

É evidente, portanto, que a pensão equivalente à inabilitação ao trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, prevista no art. 950 do Código Civil de 2002, tem caráter indenizatório do dano material e não do dano estético.

Acentue-se que o dano estético não se constitui propriamente em categoria de dano diferenciada do dano moral¹⁵. Dano moral é aquele que atinge um direito da personalidade do lesado. Quanto à origem do dano estético, como critério de sua caracterização, está a ofensa à honra e à integridade física. Desse modo, por esse critério não há como distingui-lo do dano moral, que é aquele que atinge um direito da personalidade. Quanto à caracterização do dano moral por seus efeitos, refere-se aos aspectos sentimental ou afetivo, intelectual ou social da personalidade do lesado, o que também caracteriza o dano estético^{15-A}.

Presunção. Possibilidade. Pensão. Fixação. Constituição de capital. Necessidade. Súmula 313. 1. Presume-se a redução da capacidade laborativa da vítima de ato ilícito que sofre graves seqüelas físicas permanentes, evidentemente limitadoras de uma vida plena. 2. O só fato de se presumir que a vítima de ato ilícito portadora de limitações está capacitada para exercer algum trabalho não exclui o pensionamento, pois a experiência mostra que o deficiente mercado de trabalho brasileiro é restrito mesmo quando se trata de pessoa sem qualquer limitação física. 3. Sem provas do exercício de atividade remunerada, tampouco de eventual remuneração recebida antes do ato ilícito, a vítima tem direito a pensão mensal de 1 (um) salário mínimo, desde o eventual danoso até o fim de sua vida. 4. A indicação de termo final do pensionamento só é cabível quando se pretende pensão por morte, pois deve-se presumir que a vítima, não fosse o ato ilícito, viveria tempo equivalente à expectativa média de vida do brasileiro. 5. Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado. 6. É lícito ao juiz determinar que o réu constitua capital para garantir o adimplemento da pensão a que foi condenado, mesmo sem pedido do autor. Limites da lide. Juiz e tribunal que se afastam do pedido inicial. Autora que pretende, em recurso especial, restabelecimento da sentença *extra petita*. Impossibilidade. 1. Pedindo a autora a condenação da ré no pagamento de pensão mensal para custear futuros tratamentos médicos, remédios, exames e outros, não é lícito ao juiz julgar procedente o pedido para determinar que a ré pague plano de saúde para a autora. 2. Reformada a sentença *extra petita* pelo Tribunal, para afastar condenação concedida pelo juiz, não é lícito à autora, ignorando o próprio pedido inicial, postular em recurso especial o restabelecimento da sentença. 3. Nessa situação, acolhido o pedido recursal, outorga-se tutela *extra petita* (porque a autora obterá o que não postulou na inicial). De outro lado, acolhido o pedido da inicial, a autora obterá o que não postulou no recurso especial" (REsp 899.869/MC, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13-2-2007, DJ, 26-3-2007, p. 242).

15. V. TERESA ANCONA LOPEZ, ob. cit., p. 16/17; MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 93/95.

15-A. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA. Dano moral e dano estético. In: *Responsabilidade Civil na Área da Saúde*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58/77.

Recorde-se a utilíssima distinção feita pelos irmãos MAZEAUD: "os danos morais podem ser divididos em duas categorias: 1^a) os que afetam a 'parte social do patrimônio moral' (ofensa à consideração social, que podem sofrer as pessoas naturais e jurídicas); e 2^a) os que atingem a 'parte afetiva do patrimônio moral', alcançando o indivíduo em suas afeições (dor sentimental, que somente as pessoas naturais podem sofrer)"¹⁶. Quanto à constatação dos efeitos do dano estético, atinge ao mesmo tempo duas esferas da personalidade do lesado: a sentimental ou afetiva e a social. Desse modo, também por esse critério trata-se de dano moral. No entanto, é aí que reside o agravamento das conseqüências do dano estético: atinge, concomitantemente, dois aspectos da personalidade do lesado, já que causa dor moral, sentimento negativo, de caráter interno, e também atinge o indivíduo socialmente, pois sua aparência física é alterada, o aspecto exterior da personalidade do lesado é atingido. O dano estético, pela transformação física, gera, ao mesmo tempo, sofrimento interior e dano à consideração social do indivíduo.

Toda vez que a condenação à indenização por ato ilícito incluir o pagamento de pensão, que é a prestação de alimentos, o juiz quanto a essa parte condenará o devedor a constituir um capital cuja renda assegure o seu cabal cumprimento (Cód. Proc. Civil, art. 602).

Em virtude da Súmula n. 490 do Supremo Tribunal Federal, "a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores".

De conformidade ainda com a Súmula n. 493 do mesmo tribunal, "o valor da indenização, se consistente em prestações periódicas e sucessivas, compreenderá, para que se mantenha inalterável na sua fixação, parcelas compensatórias do imposto de renda, incidente sobre os juros do capital gravado ou caucionado".

Por fim, pensão alimentícia devida à vítima de ato ilícito constitui dívida de valor, devendo ser paga sempre em moeda atualizada.

Obrigações de meio e de resultado — Na conformidade do art. 951 do Código Civil de 2002, o disposto nos arts. 948, 949 e 950, antes analisados, aplica-se no caso de indenização devida por aquele que,

16. HENRI e LEON MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, 4. ed., Paris, Sirey, 1947, t. I, p. 319.

no exercício profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causa a morte do paciente, agrava-lhe o mal, causa-lhe lesão ou inabilita-o ao trabalho, ou seja, nas hipóteses de erro médico, que se estendem às demais atividades na área da saúde, como hospitalares, laboratoriais etc.

Enquanto o art. 1.545 do Código Civil de 1916 referia-se à responsabilidade civil dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas que, por imprudência, negligência ou imperícia, causassem a morte, inabilitação de servir ou ferimento ao paciente, o artigo em análise torna mais amplo o dispositivo, de modo a abranger todas as pessoas que em sua atividade profissional, com culpa em sentido estrito, causem dano ao paciente.

A responsabilidade civil de que trata o art. 951 é contratual. No campo contratual a classificação das obrigações de meio e de resultado direciona a prova da culpa: nas obrigações de meio cabe ao credor provar a culpa do devedor (obrigou-se a empregar todos os meios e esforços para a consecução de um objetivo e não a alcançar uma certa finalidade), enquanto nas obrigações de resultado presume-se a culpa do devedor (não alcançou a finalidade a que se obrigou)¹⁷.

As pessoas que atuam profissionalmente na área da saúde assumem obrigações, via de regra, de meio. Desse modo, a responsabilidade é subjetiva, porque, se a obrigação é de meio e não de resultado, deve a vítima ou lesado provar que o profissional não se utilizou de todos os meios a seu alcance, para obter o direito à indenização. É preciso provar a culpa, ou seja, a atitude negligente, imprudente ou imperita do lesante na utilização dos meios adequados para a cura ou o tratamento do paciente. Como, por exemplo, o médico que, seguindo o procedimento adequado e recomendado, opera a catarata do paciente e este fica cego por uma predisposição ao descolamento da retina^{17-A}.

17. V. Rui Stocco, ob. cit., p. 82/84.

17-A. "Agravamento regimental. Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Reexame fático-probatório. Súmula 7/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 7/STJ. 3. Agravamento regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 256.174/DF, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 4-11-2004).

No entanto, há obrigações assumidas na área da saúde que são de resultado: nas obrigações resultantes do dever de informação, nos exames laboratoriais de resultado certo e na prestação de serviços de hospedagem e fornecimento de equipamentos por hospitais. Nesses casos, a obrigação assumida é de alcançar a finalidade almejada. Aqui, basta a prova de que não foi alcançado o resultado. Nas hipóteses de obrigação de resultado, há a presunção da culpa, cabendo ao profissional provar sua inexistência ou que o dano decorreu de caso fortuito ou força maior^{18-A}. No entanto, há casos de responsabilidade subjetiva em que cabe a presunção da culpa do profissional da área da saúde, quando a piora no estado do paciente é evidente, ou seja, quando a comparação entre os estados anterior e o posterior ao procedimento médico denote a má prática médica^{18-B}.

18-A. "Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Exames radiológicos. Danos morais e materiais. I — O diagnóstico inexistente fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3º do CDC). II — Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico. III — Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV — Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (REsp 594.962/RJ, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 9-11-2004, DJ, 17-12-2004, p. 534); "Responsabilidade civil. Laboratório de análises clínicas. HIV. Responsabilidade do laboratório que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar. Essa informação é importante e reduz a responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em outros laboratórios foram todos negativos. Recurso conhecido e provido" (REsp 401.592/DF, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16-5-2002, DJ, 2-9-2002, p. 197). *Revista dos Tribunais*, 554/234-556/191-566/192-638/89-713/125-718/270; *RJTSJSP*, 157/105; *RSTJ*, 33/555.

18-B. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexo causal, Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: *Responsabilidade Civil na Área da Saúde*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1/32. "Responsabilidade civil na odontologia — Conduta culposa do dentista — Autora que se submeteu a simples tratamento endodôntico — Perfuração do terço médio da raiz que ocasionou a perda de um dente incisivo — Indenização por danos materiais — Responsabilidade subjetiva do cirurgião-dentista — Ônus da paciente de comprovar a culpa do dentista — Prova pericial que indicou que o tratamento com instrumentos cortantes ou perfurantes danificaram irremediavelmente o dente da autora — Circunstâncias do caso concreto que indicam tratar-se de obrigação de resultado — Dano moral bem fixado — O susto, o trauma e o sofrimento psíquico e físico da vítima que perdeu um dente incisivo, fundamental à sua auto-estima, ultrapassou o mero aborrecimento da vida cotidiana — Dano material a ser apurado em liquidação — Recurso não provido" (TJSP, Ap. 581.044-4, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 18-12-2008);

Assim, no tocante ao médico e ao cirurgião, é inquestionável sua responsabilidade se procedem com culpa no exercício da profissão, a ser provada, se a obrigação for de meio, ou presumida, se a obrigação for de resultado, vindo a ocasionar evento lesivo. A culpa pode revestir-se de qualquer das formas indicadas pelo texto, imprudência, negligência e imperícia, sendo-lhes inaplicável a teoria objetiva propriamente dita, em razão de disposição expressa no Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa" (Lei n. 8.078/90, art. 14, § 4º).

Existem, porém, alguns princípios que assim se enunciam: *a)* não se considera erro profissional o que resulta da incerteza ou hesitação da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas; *b)* o médico não pode forçar o cliente ao tratamento preconizado, devendo obter prévia autorização dele para aplicá-lo; no caso de intervenção cirúrgica, a necessidade é ainda mais rigorosa, salvo premência do caso, quando não haja tempo para obtê-la; *c)* os juízes e tribunais não podem examinar, sem a realização de perícia prévia, nos pleitos que se travarem, o acerto de uma terapêutica ou a oportunidade de uma intervenção. Igualmente, no tocante aos demais profissionais da área da saúde, como farmacêuticos e dentistas, o reconhecimento de sua responsabilidade civil opera-se consoante a obrigação seja de meio ou de resultado, no primeiro caso, na dependência de se comprovar a culpa, e, no segundo, com a inversão do ônus da prova.

Perda de objeto de afeição — Preceitua o art. 952 do Código Civil de 2002 que, "havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado".

Refere-se o texto à obrigação de restituir a coisa em virtude de apropriação indébita; em tal hipótese, há sempre culpa, uma vez que a obrigação procede de ato ilícito. Nesse caso, a indenização

"Responsabilidade civil. Cirurgião dentista. Paciente que perde, em caráter irreversível, a sensibilidade da parte da língua, por lesão ao nervo lingual devido a procedimento anestésico aplicado para extrair dente molar. Obrigação de resultado, sendo que o efeito adverso prova o cumprimento defeituoso do serviço contratado. Dever de indenizar os danos morais pela perda, em parte, de importantes funções do órgão muscular da cavidade bucal. Não provimento do recurso da dentista e provimento, em parte, do recurso da paciente, fixando a indenização em R\$ 50.000,00" (TJSP, Apelação Cível, 439.360-4, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Zuiliani, j. 27-7-2006).