade de risco. A mora não é automática, pois não basta a mera violação da norma jurídica, deve haver a comprovação total dos elementos da responsabilidade (conduta, nexo causal, dano e (em alguns casos) o elemento subjetivo).

A responsabilidade contratual se origina no negócio jurídico, ou seja, no descumprimento de um contrato ou uma cláusula contratual. Nesse caso, trata-se do instituto do direito das obrigações. Por outro lado, qualquer dano causado por indivíduos envolvidos no contrato, mas que não esteja ligado a este, trata-se de responsabilidade extracontratual. Essa segunda responsabilidade não é originada nos contratos, e sim na lei.

2.4.3. Responsabilidade direta e responsabilidade indireta

Ao legislar, entende-se que a intenção do legislador era que o autor do fato lesivo fosse o responsável pelo dever de indenizar, tratando de uma responsabilidade direta. Contudo, a sociedade evoluiu as relações tornando-as cada vez mais complexas, criando casos nos quais o causador do dano não é o responsável pelo dever de indenizar, como em atos ilícitos praticados por menores ou curatelados.

Logo, quando o próprio agente causador do dano possui o dever de indenizar, há responsabilidade direta. Por outro lado, quando por via de lei um agente que não praticou a conduta lesiva é chamado a responder pela conduta de um terceiro, há responsabilidade indireta.

2.5. A responsabilidade civil no Código Civil de 2002

No presente capítulo serão abordadas as principais mudanças ocorridas e interiorizadas pelo Código Civil de 2002 no que se refere a responsabilidade civil. Uma grande atenção deve ser dada ao tema, pois demonstram toda a evolução do instituto. A principal inovação está relacionada a responsabilidade civil objetiva que teve seu campo de atuação aumentado.

Várias mudanças podem ser percebidas na teoria da responsabilidade civil. Com o advento do novo Código Civil de 2002 houve a diminuição do caráter individualista, reativo e patrimonialista, para a agregação de novas tendências como a cláusula geral da imputação objetiva de danos, percebida pelo artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002.³⁵

O supracitado artigo representa a grande mudança de paradigma que o Código Civil de 2002 tentou implantar. Nele, é possível perceber que não houve intenção pelo legislador de trazer uma hipótese específica para aplicação da responsabilidade civil objetiva, mas sim uma hipótese generalizada para ser utilizada na aplicação jurisprudencial.

Nesse caso, o termo correto a ser utilizado em referência ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 é responsabilidade independente de culpa, pois pode ser que haja culpa ou dolo do agente na ação e, ainda assim, seja aplicada a responsabilidade objetiva por determinação legal.

Há quem entenda que, atualmente, a regra é a responsabilidade objetiva, pelo número de vezes que esta é aplicada. Mas, na verdade, a regra geral ainda é de responsabilidade subjetiva, com inúmeras exceções para aplicação de responsabilidade objetiva, tendo esta segunda um caráter residual.

Uma outra mudança notória no Código Civil vigente, em relação à responsabilidade civil, é a atuação preventiva da responsabilidade, independente da consumação do dano. O exercício de comportamento antijurídico, ainda que de forma isolada, poderá ser sancionado visando inibir a produção de um dano, quando as circunstâncias apontarem a existência de ameaça, ou seja, um dano em potencial a situações existenciais e patrimoniais de terceiros, fazendo referência ao artigo 12 do Código Civil de 2002³⁶. A responsabilidade civil não está mais relacionada somente à ideia de reparação, mas também a ideia de prevenção e precaução.

Na noção clássica da responsabilidade civil, utilizada na vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal de Justiça jamais admitiria uma tutela inibitória sem que houvesse a comprovação de um dano produzido em uma pessoa.

³⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

³⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Uma inovação agregada ao Código Civil de 2002 que já era usada anteriormente no Código de Defesa do Consumidor é a antecipação de riscos e potencialização da função precaucional. Ou seja, há restrições a bens e serviços antecipadamente. Prevendo a potencialidade de um risco, uma empresa pode tomar atitudes para evitá-lo, como, por exemplo, fazer o *recall* de automóveis em determinados modelos.

Uma das novidades também foi reconhecimento de novos danos dignos de proteção. Atualmente, não se reconhece apenas a dicotomia danos morais – danos materiais como indenizáveis, considera-se a legitimidade de outras figuras jurídicas mais refinadas, como o dano estético, a perda de uma chance e o dano moral coletivo.

A culpa concorrente, já tratada em capítulo anterior, foi uma das novidades trazidas pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 944³⁷. Nele é possível observar a possibilidade de diminuir o valor indenizatório, baseado no nível de culpa que o agente causador teve ao gerar o dano.

Cumprе ressaltar que o prazo prescricional para a reparação civil mudou de vinte para três anos, conforme artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002³⁸. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça deixou claro no Recurso Especial nº 1.281.594 - SP que esse prazo aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual, baseado no Enunciado 419 do Superior Tribunal de Justiça³⁹.

³⁷Art. 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.

³⁸Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

V - a pretensão de reparação civil;

³⁹Enunciado 419 da V Jornada de Direito Civil: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual.

3. A responsabilidade civil do médico

Conforme foi dito no capítulo introdutório do presente trabalho, com o passar dos séculos a tecnologia trouxe consigo a generalização na relação entre o médico e o paciente. A figura do médico de família antigo, que sabia todo o histórico das doenças e adversidades relacionadas à saúde, que podem ser passadas por genética, desapareceu e deu lugar ao médico especializado. Com este, o paciente não cria nenhum vínculo, muitas vezes trocando de profissional indiscriminadamente, em um curto período de tempo.

A falta desse vínculo mais próximo entre eles impede o médico de orientar o diagnóstico e os tratamentos mais adequados a cada caso. Há cenários nos quais o paciente troca de médico no meio do tratamento, trazendo para o novo profissional uma situação que pode ser completamente diferente do início deste. O profissional, então, se encontra numa situação na qual não sabe como proceder corretamente, pois, muitas vezes, o paciente não sabe explicar o que ocorreu até o momento, quais tratamentos, remédios e métodos foram utilizados para tratar seu caso.

Na medicina atual, o histórico de saúde é muito importante, uma vez que é através dele que o médico pode realmente conhecer o paciente. Inclusive, com base nisso, volta a ser discutida a questão do médico de família. Atualmente, trata-se de uma especialização da medicina, reconhecida internacionalmente, na qual o profissional atende qualquer pessoa da família, indiscriminadamente, trabalhando de forma interdisciplinar. Esses médicos de família são reconhecidos em diversos países, havendo estudos que comprovam que eles são capazes de resolver 80 a 90% das situações que demandam assistência à saúde.⁴⁰

Vale lembrar do popularmente conhecido como “Doutor Google”. Nada mais é do que um concorrente acessível e barato para qualquer pessoa com acesso à internet. Há um levantamento feito pela empresa Google, no qual informa que uma a cada 20 pessoas que pesquisa algo no site deles, está procurando informações relacionadas a um sintoma. Com base nessa informação, a empresa fez uma mudança em seu site, no início de 2017, na qual, ao pesquisar um sintoma, o

⁴⁰ ILARIO, Fernanda dos Santos Vargas. A volta do médico de família.

usuário terá como resultado principal as doenças e as informações relacionadas a ela.⁴¹

Essa facilidade à informação e ao diagnóstico pode ajudar algumas pessoas, mas também acaba por incentivar a automedicação equivocada. Caso haja um diagnóstico feito de forma errada, o indivíduo pode ter uma complicação causada por algum remédio e acabar, de qualquer forma, procurando um médico. Se ele o tivesse feito desde o início, não teria dado causa aos transtornos extras.

Genival de França entende que a responsabilidade do médico está inerente ao princípio jurídico de que todo indivíduo deve reparar o dano causado a um terceiro, não havendo como eximir essa responsabilidade do profissional da medicina. Apesar de não ser a prova de falha, o exercício da medicina é baseado em previsibilidade, podendo os erros, em sua maioria, serem evitados.

Há um princípio jurídico segundo o qual todas as pessoas são obrigadas a responder por danos causados a terceiros, a fim de que sejam resguardados os interesses dos indivíduos no seio da coletividade.

Alexander Lacassagne definiu a responsabilidade médica como a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão, faltas essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal. Sob este último aspecto, o médico se vê, diante de um delito, sujeito a uma determinada pena. Quanto ao aspecto civil, acarretando o dano físico um prejuízo econômico, impõe-se um pagamento em dinheiro como forma de indenização.⁴²

A falta de confiança do paciente no médico também é um dos fatores que causa dificuldade na relação, pois aquele pode achar que todas as ações deste são voltadas para a finalidade econômica. Há pessoas que entendem que muitos exames e tratamentos são feitos de forma a angariar mais dinheiro do paciente pelo médico, não havendo uma boa fé do profissional. Essa situação retrata outra consequência causada pelo afastamento na relação entre o médico e o paciente.

Com essas mudanças na relação entre médico e paciente, este primeiro passou a ocupar o lugar de fornecedor de serviços, e o segundo se encontrou em posição de consumidor, conforme leciona Silvio de Salvo Venosa:

⁴¹ GOMES, Helton Simões Gomes. Google muda busca no celular para mostrar doenças relacionadas a sintomas pesquisados. Fonte: G1.

⁴² FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 527.

O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90. O médico ou a pessoa jurídica que presta o serviço coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º. O § 2º deste último artigo não deixa dúvidas a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora do Código de Defesa do Consumidor: serviço é qualquer atividade de consumo, mediante remuneração. Contudo, a responsabilidade do médico continua a ser subjetiva nos termos do CDC.

O dever de informação, não fosse por si só inerente à atividade médica, é um dos direitos básicos do consumidor: informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem (art. 6º, III). Com o devido temperamento, a norma aplica-se inelutavelmente à conduta e tratamento ministrados pelos médicos, odontólogos e profissionais afins. Essa aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica independe do exame da natureza da responsabilidade, que é questão a ser examinada *a posteriori*, no caso concreto, tendo em vista ser ela subjetiva, quando se tratar de profissional liberal (art. 14, § 4º), como veremos a seguir.⁴³

Sendo assim, cabe ao médico sempre ser o mais claro possível com o paciente, esclarecendo todas as dúvidas, informando a necessidade de cada tratamento e seus riscos e criando uma relação de confiança. Não basta tratar o paciente como só mais um indivíduo no meio de uma multidão, aplicando-se a “medicina de massa”. O próprio nome referente à atividade profissional já nos leva a refletir que não se está lidando com um cliente, e sim com um paciente, o qual conta com o médico para cuidar do seu bem maior que é a sua saúde.

3.1. Natureza contratual da atividade médica

No que se refere à atividade médica, há peculiaridades em relação a sua natureza contratual. Nela, o contrato nem sempre será feito de forma expressa e escrita. Ele poderá ser feito verbalmente, tendo em vista estar implícita a existência de um compromisso com o paciente, quando este aceita utilizar um serviço prestado pelo médico. Essa responsabilidade terá natureza contratual quando for decorrente de ato de vontade bilateral, pois, quando houver decisão unilateral, originada no médico, a responsabilidade passa a ser a partir da conduta do profissional, e não mais do contrato. Nesse sentido, expõe Silvio de Salvo Venosa:

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil - Volume 4. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 141

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 como 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 copartícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica. Esse contrato será *intuitu personae* na maioria das vezes, bilateral, de trato sucessivo, oneroso.

José de Aguiar Dias (1979, v. 1:282) entende que 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. Ora, se é escusável a confusão entre as duas modalidades de responsabilidade no tocante aos médicos, venial como diz o autor, é porque tal responsabilidade situa-se ora num campo ora noutro.

(...)

De tudo concluímos que na atividade médica existe ou pode existir responsabilidade contratual; mas existe também, como em qualquer outra profissão- arte, uma obrigação genérica de não causar dano por negligência, imperícia ou imprudência.

No campo da responsabilidade extracontratual, é de ser considerado o dever do médico de prestar assistência nos casos urgentes e graves quando instado (Briz, 1986:763). Esse dever faz parte da ética profissional. Poderá responder pelo crime de omissão de socorro na esfera penal.⁴⁴

3.2. Teoria das obrigações

Para melhor entender a relação do médico com o paciente, cabe fazer uma breve análise do instituto da Teoria das Obrigações. Apesar de não estar conceituado no Código Civil o que é obrigação, a doutrina o faz muito bem. Com efeito, foram escolhidos dois doutrinadores para o estudo do assunto, quais sejam: Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz.

Para o autor Caio Mário, o conceito de obrigação está diretamente ligado à subordinação. Nesse contexto, caracteriza a obrigação como uma ligação entre indivíduos, na qual um deles está sujeito a uma prestação em prol do outro. Essa obrigação não precisa ser necessariamente exigida pelo credor, ficando a seu critério a escolha. Vejamos:

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil - Volume 4. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146 e 149

O recurso à etimologia é bom subsídio: *obrigação*, do latim *ob* + *ligatio*, contém uma ideia de vinculação, de liame de cerceamento da liberdade de ação, em benefício de pessoa determinada ou determinável. Sem cogitar, por enquanto, de sua fonte ou de sua *causa genitrix*, tradicionalmente deslumbramos na obrigação uma norma de submissão, que tanto pode ser autodeterminada, quando é o próprio agente que escolhe dada conduta, como pode provir de uma heterodeterminação, quando o agente a sofre em consequência ou como efeito de uma norma que a dita. Num ou noutro caso, uma pessoa denominada *sujeito passivo* ou *devedor* está adstrita a uma prestação positiva ou negativa em favor de outra pessoa que se diz *sujeito ativo* ou *credor*, a qual adquire a faculdade de exigir o seu cumprimento.⁴⁵

Desta sorte, a doutrinadora Maria Helena Diniz prossegue na mesma linha de raciocínio de Caio Mário, fazendo uma análise do conceito dado por Washington de Barros Monteiro. Para ela, cuida-se de uma relação jurídica, de caráter transitório, na qual traz uma obrigação personalíssima, que estabelece uma prestação positiva ou negativa. Senão, vejamos:

Deveras, a obrigação é uma relação jurídica, excluindo deveres alheios ao direito, como o de gratidão ou cortesia, visto que o devedor pode ser compelido a realizar a prestação. Possui caráter transitório, porque não há obrigações perpétuas; satisfeita a prestação prometida, amigável ou judicialmente, exaure-se a obrigação. O objeto da obrigação consiste numa prestação pessoal; só a pessoa vinculada está adstrita ao cumprimento da prestação. Trata-se de relação jurídica de natureza pessoal, pois se estabelece entre duas pessoas (credor e devedor), e econômica, por ser necessário que a prestação positiva ou negativa (dar, fazer ou não fazer) tenha um valor pecuniário, isto é, seja suscetível de aferição monetária. Tem o credor à sua disposição, como garantia do adimplemento, o patrimônio do devedor (CC, art. 391).⁴⁶

Claro está, portanto, que a obrigação é uma ligação criada por meio do sistema jurídico na qual o devedor está sujeito a uma prestação, podendo ser positiva ou negativa, em favor do credor. Nada impede que o credor se abstenha de requerer a prestação, se assim o quiser.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume: II: Teoria Geral das Obrigações. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 3 e 4 p.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 2. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 29 p.

Quanto aos elementos essenciais da obrigação, os dois doutrinadores analisados acima compartilham o mesmo entendimento. Nesse caso, são três os elementos essenciais, a saber: o subjetivo, material ou objeto e o vínculo jurídico.

O elemento subjetivo está relacionado aos sujeitos ativo e passivo. O sujeito ativo é o credor, aquele ao qual a prestação é devida e é quem pode exigir seu cumprimento. O sujeito passivo se personaliza na figura do devedor, o qual deve a prestação e tem sua liberdade restringida pelo credor até adimpli-la, terminando, assim, o vínculo obrigacional. Logo, de acordo com a obrigação entre médico e paciente, entende-se que o sujeito ativo é o paciente e o sujeito passivo é o médico.

O segundo elemento é o material que se refere ao objeto da prestação, podendo ser positivo ou negativo. O objeto da prestação não é a coisa na qual a prestação se materializa. Apesar de muitas vezes serem confundidos, o objeto é, na verdade, a realização de um ato humano. Esse objeto precisa ser possível, lícito, determinado ou determinável e patrimonial, conforme artigo 104, II do Código Civil de 2002⁴⁷.

O terceiro e último elemento é o vínculo jurídico. Ele é responsável por criar a relação obrigacional entre o credor e o devedor. São três teorias que buscam explicar esse elemento, a saber: monista, dualista e eclética. A doutrinadora Maria Helena Diniz expõe as teorias, deixando claro que no ordenamento jurídico brasileiro adota-se a teoria eclética.

O vínculo jurídico, que sujeita o devedor à realização de um ato positivo ou negativo no interesse do credor. Três teorias procuraram explicá-lo:

- a) a monista, que vislumbra na obrigação uma só relação jurídica vinculando credor e devedor, cujo objeto é a prestação. Na obrigação há o dever de prestar do devedor e o direito de exigir do credor; porém, o direito de exigir está inserido no dever de prestar; assim, o direito do credor insatisfeito de exigir execução do patrimônio do devedor não integra a essência da obrigação, por ser questão, dizem uns autores, meramente processual, não havendo qualquer diferença entre o cumprimento voluntário da prestação pelo devedor e sua execução forçada, no caso de inadimplemento;
- b) a dualista, segundo a qual a relação obrigacional contém dois vínculos: um atinente ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação positiva ou negativa em benefício do credor (debitum), e outro relativo à autorização, dada pela lei ao credor que não foi

⁴⁷Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

satisfeito, de acionar o devedor, alcançando seu patrimônio (obligatio), que responderá pelo inadimplemento da prestação. O vínculo jurídico, para tal concepção, une dois sujeitos, abrangendo o dever da pessoa obrigada (debitum) e sua responsabilidade, em caso de inadimplemento (obligatio). Mas essa teoria, ao sublinhar o debitum e a obligatio, relega a plano secundário o debitum, ressaltando a importância da obligatio, colocando em primeiro plano a responsabilidade, valorizando-a demasiadamente, esquecendo-se de que o adimplemento da obrigação é a regra, e o seu descumprimento, a exceção. Para essa teoria, em regra, os dois elementos estão reunidos numa mesma pessoa, pois o devedor deve e responde pelo adimplemento da prestação; porém, há hipóteses em que coexistem em pessoas diferentes, como, p. ex., quando há responsabilidade sem débito, como ocorre com a fiança em relação ao fiador, pois nesta relação jurídica uma pessoa tem o dever de prestar (debitum), ao passo que outra responderá, havendo inadimplemento, sem estar obrigada por uma prestação própria (obligatio). Por outro lado, pode ocorrer que se tenha apenas o debitum, sem a obligatio. É o caso, p. ex., das obrigações naturais, que explicam essa hipótese em que se tem uma dívida sem responsabilidade. Poder-se-á ter, ainda, duplo débito e uma só responsabilidade, quando houver electio creditoris, como se dá nas obrigações alternativas;

c) a eclética, na qual os dois elementos — debitum e obligatio — são essenciais. Na obrigação reúnem-se e se completam, constituindo uma unidade, o dever primário do sujeito passivo de satisfazer a prestação e o correlato direito do credor de exigir judicialmente o seu cumprimento, investindo contra o patrimônio do devedor, visto que o mesmo fato gerador do débito produz a responsabilidade.⁴⁸

3.2.1. Obrigações positivas e negativas

De acordo com o Código Civil de 2002, as obrigações podem ser classificadas, em relação ao seu objeto, em obrigações positivas e negativas. Nas obrigações positivas se encaixam a obrigação de dar e a obrigação de fazer. Na obrigação negativa está a obrigação de não fazer.

A obrigação de dar consiste na entrega de algo. Tendo em vista que as obrigações têm por objeto condutas humanas, o objeto mediato da obrigação de dar é o ato de tradição da coisa. Na obrigação de dar, a tradição pode ser de coisa certa ou incerta. Esse tipo de obrigação está previsto nos artigos 233 a 246 do Código Civil de 2002.

A obrigação de fazer é a que ganha maior destaque nesse trabalho, pois está diretamente relacionada ao ato médico. Prevista nos artigos 247 a 249 do

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 2. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 36-38 p.

Código Civil de 2002, cuida-se de qualquer conduta comissiva, exceto realizar a entrega de alguma coisa. O ato de fazer, tanto pode ser algo físico, relacionado a um trabalho braçal, com emprego de força brutal, como algo intelectual.

Nas obrigações de fazer, a atenção é voltada diretamente para a pessoa e não para a coisa. Sendo assim, de acordo com o Código Civil de 2002, a obrigação de fazer pode ter caráter impessoal, na qual um terceiro pode executar a prestação⁴⁹, ou pode ter caráter personalíssimo⁵⁰, na qual ao credor só interessa que o devedor cumpra a obrigação, não podendo ser executada por terceiros.

Nesse passo, Maria Helena Diniz entende que, por se confundirem facilmente, é importante que se esclareça a diferença entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Quanto a prestação, na obrigação de dar há a entrega um objeto e realização de transferência de seu domínio e, na obrigação de fazer há uma ação humana realizada em favor do credor. Na obrigação de dar é indispensável a tradição do objeto para a realização da prestação, o que não ocorre na obrigação de fazer. Na obrigação de dar não importa quem fará a tradição e o adimplemento da prestação, diferentemente da obrigação de fazer que pode ser personalíssima, o que vincula o devedor à prestação. O inadimplemento da obrigação de dar pode se resolver na entrega da coisa, o que não acontece na obrigação de fazer que, em regra, se resolverá em perdas e danos.⁵¹

Por fim, há a obrigação de não fazer, que ocorre quando o devedor promete se abster de uma conduta que poderia livremente desempenhar, caso não tivesse se obrigado. Está prevista nos artigos 250 e 251 do Código Civil de 2002.

3.2.2. Obrigação de meio e de resultado

O principal debate do presente trabalho será a cerca da classificação da obrigação quanto ao conteúdo, com foco na obrigação de fazer do médico. A obrigação de fazer pode ser classificada em obrigação de meio e obrigação de

⁴⁹ Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

⁵⁰ Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 2. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 97-98 p.

resultado. Essa classificação não está positivada em lei, pois reside na vinculação do devedor com o resultado, integrando ou não a prestação.

Na obrigação de meio, a prestação não está vinculada aos resultados, e sim ao desempenho e uso correto dos meios que proporcionam o resultado desejável. Mesmo se o resultado não for satisfatório ao credor, a obrigação está extinta porquê houve desempenho dos meios. Nesse caso, o devedor responde sem culpa e o resultado não integra a prestação.

Quando o devedor é responsável pelo resultado, constitui-se a obrigação de resultado. O resultado integra a prestação, de modo que o devedor deve o resultado e, se este não for obtido, o devedor responderá por culpa. Para os profissionais da área da saúde que se comprometem a fazer serviços de mero embelezamento, há, assumidamente, um compromisso vinculado ao resultado.

A obrigação de meio não é arbitrada entre as partes. A obrigação será desse tipo quando sua natureza aleatória tornar impossível ao devedor controlar o resultado. Nesse caso, o devedor se obriga a prestar os meios adequados e necessários para a obtenção de um resultado desejável porém, não obrigatório. Pode-se considerar como exemplos os serviços médicos em geral e o trabalho realizado por profissionais jurídicos, como advogados. Nessas circunstâncias, não é possível prever o resultado da recuperação do paciente ou do desfecho do processo.

No que tange a obrigação de resultado, *a priori*, não há uma mudança na fundamentação legal da responsabilidade civil. De acordo com o artigo 248 do Código Civil de 2002⁵², trata-se de uma responsabilidade subjetiva. A ausência do resultado desejável não presume que houve falha na prestação do serviço. No caso do advogado que perde a causa, não induz que ele não prestou o serviço, assim como no caso do paciente que veio a óbito após uma cirurgia oncológica.

Acerca da classificação da obrigação quanto ao conteúdo, Caio Mário entende que, ao distinguir obrigação de meio e de resultado, na verdade, busca-se resolver o impasse relacionado a verificação da responsabilidade civil em cada caso concreto. Vejamos no trecho a seguir:

⁵²Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Na obrigação de resultado, a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; nas de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final. Não se trata, portanto, senão de agrupar obrigações tradicionalmente classificadas em certos planos, à vista do problema da apuração da responsabilidade civil.⁵³

Nesse mesmo diapasão, Maria Helena Diniz interpreta que a diferença entre a obrigação de meio e de resultado está no que o devedor se obrigou a prestar. Logo, se o devedor se obrigou a utilizar a prudência e a diligência normal na prestação do serviço, independente de qualquer resultado, estará caracterizada a obrigação de meio.

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.⁵⁴

Contudo, se o devedor se obrigou a produzir um determinado resultado na prestação, configura a obrigação de resultado. Nesta, não importa se foram utilizados os meios e diligências normais e adequadas, visto que o que será considerado é o resultado do serviço. Se o resultado acordado não for alcançado, haverá o inadimplemento da obrigação.

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final.⁵⁵

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume: II: Teoria Geral das Obrigações. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 47 e 48 p.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 2. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 193 p.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 2. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 194 p.

O autor Genival França leciona sobre a responsabilidade contratual como obrigação de meio ou resultado na atividade médica. Há situações controversas nas quais, mesmo em caso de obrigação de resultado, deve ser verificado o caso concreto.

Assim entendendo, existe na responsabilidade contratual civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa. Enfim, essa é a ideia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos.

Hoje, mesmo em especialidades consideradas como obrigação de resultado, como na cirurgia puramente estética, já se olha com reservas esse conceito tão radical de êxito absoluto, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso. Caso contrário, é contraditar-se com a própria natureza das coisas.⁵⁶

(...)

A obrigação do médico é de meio porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se compromete empregar todos os recursos ao seu alcance, sem no entanto poder garantir sempre um sucesso. Só pode ser considerado culpado se ele procedeu sem os devidos cuidados, agindo com insensatez, descaso, impulsividade ou falta de observância às regras técnicas. Não poderá ser culpado se chegar à conclusão de que todo empenho foi inútil em face da inexorabilidade do caso, quando o especialista agiu de acordo com a “lei da arte”, ou seja, se os meios empregados eram de uso atual e sem contraindicações. Punir-se, em tais circunstâncias, alegando obstinadamente uma “obrigação de resultado” não seria apenas um absurdo. Seria uma injustiça.

Em síntese, o que se afirma não é que o médico não cometa erros – sejam eles de diagnóstico, de terapêutica e de técnicas, ou que ele não seja nunca negligente ou imprudente –, mas, tão só, que o ato médico tal qual se vem aplicando hodiernamente no conjunto das ações de saúde, em que pese a relevância que se dê à modalidade de obrigação, não pode constituir um contrato de resultado, mas de meios ou de diligência, embora em casos de manifesta negligência ou imprudência venha se ampliar sua responsabilidade quanto aos métodos usados ou à terapêutica escolhida.

Nos casos de maus resultados, em que se procure comprovar um erro médico, o que se deve considerar, antes de mais nada, além do nexos causal e do tamanho do dano, é o grau da previsibilidade do autor em produzir o resultado danoso e a culpa suficientemente demonstrada, dentro das espécies negligência e imprudência.

A obrigação de resultado, em que se exige do devedor ativo de dar ou fazer alguma coisa, parece-nos a cobrança contratual aos

⁵⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 582.

prestadores de serviços de coisas materiais, ao não cumprirem a promessa quantitativa ou qualitativa de uma empreitada. Isso, é claro, não poderia ocorrer na assistência médica. A não ser que irresponsavelmente alguém promettesse tanto. E mesmo assim, acreditamos, o que caracteriza a obrigação de resultado é a natureza do serviço.

Mesmo assim, qualquer que seja a forma de obrigação – de meios ou de resultado, diante do dano, o que se vai apurar é a responsabilidade, levando em conta principalmente o grau da culpa, o nexos de causalidade e a dimensão do dano, ainda mais diante das ações de indenizações por perdas e danos.⁵⁷

3.3. Inaplicabilidade da Teoria do Risco na atividade médica

O advento do Código Civil de 2002 trouxe como novidade, em seu artigo 927⁵⁸, o instituto da atividade de risco. Esse novo instituto deixou os doutrinadores muito perplexos porque o Código não conceituou o que seriam essas atividades de risco. Conforme já havia esclarecido anteriormente no capítulo 2.4.2⁵⁹, são necessários dois preceitos na elaboração da norma jurídica. Quando o preceito primário é deixado em aberto, mas há uma consequência trazida pelo ordenamento, trata-se de conceito indeterminado.

Nesse contexto, as atividades de risco são consideradas um conceito indeterminado, de acordo com a doutrina, pois não há o preceito primário descrito no texto legal, mas há uma consequência legal descrita no ordenamento.

Assim sendo, coube à doutrina interpretar e criar uma definição para atividades de risco. Ainda não há um conceito fixo, mas a doutrina majoritária entende que são as atividades que possuem alto poder lesivo, como, por exemplo, atividades nucleares.

Diante disso, cabe a indagação: a atividade médica pode ser considerada atividade de risco, aplicando, assim, a responsabilidade objetiva? A princípio, não. A atividade médica é guiada pela responsabilidade subjetiva, pois não há aplicabilidade da teoria do risco na atividade médica.

Apesar da ideia da atividade médica nos levar a pensar que é uma espécie de risco criado, e que o médico deveria arcar com todo e qualquer dano

⁵⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 583 e 584.

⁵⁸ Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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.

⁵⁹ 2.4.2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual 22 p.

causado por ele, não é esse o entendimento da doutrina e jurisprudência. O profissional da medicina não está lidando com um objeto ou com algo que é facilmente entendido. São muitas as variáveis a serem consideradas.

Inclusive, um dos motivos de se considerar o exercício da medicina, de forma geral, uma obrigação de meio, é pelo fato de que há possibilidade de ocorrerem falhas. Não me refiro à falhas causadas pelo médico, e sim de algum equipamento, de algum remédio, ou mesmo uma situação nova e imprevisível que possa ocorrer no meio da cirurgia. Exigir que um ser humano seja indefectível é atuar em uma esfera fictícia, beirando o impossível.

Dessa forma, não é possível aplicar a teoria do risco na atividade médica. Tendo em vista que, como o próprio Caio Mário ensina, no caso de terem sido tomadas as medidas adequadas para evitar o dano, não haverá aplicabilidade. Essas medidas técnicas com o “máximo de zelo” e utilizando a sua “melhor capacidade profissional”⁶⁰ estão implícitas em qualquer atividade feita por um profissional da medicina, conforme seu Código de Ética.

3.4. Iatrogenia

Muitos pacientes fazem confusão quanto à obrigação do médico no serviço contratado. Infelizmente, resultados indesejados podem ocorrer em determinadas cirurgias, mas isso não importa dizer que foram causados, necessariamente, por um erro médico. Situações que fogem do controle e previsão do médico podem acontecer, como, por exemplo, o paciente adquirir uma bactéria durante a recuperação de uma cirurgia.

Nesses casos, o médico, apesar de impor todos os meios adequados e necessário para obter o resultado almejado e uma boa recuperação do paciente, não obteve êxito por culpa de um elemento externo e imprevisível. O profissional da saúde não pode ser responsabilizado por qualquer situação referente à saúde do paciente. Apenas poderá ser reivindicado o que foi acordado entre o médico e o paciente. Além da própria natureza da prestação ser um definidor da obrigação do médico, esse acordo feito entre as partes também pode definir quando haverá a obrigação de meio e de resultado.

⁶⁰ Código de Ética Médica. I – Princípios fundamentais: II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Logo, entendo ser possível que, mesmo quando se tratar de cirurgia embelezadora, feita por médico cirurgião plástico, o qual teria sua responsabilidade apurada de forma subjetiva, porém, com culpa presumida, é possível ser considerada uma obrigação de meio, e não simplesmente de resultado. O profissional pode ter empregado todos os meios adequados, com zelo e prudência, assim como faz com todo paciente, contudo, por uma particularidade imprevisível, o resultado desejado não foi alcançado. Não houve culpa do médico, não houve erro médico, sendo apenas caso de mera fatalidade. Nesse caso, o profissional deve provar que todas as medidas foram tomadas adequadamente.

A esse resultado não desejável, dá-se o nome de iatrogenia. A palavra iatrogenia tem sua origem nas expressões gregas *iatros*, que significa curador e *genesis*, que significa origem. Esse termo faz referência à sequela sofrida pelo paciente, após um procedimento realizado por um profissional de saúde que visava um bem ao primeiro. Essa sequela pode ser desde uma simples cicatriz até a morte. O efeito iatrogênico pode ser causado por diversas razões, algumas previsíveis como erros médicos causados por imperícia, imprudência ou negligência, e outras imprevisíveis ou inevitáveis, como complicações decorrentes de procedimentos médicos, infecções hospitalares e efeitos colaterais de medicamentos.⁶¹

3.5. Os riscos da atividade médica na cirurgia plástica estética sob a ótica da legislação civil: obrigação de meio ou de resultado?

De forma geral, a obrigação do profissional da saúde é tida como obrigação de meio, assim como a do advogado. Esse entendimento foi uma maneira que o ordenamento jurídico encontrou para proteger o profissional que não tem como prever todos os resultados relacionados à prestação de seu serviço, mas tem como proporcionar os meios adequados para alcançar o melhor resultado possível. Nesse sentido, leciona Maria Helena Diniz:

Obrigação desse tipo é o contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico ou pelo advogado. Deveras, o médico, que se propõe a cuidar de um doente, não pode garantir a sua cura, ou, se compromete a fazer uma cirurgia plástica corretiva em paciente que sofreu um desastre de avião, não pode assegurar a

⁶¹ABCMED, 2017. Iatrogenia - o que é?

recomposição satisfatória de sua integridade física, embora faça uso de todos os recursos técnicos. Quem procura um médico quer o restabelecimento de sua saúde, mas esse resultado não é o objeto do contrato, pois o paciente tem o direito de exigir que o médico o trate diligente e conscienciosamente, de acordo com os progressos da medicina (RT, 309:475, 283:641). Todavia, não poderá exigir que o médico, infalivelmente, o cure. Assim, se o tratamento médico não trazer cura ao paciente, esse fato não o isentará de pagar o serviço médico-cirúrgico que lhe foi prestado. Terá essa mesma natureza a obrigação do advogado, a quem se confia o patrocínio de uma causa, uma vez que ele apenas oferecerá sua atividade, sua cultura e talento na defesa dela, sem poder, contudo, garantir a vitória da demanda, pois esse resultado dependerá de circunstâncias alheias à sua vontade. Como o advogado não se obriga a obter ganho de causa para o seu constituinte, mesmo com o insucesso de seu patrocínio, fará jus aos honorários advocatícios, que representam a contraprestação de um serviço profissional, e não o preço de um resultado alcançado por esse serviço (Lei n. 8.906/94, arts. 22 a 26). Portanto, se agiu corretamente, com diligência normal, na demanda, terá direito a honorários, ainda que não obtenha êxito.⁶²

Contudo, há a peculiaridade do cirurgião plástico estético que, apesar de ser um profissional da saúde, tem uma obrigação de resultado para com seus pacientes. Nesse caso, é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça que não haverá a mudança para responsabilidade objetiva, e sim estaria caracterizada a responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova. Ao analisar o Código de Defesa do Consumidor no capítulo seguinte, essa mudança ficará bem clara.

A cirurgia plástica visa reconstruir uma parte do corpo humano. Existem duas espécies de cirurgia plástica e é importante deixar bem clara a diferença, pois, de acordo com seu tipo, poderá ser definida a obrigação de meio ou de resultado. A primeira é a cirurgia plástica reparadora que possui a finalidade de corrigir lesões deformantes e defeitos congênitos ou adquiridos, capazes de causar uma dificuldade funcional no indivíduo. É considerada uma cirurgia necessária para a saúde e bem-estar do paciente, possuindo, assim, a obrigação de meio. Não há um objetivo específico a ser alcançado, na verdade, a finalidade é recuperar a anatomia e funcionalidade da parte sujeita à intervenção. Exemplos dessa espécie de cirurgia são as reconstituições feitas em uma pessoa com queimadura grave ou em uma

⁶² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 2. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 193 e 194 p.

pessoa que sofreu um grave acidente.⁶³ Nesse sentido, necessário mencionar o entendimento do ilustre Genival França que preconiza, *in verbis*:

Em síntese, o que se afirma não é que o cirurgião plástico na arte de corrigir e reparar não cometa erros – sejam eles de diagnóstico, de terapêutica e de técnicas –, ou que ele não seja nunca negligente ou imprudente. Não. Mas, tão só, que a operação plástica em tais modalidades, como vem se aplicando hodiernamente no conjunto das ações cirúrgicas e em que pese a relevância que se dê à modalidade de obrigação, não pode constituir um contrato de resultado, mas de meios ou de diligência, embora em casos de manifesta negligência ou imprudência venha se ampliar sua responsabilidade quanto aos métodos usados ou à técnica escolhida. Nos casos de maus resultados, em que se procure comprovar um erro médico, o que se deve considerar, antes de qualquer coisa, além do nexo causal e do tamanho do dano, são as circunstâncias do atendimento e o grau da previsibilidade do autor em produzir o resultado. Nunca, de forma dogmática, prender-se a um princípio discutível onde se afirma equivocadamente ser a cirurgia plástica sempre uma obrigação de resultado, dentro da relação contratual entre o médico e o seu paciente.⁶⁴

A segunda espécie é a cirurgia plástica estética que possui um objetivo embelezador. Não há uma necessidade relacionada ao estado de saúde do paciente, sendo de livre escolha deste fazê-la ou não. Há anos o Brasil está no top 3 do ranking mundial dos países que mais fazem cirurgia plástica estética, sendo mais comum o implante de silicone nos seios e a lipoaspiração.⁶⁵ Sobre esse tema, Genival França faz uma interessante exposição:

Todavia, na cirurgia plástica estética, apenas para melhorar o aspecto, mesmo sujeita a casos fortuitos ou força maior como infecções, inflamações, reações alérgicas e cicatrizações atípicas, a coisa pode soar diferente em algumas ocasiões. E mais quando o limite entre a cirurgia reparadora e a cirurgia estética é tantas vezes impreciso e confuso.

Nestes casos, há uma tendência de se aceitar a obrigação de fim ou de resultado, onde se exige do devedor, principalmente quando alguém irresponsavelmente promettesse tanto. Embora alguns considerem que, pelo fato de um ou outro assegurar um pleno

⁶³ CARBONELLI, Jéssica. Cirurgia plástica estética x reparadora. Saiba a diferença entre cirurgia plástica estética x reparadora.

⁶⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 687 e 688.

⁶⁵ Lenharo, Mariana. Cai número de plásticas no Brasil, mas país ainda é 2º no ranking, diz estudo. Fonte: G1.

resultado, isto não define a natureza da obrigação nem altera a sua categoria jurídica.⁶⁶

Em resumo, a doutrina majoritária e entendimentos jurisprudenciais concluem que, para casos de cirurgia plástica reparadora a obrigação deve ser, em tese, de meio e, para cirurgias plásticas embelezadora a obrigação deve ser considerada de resultado. Assim complementa Genival França:

Todavia, a maioria ainda considera a situação de duas formas: 1. Na cirurgia plástica reparadora ou reconstrutora o médico tem obrigação de meios e está subordinado, como qualquer outro, ao disposto no artigo 186 do Código Civil brasileiro, respondendo pelo ato de que possa resultar dano por imperícia, imprudência ou negligência. 2. Na cirurgia estética o cirurgião tem obrigações de resultado e não de meios, e o profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado almejado, e, se não tem condições de consegui-lo, não realizar a cirurgia.

Esta severidade dos tribunais se revela nos casos de mau resultado em cirurgia estética em face do objetivo terapêutico, razão invocada em toda cirurgia sobre a pessoa humana, onde se destacam os imperativos médicos, pois na cirurgia geral, seja ela eletiva ou de urgência, a forma, a natureza e a obrigação resultantes estão bem claras. Se ficam caracterizadas sua imprescindibilidade e sua necessidade, não há o que discutir quanto à licitude de sua prática, ficando apenas o médico sujeito a responder por danos quando se verifique de forma convincente ter existido culpa.

Uma cirurgia plástica realizada para sanar uma deformidade de outra cirurgia plástica é uma intervenção reparadora e por isso sua obrigação é de meio e não de resultado.⁶⁷

A tese relacionada ao cirurgião plástico estético ter uma obrigação de resultado, vai muito além da questão econômica. Nesse caso, está diretamente relacionada à parte emocional e psicológica do paciente. Quando uma pessoa procura o médico para fazer alguma modificação em seu corpo, induz que esta não está satisfeita com essa parte que quer mudar. Muitas vezes, trata-se de uma situação que traz um encargo emocional tão forte no paciente que o faz ter vergonha de viver em sociedade. Pode estar relacionado a um trauma, que, finalmente, este teve coragem de reparar.

⁶⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 688.

⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 690.

Todos conhecem uma pessoa que está insatisfeita com alguma parte do corpo, seja em uma área visível ou não. Sendo assim, a cirurgia plástica estética não retrata uma intervenção necessária para resolver algum problema com a saúde do paciente, mas sim um ato que pode fazer com que este fique de bem consigo mesmo.

Dessa forma, em casos como os retratados acima é muito importante o resultado da cirurgia contratada. Inclusive, muitas vezes, o paciente e o próprio profissional responsável pela cirurgia, utilizam fotos como referência para o resultado. A expectativa não está no fato de a cirurgia dar certo ou se o paciente irá se recuperar bem, sem sequelas. É evidente que isso também é importante, mas a expectativa está focada no resultado daquela intervenção cirúrgica. Mesmo que fique inchado e o resultado não seja completamente visível no início, ele precisa ser satisfatório ao paciente e estar conforme o acordo feito inicialmente entre este e seu médico.

Apesar de a medicina não ser uma ciência exata, visto que o seu objeto de trabalho são os organismos humanos com todas as suas peculiaridades e particularidades, os profissionais médicos precisam se atentar às falsas ilusões que criam em seus pacientes. Prometer resultados milagrosos em um mundo que, muitas vezes, a beleza importa mais do que qualquer coisa, é se arriscar a ser parte em um processo judicial.

3.5.1 A responsabilidade civil do médico no Código de Defesa do Consumidor

Quando analisamos o Código de Defesa do Consumidor, a discussão acerca a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico nas cirurgias embelezadoras ganha ainda mais dificuldade. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, de maneira geral, aquele que fornece o serviço ao cliente responderá de forma objetiva⁶⁸, independente de culpa. Contudo, ao abordar o profissional liberal como fornecedor do serviço, em seu artigo 14, § 4^o⁶⁹, o Código de

⁶⁸ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁶⁹ Art. 14. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Defesa do Consumidor esclarece ser responsabilidade subjetiva, ou seja, dependendo da averiguação de culpa do prestador do serviço.

Logo, de acordo com o § 4º do artigo 14, mesmo se o médico assumir a obrigação de resultado, por se tratar de profissional liberal, este responderá de forma subjetiva. Contudo, pela característica da obrigação assumida, haverá presunção de culpa do cirurgião. Sendo assim, não se discute haver uma responsabilidade objetiva, mas sim a responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, havendo inversão do ônus da prova e podendo ser produzida prova em contrário.

4. Jurisprudência

Nesse diapasão, cabe analisar as decisões majoritárias nos tribunais acerca do tema. De início, cabe demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacificado em relação ao reconhecimento do dano estético como uma espécie autônoma de dano. A seguir veremos um dos precedentes da Súmula 387 do supracitado Tribunal e uma jurisprudência mais recente na qual a súmula foi aplicada:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, II e 535, I e II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. CUMULAÇÃO DE DANO MORAL E DANO ESTÉTICO. CABIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR MODERADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. EXCLUSÃO DO 13º SALÁRIO E FÉRIAS. 1. Inexiste violação dos arts. 165, 458, II e 535, I e II, do CPC quando o aresto impugnado decide, de forma objetiva e fundamentada, as questões que delimitam a controvérsia. 2. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios. 3. É cabível a cumulação de danos morais com danos estéticos quando, ainda que decorrentes do mesmo fato, são passíveis de identificação em separado. 4. A ausência de prova de que a vítima possuía, ao tempo do acidente, vínculo empregatício, constitui óbice à inclusão do décimo terceiro salário e da gratificação de férias no montante da indenização. 5. O termo inicial da correção monetária da indenização por danos materiais é a data da apuração do dano. 6. A revisão do valor da indenização por danos morais apresenta-se inviável em sede de recurso especial quando arbitrado com moderação na instância ordinária, a teor da Súmula n. 7/STJ. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(RESP 200400968456, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:03/11/2008 RSSTJ VOL.:00035 PG:00422 ..DTPB:.)

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS. ACIDENTE DE TRANSITO EM RODOVIA. MORTE DE FILHO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de remessa necessária e apelações cíveis interpostas em face de sentença proferida em ação comum, pelo rito ordinário, objetivando o recebimento de reparação por danos morais, materiais e estéticos, em razão de acidente automobilístico. 2. A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º), a qual se funda no risco administrativo, ou seja, para a aferição da responsabilidade civil do Estado e o conseqüente reconhecimento do direito à reparação pelos prejuízos causados, é suficiente que se

prove o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a omissão/conduita atribuíveis ao Poder Público, ou aos que agem em seu nome, por delegação, e o aludido dano. 3. Ainda que sob a perspectiva da responsabilidade civil subjetiva (fundada no elemento da culpa lato sensu), resta evidenciada a sua responsabilidade pelos danos causados aos autores, eis que houve efetivamente atuação culposa por parte de seu preposto na condução do veículo, o qual deixou de prestar socorro às vítimas, o que culminou com o evento fatal relativamente à pessoa do filho menor dos autores. 4. Em relação ao interesse jurídico lesado, percebe-se que a consequência do ato ilegal do agente importou em incontestáveis sofrimentos aos autores, em face da perda precoce e inesperada do filho, devendo ser destacado "a gravidade da lesão - que deixou a vítima meses em estado vegetativo no hospital por mais de cinco meses, até levá-lo a óbito - o grau de culpa do ofensor, nesse caso personificado pelo motorista do veículo oficial, que sequer prestou socorro as vítimas alegando estar também ferido após o acidente (lesões leves provenientes de estilhaços de vidro), e o nível socioeconômico das partes". 5. No âmbito do juízo de ponderação, é de se concluir que o bem jurídico "vida" é, indubitavelmente, o mais valioso no ordenamento jurídico brasileiro, daí a razoabilidade do quantum de reparação no valor de R\$ 62.200,00 (sessenta e dois mil e duzentos reais), em favor de cada um dos autores, que se privaram da convivência com seu filho, sendo certo que o dano moral pela perda do filho é presumido, dispensando demonstração. 6. Possibilidade de cumulação dos danos morais e estéticos, ainda que decorrentes de um mesmo evento, quando possível distinguir as condições que ensejaram cada um deles, consoante o verbete nº 387 da Súmula do STJ. 1 7. Razoabilidade dos limites da pensão alimentícia, eis que em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que estabelece que: "No que se refere ao dano material, a orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. (REsp 1.101.213-RJ, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 2/4/2009)." (REsp 976059, DJ de 23/06/2009). 8. Impossibilidade do pagamento da pensão alimentícia de uma só vez, porquanto lamentável situação dos autores, que tiveram o desprazer de experimentar a maior dor que pode existir - a perda de um filho -, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento segundo o qual mostra-se inviável exigir-se o ressarcimento de uma só vez dos danos patrimoniais, relativos à renda que a vítima deixaria de trazer mês a mês para o núcleo familiar. 9. Remessa necessária e apelações conhecidas e improvidas.
(APELREEX 00102675120124025001, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, TRF2 - 6ª TURMA ESPECIALIZADA.)

Em análise jurisprudencial, é possível observar também que o Superior Tribunal de Justiça entende que na relação entre os profissionais da medicina e

seus pacientes, com exceção dos cirurgiões plásticos nas cirurgias embelezadora, há uma obrigação de meio. Mas sempre, sem exceções, o médico responderá de forma subjetiva. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS. FIBROPLASIA RETROENTICULAR, QUE OCASIONOU PERDA DA VISÃO AO PACIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO POR ALEGADO ERRO CULPÁVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL DA MEDICINA E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O ATO COMISSIVO OU OMISSIVO. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. 1. Não procede a alegação de que o recurso especial foi interposto a destempo, pois o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 2 de março de 2007 e o recurso especial, segundo afirmado, interposto no dia 19 de março de 2007. A certidão de fl. 789 esclarece que o acórdão dos embargos de declaração, de fato, foi publicado na data afirmada - sexta-feira. Todavia, como houve publicação no Diário de Justiça eletrônico, considera-se o primeiro dia útil seguinte como data da efetiva publicação. Com efeito, deve ser considerado como data de publicação o dia 5 de março de 2007 (segunda-feira), considerando-se, portanto, como o termo ad quem do prazo recursal, o dia 20 de março de 2007. 2. A obrigação do médico, em regra, é de meio, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos de que dispõe - elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. 4. "O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor". (REsp 1.216.424/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011) 5. No caso, a Corte local apurou que a oxigenoterapia era tratamento premente e essencial à preservação da vida do autor e que "não há como estabelecer como único vínculo

para a retinopatia de prematuridade a utilização da oxigenoterapia, pois além deste fator, no presente caso, a apelante também nasceu com insuficiência respiratória grave, sendo imprescindível naquele momento afastar o risco de morte" e o acórdão impugnado, com base em laudo pericial, consignou que "o oxigênio somente não é suficiente nem necessário para desencadear retinopatia da prematuridade, e o nível seguro de oxigênio ainda não foi determinado" pela Ciência, de modo que só se concebe a revisão da decisão por meio do reexame provas, obstado pela Súmula 7/STJ. 6. Recurso especial não provido.

(RESP 200702310939, LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/08/2012 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. Precedente. 2. Afastada pelo acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e comprovada a pré-disposição do paciente ao descolamento da retina - fato ocasionador da cegueira - por ser portador de alta-miopia, a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da súmula 07/STJ. 3. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200000394688, FERNANDO GONÇALVES - QUARTA TURMA, DJ DATA:22/11/2004 PG:00345 ..DTPB:.)

Nesse sentido, a responsabilidade do médico permanece subjetiva necessitando, então, de prova que demonstre a relação entre o fato e a causa dada pelo médico, ou seja, o nexa causal. Nesse caso, é possível haver a inversão do ônus da prova, devendo o profissional provar que agiu com todos os meios corretos. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu

profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido. ..EMEN: (RESP 200401449631, SIDNEI BENETI - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:18/12/2009 ..DTPB:.)

Em relação aos médicos que exercem cirurgia plástica, os tribunais majoritariamente entendem que: o objetivo da intervenção cirúrgica for reparador, a obrigação será considerada de meio; se o objetivo for meramente embelezador, a obrigação será se resultado, conforme análise dada ao caso concreto. É necessário destacar que a responsabilidade permanece subjetiva, porém, nos casos de cirurgia plástica embelezadora, a culpa será presumida, invertendo-se o ônus da prova. É assim que decidem nossos Tribunais, conforme resta comprovado nas ementas abaixo transcritas:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DANO ESTÉTICO. INCORRÊNCIA. CONTRA-INDICAÇÕES. SEQÜELAS. DANOS MORAIS. I – Não havendo indícios de que a parte esteja incapacitada para o trabalho, improcede o pedido de pensionamento vitalício. II - Não se concebe a transferência dos gastos de cirurgia que pode ser feita gratuitamente através do SUS, pois o desejo de ser operada em clínica particular revela, na verdade, mero capricho da parte, o que, à evidência, não merece tutela. III – Ficou demonstrado que o procedimento cirúrgico não provocou nenhuma deformidade ou assimetria no corpo da paciente. IV – Além disso, a permanência do abdômen em avental não guarda relação com a falta de zelo dos médicos, que, salvo melhor juízo, despenderam todos os esforços possíveis para minimizar o problema. É o que basta para eximir a responsabilidade das rés, nesse particular, pois a cirurgia plástica reparadora encerra obrigação de meio. Portanto, não há dano estético a ser indenizado. V – Por outro lado, vislumbra-se nexos de causalidade entre os danos sofridos pela apelante e a conduta dos prepostos do INPS (nesse caso, sucedido pela União) e da FESO, que, respectivamente, autorizaram e realizaram, em circunstâncias inadequadas, o procedimento cirúrgico que deu causa às seqüelas descritas no laudo pericial. A responsabilidade das rés, portanto, é solidária. VI – Os transtornos sofridos pela autora certamente são capazes de interferir no equilíbrio psicológico do

homem comum. Basta ver que, a par do sofrimento físico, a autora experimentou a angústia de ficar incapacitada de prover o próprio sustento por um longo período. E passados mais de vinte e cinco anos, a autora se vê obrigada a passar por nova intervenção – a terceira – para corrigir as seqüelas com que têm convivido desde a primeira cirurgia. VII – A intangibilidade do corpo e da mente são valores fundamentais da personalidade, cuja lesão não comporta a recondução do prejudicado ao estado anterior. Admite-se, por isso, compensação pecuniária. VIII – Na espécie, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) afigura-se suficiente para tranquilizar o espírito da autora, abalado por tantas intempéries, sem, contudo, proporcionar enriquecimento indevido às custas das rés. IX – Recurso conhecido e parcialmente provido.

(AC 00264734019894025101, MAURO LUIS ROCHA LOPES, TRF2.)

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido. ..EMEN:

(RESP 200700887761, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:13/03/2012 ..DTPB:.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do

profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento. (RESP 199900990994, CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - QUARTA TURMA, DJE DATA:18/05/2009 RMP VOL.:00035 PG:00259 ..DTPB:.)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de consentimento informado, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RESP 201000255310, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:26/08/2010 RB VOL.:00563 PG:00029 RT VOL.:00903 PG:00196 ..DTPB:.)

Inclusive, importante ressaltar casos nos quais há cirurgia plástica com característica mista reparadora e estética. Nessa situação, o Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade deve ser analisada nas suas obrigações de forma separada. Vejamos:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. (RESP 200802398694, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:03/10/2011 REVJMG VOL.:00198 PG:00385 RSTJ VOL.:00225 PG:00428 RT VOL.:00914 PG:00536 ..DTPB:.)

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça também demonstrou em um dos casos como é complexo e dificilmente aplicável a teoria da perda da chance na responsabilidade civil do médico. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexos de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de

um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido.

(RESP 200802514571, MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:04/08/2009 REFOR VOL.:00405 PG:00449 RSTJ VOL.:00216 PG:00464 ..DTPB:.)

CONCLUSÃO

Após a leitura dos capítulos de exposição doutrinária e análise jurisprudencial, foi possível observar que muito está evoluindo a jurisprudência brasileira a respeito do tema da responsabilidade civil do médico. A possibilidade de cumulação de dano estético e moral, assim como a pacificação no entendimento da responsabilidade subjetiva do médico como profissional liberal foram importantes passos.

Ao fazer uma análise mais detalhada sobre a responsabilidade do cirurgião plástico na cirurgia embelezadora, foi possível notar que, apesar de muitos acharem ser responsabilidade objetiva, ainda trata-se de subjetiva. Esse tratamento é importante pois, de acordo com cada caso concreto, será avaliada a real culpa do profissional no dano. Considerar a responsabilidade desse médico subjetiva, dá a este a chance de provar que não influenciou no resultado negativo.

Contudo, muito ainda há que se evoluir no que se refere ao direito médico. A passos lentos, a jurisprudência reconhece que não há como considerar culpado, indiscriminadamente, o profissional da medicina por não obter todos os resultados positivos.

A grande judicialização de causas envolvendo erros médicos de todos os tipos não importa dizer que, necessariamente, os profissionais estão cometendo mais erros. Pode se tratar, na verdade, de uma percepção, por parte dos pacientes, na qual a lei tem criado lacunas que são capazes de responsabilizar o médico por qualquer adversidade.

Nesse sentido, é preciso que os médicos proporcionem um cenário de maior confiabilidade e clareza nos procedimentos e suas possíveis consequências, e o paciente crie uma tolerância e, até mesmo, haja boa-fé por parte deste ao ajuizar a ação. Ao judiciário cabe desenvolver uma maneira, seja por meio de pena pecuniária ou outro meio, de desestimular a judicialização de causas relacionadas à atividade médica que não sejam realmente necessárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABCMED, 2017. **Iatrogenia - o que é?**. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/1289753/iatrogenia+o+que+e.htm>>. Acesso em: outubro 2017.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20M%C3%89DICO.doc>. Acesso em: maio 2017

BORGES, Daniela Vasconcelos Lemos de Melo. **A responsabilidade civil e o Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI3929,31047-A+responsabilidade+civil+e+o+Codigo+Civil+de+2002>>. Acesso em: outubro 2017

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>>. Acesso em: outubro de 2017.

BRASIL. Constituição de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: outubro de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: outubro de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: outubro de 2017.

BULL, Márcia Regina. Dano estético - Breves considerações sobre Responsabilidade Civil e processos de indenização. **Visão Jurídica**, São Paulo, edição 128, p. 24-37, 2017.

CARBONELLI, Jéssica. **Cirurgia plástica estética x reparadora. Saiba a diferença entre cirurgia plástica estética x reparadora.** Disponível em: <<https://www.mundoestetica.com.br/dicas/cirurgia-plastica-estetica-x-reparadora/>>. Acesso em: outubro 2017.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **O critério identificador da norma jurídica. A necessidade de um enfoque sistemático.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2249>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. 641 p.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Aspectos históricos da responsabilidade civil médica.** 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10065-10064-1-PB.pdf>>. Acesso em: abril 2017.

DA SILVA, Ricardo Kobi e ARGENTIN, Thaís. **A responsabilidade civil do médico.** Maio de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239795,41046-A+responsabilidade+civil+do+medico>>. Acesso em: abril 2017

DE CARVALHO, Luiz Gonzaga Brandão. **A Importância da Responsabilidade Civil Médica - Des. Brandão de Carvalho.** 2014. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/noticias/112300733/a-importancia-da-responsabilidade-civil-medica-des-brandao-de-carvalho>>. Acesso em: abril 2017

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª edição. Revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Beford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 989 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 476 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPINOZA, Michelle Antunes. **Dano estético e suas particularidades**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16626&revista_caderno=7>. Acesso em: outubro 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1602 p.

GOMES, Helton Simões Gomes. **Google muda busca no celular para mostrar doenças relacionadas a sintomas pesquisados**. Fonte: G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/google-muda-busca-no-celular-para-mostrar-doencas-relacionadas-a-sintomas-pesquisados.ghtml>>. Acesso em: outubro 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. 871 p.

ILARIO, Fernanda dos Santos Vargas. **A volta do médico de família**. Disponível em: <<http://www.rsaude.com.br/londrina/materia/a-volta-do-medico-de-familia/5177?slectCidade=>>>. Acesso em: outubro 2017

LENHARO, Mariana. **Cai número de plásticas no Brasil, mas país ainda é 2º no ranking, diz estudo.** Fonte: G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/08/cai-numero-de-plasticas-no-brasil-mas-pais-ainda-e-2-no-ranking-diz-estudo.html>>. Acesso em: outubro 2017.

LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado pela edição de ato legislativo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1374, 6 abr. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9702>>. Acesso em: junho 2017.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em: outubro 2017.

OLIVEIRA, Stênio Rolim de. **A responsabilidade civil do médico.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481>. Acesso em: maio 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume: I: Introdução ao Direito Civil e Teria Geral do Direito Civil.** 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 632 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume: II: Teoria Geral das Obrigações.** 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 429 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Volume III: Contratos.** 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 552 p.

PINHEIRO, Reginaldo César. **A reparação civil por danos morais na cirurgia plástica puramente estética: Obrigação de resultado?.** In: Âmbito Jurídico, Rio

Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9127>.

Acesso em: junho 2017.

PRETEL, Mariana. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação**. Artigo publicado no site Portal Conteúdo Jurídico, em 31 de maio de 2010. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=641 ISSN – 1984-0454. Acesso em: maio 2017

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: junho 2017.

SIMÃO, José Fernando. **DANO MORAL E DANO IMORAL!**. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0412.html>. Acesso em: novembro de 2017.

SPIRANDELLI, Gustavo. **A teoria do risco e a atividade médica-hospitalar**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7769/A-teoria-do-risco-e-a-atividade-medica-hospitalar>>. Acesso em: outubro 2017.

Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil - Volume 4**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. 351 p.