

12

A CULPA PRESUMIDA COMO VIÉS INTERMEDIÁRIO ENTRE A TEORIA DA CULPA E A TEORIA DO RISCO

José Luiz de Moura Faleiros Júnior¹

RESUMO

Este trabalho tem como enfoque a análise da teoria da culpa presumida e seu posicionamento entre a teoria da culpa e a teoria do risco, no intuito de demonstrar que o Direito Civil brasileiro contemporâneo dela não se desconectou, admitindo-a em hipóteses pontuais, como no caso da responsabilidade médica. Para a análise proposta, após um breve esboço histórico sobre as teorias que norteiam a responsabilidade civil, além de um sucinto esboço sobre os elementos que compõem a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, analisar-se-á o *leading case* contido no repositório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e noticiado no Informativo n. 383 da Corte, com realce à inversão do ônus da prova, culminando na discussão sobre a importância da culpa presumida como viés intermediário entre as duas principais teorias da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Culpa presumida; responsabilidade civil; teoria da culpa; teoria do risco; inversão do ônus da prova.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado.

ABSTRACT

This work is focused on the analysis of the presumption of fault theory and its groundings in between fault theory and risk theory, aiming to demonstrate that the contemporary Brazilian Civil Law has not disconnected itself from said theory, whereas it's contemplated in specific situations, like medical liability. For the proposed analysis, after a brief historical foreshortening on the theories that guide civil responsibility and a succinct outlining of the elements that compose subjective responsibility and objective responsibility, the leading case divulged on Superior Court of Justice's Informative n. 383 will be analyzed, with emphasis on burden of proof inversion, to finally conclude the discussion on the relevance of presumed fault as an intermediary bias between the two main civil responsibility theories.

Keywords: Presumption of fault; civil responsibility; fault theory; risk theory; burden of proof inversion.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Premissas históricas da responsabilidade civil. 2. Responsabilidade subjetiva e a teoria da culpa. 3. Responsabilidade objetiva e a teoria do risco. 4. O viés intermediário: teoria da culpa presumida. 5. O *leading case* brasileiro sobre o tema. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em decorrência da evolução social e do desenvolvimento humano, as relações intersubjetivas se tornaram cada vez mais organizadas e passaram a ser regidas por um conjunto de normas próprias.

Nesse sentido, o desenvolvimento dos paradigmas tecnológicos e a globalização mundial, bem como o crescimento demográfico decorrente do processo de urbanização e a alteração do panorama de vida do homem moderno são fatores que contribuem para o surgimento de elevado número de interesses de ordem subjetiva tendentes a se confrontarem.

Disso decorre o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos civis, notadamente o da responsabilidade civil, diante de uma realidade multifacetária de situações jurídicas que demandam enfrentamento,

cabe aos operadores do Direito diagramar soluções que permitam, diante das circunstâncias e particularidades de cada caso, solucionar os conflitos.

A responsabilidade civil afeita às relações entre particulares é juridicamente adotada no Brasil desde sua primeira regulamentação, pelo Código Civil de 1916, período em que se entendia correta a teoria subjetiva ou da culpa. Contudo, com o advento de novos regramentos jurídicos nas sucessivas Constituições da República e novas leis, como o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, que expressamente trataram da responsabilidade civil *objetiva*, baseada na teoria do risco.

Esta teoria se mostrou apta e madura o suficiente para solucionar conflitos do mundo moderno, mas deixou brechas complicadas, notadamente com relação à responsabilidade civil dos médicos, que ainda causava dissenso e controvérsia, principalmente no plano jurisprudencial.

As dúvidas foram extirpadas pelo Superior Tribunal de Justiça, contudo, quando veio à lume o Informativo n. 383 daquela Corte, que expôs o entendimento definido no Recurso Especial n. 236.708/MG, em que ficou definida a aplicação da teoria da culpa presumida aos casos de responsabilidade médica, ainda que se tratem de obrigações de resultado, como a cirurgia plástica.

Diante disso, a completa compreensão da teoria da culpa presumida e de seu enquadramento perante as teorias da culpa e do risco tornou-se essencial para posicionar a aplicação normativa às hipóteses de responsabilidade médica, e a principal baliza delineada pelo STJ para nortear a aplicação da culpa presumida – a inversão do ônus da prova – ganhou ainda maior relevância.

Utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de regras gerais sobre a responsabilidade civil dentro da Teoria Geral do Direito, para, afinando as análises histórico-evolutivas do instituto, explicar-se as diferenças entre a teoria da culpa e a teoria do risco e, ao final, abordar especificamente a teoria da culpa presumida e o *leading case* do Superior Tribunal de Justiça sobre ela e concluir pela adequação de tal teoria à hipótese.

1. PREMISSAS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios da civilização, a responsabilidade civil tinha seu principal fundamento na vingança coletiva, em que determinado grupo se unia contra o agressor visando à reparação por ofensa praticada contra um de seus membros por meio da exclusão ou do assassinio, sem regras ou limites, do transgressor.

Posteriormente, os agressores passaram a ser penalizados pela vingança privada, em que se punia a agressão com outra agressão, espontaneamente praticada com o objetivo de penalizar o ofensor. Não passava de direito à vingança, que, segundo José de Aguiar Dias, era “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.²

Noutras palavras, a pessoa lesada poderia fazer “justiça com as próprias mãos” e a forma de reparação ou de se “fazer justiça” era de sua livre escolha. Inexistiam regramentos que tutelassem penas ou punições, uma vez que a responsabilidade se baseava na mera aparência de nexos de causalidade entre a ação e o dano, não havendo necessidade de se comprovar a culpa do agressor.³

Pelo que se tem notícias, o dano e sua reparação foram inicialmente tratados pelos povos Sumérios, em tempos imemoráveis da civilização humana, no Código de Ur-Nammu (2040 a.C.), que contemplava, em seus dispositivos, alguns princípios inerentes à reparação dos danos por meio de penas pecuniárias.⁴ Com o declínio da Suméria e sua absorção pela Babilônia e pela Assíria, por volta do ano 2000 a.C., o Código de Ur-Nammu foi abandonado. Isso significou um retrocesso no tratamento

² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

³ *Ibidem*.

⁴ Descoberto em 1952 pelo assiriólogo Samuel Noah Kramer, na região onde hoje é o Iraque, tal Código trazia alguns dos princípios hoje utilizados na reparação dos danos morais, ao impor quantias que deveriam ser pagas por quem causasse algum tipo de lesão corporal a outrem. (SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65).

dado à questão da reparação de danos, eis que por volta de 1780 a.C. surgiu um novo aporte para a matéria, com o Código de Hamurabi.⁵

Outrossim, imposições semelhantes às de ambas as suprarreferidas normas eram adotadas pelo Código de Manava-Dharma-Sastra, também chamado de Código de Manu (século II a.C.), que é parte do compêndio de escritos bramânicos instituidores do sistema de castas na sociedade da Índia.⁶

A reparação do dano também esteve presente no Direito Romano, particularmente em seu ordenamento jurídico escrito, que estipulava normas que obrigavam o causador do dano a responder pelo ato praticado. Os romanos adotavam, como princípios basilares do Direito, a honestidade e o não lesar direito de outrem, sendo exemplo disso o que consta no Digesto de Justiniano: “Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o que é seu”.

Refletindo esta nova mentalidade, a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), instituída na Roma antiga, prescrevia algumas sanções particulares para determinados crimes, como nos danos causados por fato do animal, sem, contudo, abandonar completamente a lei de talião.⁷

Todavia, é apenas com a *Lex Aquilia* (286 a.C.) que se começa a esboçar um princípio geral que norteia a reparação do dano. Sua principal importância foi na elaboração da teoria da culpa aquiliana, também chamada de teoria extracontratual ou de culpa delitual, que tratava da reparação dos danos causados às coisas alheias, tanto que José de Aguiar Dias a definia como “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, [...] fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana”.⁸

⁵ Descoberto na cidade de Suza pelo arqueólogo Jacques Morgan, em uma expedição francesa à antiga Pérsia, o Código de Hamurabi foi o que primeiro instituiu a lei de talião, ou *lex talionis* no latim (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico), que era aplicada pela reciprocidade do crime e da pena, por simples retaliação, que consagrou-se na expressão “olho por olho, dente por dente” (SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 69).

⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 66.

⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 20.

⁸ *Idem*, p. 34.

Foi no princípio da culpa que os clássicos *Ulpianus* e *Gaius* embasaram suas primeiras premissas que traziam o vocábulo *culpa*. A importância desta lei, como se vê, reside na introdução do elemento subjetivo da culpa na análise da responsabilidade civil, sendo necessária a caracterização da *intenção* da pessoa que causa o dano à outra.

Forte nessas premissas, o Código de Napoleão, de 1804, foi o modelo da legislação moderna no tema da responsabilidade civil, sendo seus arts. 1.382 e 1.383 baseados nos ensinamentos dos doutrinadores *Domat* e *Pothier*, que desenvolveram o tema em seus caracteres e construíram a doutrina subjetiva.⁹

O Código, além de trazer o preceito básico da responsabilidade civil extracontratual, fundamentando-se na culpa efetivamente provada, sistematizou a teoria da culpa e a distinção entre culpa contratual e extracontratual.

2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E A TEORIA DA CULPA

A responsabilidade civil *subjetiva* se funda na teoria da culpa, que, em simples termos, foca na demonstração prática do elemento subjetivo motivador da prática de ato que gere danos a outrem, e a ulterior responsabilização do agente causador desse dano porque laborou de forma culposa.

A ideia de culpa parte sempre do pressuposto da violação de obrigação ou de dever preexistente, que passa a constituir o ato ilícito do qual a culpa é o substrato. Assim, em conceituação genérica, a culpa nada mais é que o “fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável”,¹⁰ e é composta de dois elementos

⁹ Na França do século XVII, o jurista Jean Domat foi pioneiro ao tratar da noção de culpa que se tornaria o principal pilar da teoria da responsabilidade civil francesa no Código de Napoleão, na tentativa de elaborar um sistema jurídico baseado em princípios morais, com aportes romanistas e jusnaturalistas. Por sua vez, Robert-Joseph Pothier, já no século XVIII, contribuiu imensamente para a construção do Código Civil francês, tendo pautado-se nos princípios da moral cristã para a elaboração de conceitos sobre o direito contratual e obrigacional.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 133.

essenciais: um objetivo, que encontra suas raízes na própria ilicitude ou antijuridicidade, e outro subjetivo, que se afigura no mau procedimento imputável ao agente.

Uma vez que ocorra a conduta eivada de culpa, pode ou não produzir um resultado danoso ao patrimônio de outrem. Para a responsabilidade civil, só interessam essas hipóteses em que há, efetivamente, um dano à esfera patrimonial da outra pessoa, eis que é neste momento que a conduta culposa nascerá sob a forma de ato ilícito.

Remontando ao Direito Romano, boa parte da doutrina nega que tenha sido a *Lex Aquilia* a pioneira no tratamento da noção de culpa como elemento constitutivo do delito, neste pólo se situando vários autores, com destaque para Emilio Betti e os irmãos Henri e León Mazeaud. De outro lado, alguns sustentam a imprescindibilidade da culpa como elemento inerente ao delito, e, repelindo a tese de que o famoso princípio *in lege Aquilia et levissima culpa venit* seja mera interpolação, estão os autores Girard e Rudolf von Jhering.¹¹

A despeito da controvérsia, é consenso que, no Direito Romano, não existia a noção de culpa como a vista nos dias atuais, sendo verdadeiro princípio geral ou fundamento da responsabilidade. Nesse sentido, é crucial que se delimite um conceito claro para a culpa, considerada em seu sentido mais amplo, que engloba o *dolo* e a *culpa em sentido estrito* (imprudência, negligência e imperícia), uma vez que nela reside a própria substância da teoria da responsabilidade subjetiva. Buscando um meio-termo entre o simplista e o complexo, René Savatier definiu culpa de modo bastante categórico:

A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.¹² (tradução nossa)

¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 136.

¹² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, n. 4, p. 5.

No Brasil, o Código Civil de 2002 previu expressamente, em seu art. 186, que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A exegese do dispositivo denota que a obrigação de indenizar existe em função de o agente ter procedido com culpa, por ação ou omissão voluntária, com negligência ou imprudência, merecendo, por isso, ver tal conduta censurada ou reprovada pelo Direito.

Tem-se em vista o *ato ilícito*, pouco importando a distinção deste mesmo ato em doloso ou culposo, embora tais elementos constem do dispositivo legal quando se fala em ação ou omissão voluntária (dolo) e negligência ou imprudência (culpa). Também não há filiação repetitiva à responsabilidade civil do Direito francês, uma vez que o legislador brasileiro não se baseou na *faute* dos europeus, tendo optado pela noção do ato ilícito.

Evidentemente, da culpa caracterizada no art. 186 como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, notadamente a imperícia, sendo que todas denotam falta de diligência, falta de prevenção e falta de cuidado.

A teoria da culpa, embora permaneça fortemente marcada no Direito, desde suas origens, apresenta um problema na errônea assimilação da noção de responsabilidade pela de culpa. Assim, surgiram a teoria do risco e as primeiras diretrizes da responsabilidade objetiva.

3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO

Como se viu, em matéria de responsabilidade civil, o novel Código Civil brasileiro se manteve fiel à teoria subjetiva, ao estabelecer, em seu art. 186, o dever de reparar o dano por aquele que laborou com culpa. No entanto, adotou, por exceção, a responsabilidade objetiva, insculpida no parágrafo único de seu art. 927, definindo a obrigação de reparação dos danos causados, independentemente da averiguação da culpa, por quem desempenhe atividade que, por natureza, gere riscos a outrem.

A teoria do risco nasceu para representar uma modalidade de visualização da responsabilidade sob um viés objetivo, “em que basta a simples causação (causalidade extrínseca), sem cogitação da intenção do agente”.¹³ Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade, que, por sua natureza, gere risco de dano para terceiros, deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Isso significa dizer que a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco.

Os franceses Raymond Saleilles e Étienne Louis Josserand foram os doutrinadores que mais se destacaram no estudo da teoria objetiva, cuja razão determinante de aceitação, tanto na França, quanto no restante do mundo ocidental, foi a consideração da responsabilidade desvinculada de culpa, assentando-se em contrário às disposições do próprio Código Napoleônico, que era totalmente partidário da teoria da culpa.

A necessidade de substituição deste sistema subjetivista foi fator determinante para a formação de nova concepção para a matéria: a teoria objetiva. Fernando Noronha traz excelente comentário sobre a ruptura do sistema subjetivo e ulterior adoção da teoria da responsabilidade objetiva:

A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não sempre era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, implicava, em contrapartida aos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva.¹⁴

Esta teoria não restou incólume de repúdios, contudo, tendo seus maiores críticos no Direito francês, em especial os irmãos Henri e

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria & prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 37.

León Mazeaud, que, com André Tunc, declaravam a insuficiência de todos os critérios propostos em substituição ao da culpa, por diagnosticarem que todos os partidários das teorias objetivas iniciam suas análises na negação da culpa, declarando sua total desnecessidade, o que seria um erro.

Neste ponto, os irmãos Mazeaud e Tunc seguem os ensinamentos de Planiol e Ripert, no tocante à inconsistência do método histórico, comentando sobre a utilização da *Lex Aquilia* como fundamento doutrinário da doutrina do risco: “Das regras formuladas por essa lei, fizeram os juristas surgir lentamente, graças a um longo trabalho de análise, que teria de recomeçar, se a ideia simplista do risco o desfizesse”.¹⁵

Este ponto é veementemente rejeitado por Aguiar Dias, que aponta o equívoco dos franceses, salientando que o que sempre se pôs em foco foi a insuficiência da culpa, e não sua total desnecessidade.¹⁶

A despeito de todas as críticas, a teoria objetiva definiu um novo extremo de aferição da responsabilidade civil, permitindo a imposição do dever reparatório, independentemente da averiguação da culpa. Isto, por um lado, ofereceu soluções mais adequadas a diversos conflitos sociais, mas, por outro, criou um impasse com outros cenários aos quais a teoria subjetiva se mostrava mais apropriada.

Para solucionar a questão, muitos autores buscaram delimitar uma gradação intermediária, que não desprezasse por completo a culpa na aferição da responsabilidade, mas que também não a elevasse ao patamar de elemento preponderante na atribuição do dever de reparar o dano.

4. O VIÉS INTERMEDIÁRIO: TEORIA DA CULPA PRESUMIDA

Sendo as teorias da culpa e do risco dois extremos diametralmente opostos no que diz respeito à averiguação do comportamento do agente causador do dano, surgiu a necessidade de se estabelecer um

¹⁵ PLANIOL, Marcel Ferdinand; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*, v. 2, n. 863, *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 85.

viés intermediário, um elemento transacional, entre os dois extremos, e foi daí que se elaborou a teoria da culpa presumida.

Para Eugênio Facchini Neto, é necessário afastar-se do princípio da culpa, avançando-se em direção a um modelo misto, que posicione, de um lado, a culpa e a teoria subjetiva, e, de outro, a responsabilidade objetiva, fundada no risco ou na ideia de garantia da suposta vítima.¹⁷

Seguindo este raciocínio, chegou-se à teoria da culpa presumida, exatamente como uma teoria medianeira entre as outras duas. Para Caio Mário da Silva Pereira, na teoria da culpa presumida, o elemento culpa não é excluído em absoluto do foco caracterizador da responsabilidade civil, contudo, deixa de ser considerado elemento etiológico fundamental da reparação civil.¹⁸

A teoria da culpa presumida foi inicialmente esboçada e fundamentada na doutrina e na jurisprudência francesas, por ocasião da interpretação dada às disposições do vetusto Código Civil francês de 1804, na parte que trata da responsabilidade civil, mais especificamente com relação ao art. 1.384, § 2º, que viabilizou novas conotações no que tange à responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos, posto que, em princípio, o lesado deveria provar a existência da culpa na conduta do filho para obter a reparação.

Caio Mário da Silva Pereira explica que, com a nova redação dada ao art. 1.384, § 2º, do Código Civil francês de 1804, doutrina e jurisprudência daquele país passaram a preconizar a inversão do ônus da prova, estabelecendo-se uma *presunção* na responsabilidade do agente (filho), cabendo aos pais provar a ausência de responsabilidade e até mesmo de culpa na conduta danosa do filho.¹⁹

No Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, não se adotou a culpa presumida na hipótese da responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores. Ao invés disso, para esta e outras hipóteses, o legislador optou por impor uma responsabilidade objetiva, conforme se infere dos arts. 932 e 933.

¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 1, p. 6, jan./mar. 2010.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 263.

¹⁹ *Ibidem*, 264.

Cogitou-se, em face disso, do completo esvaziamento da aplicabilidade da teoria da culpa presumida no Brasil, até que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, julgou o primeiro *leading case* em que restou definida a aplicação da teoria, enfrentando hipótese de responsabilidade civil do médico.

5. O *LEADING CASE* BRASILEIRO SOBRE O TEMA

Após muitos anos de indagações sobre a verdadeira pertinência da teoria da culpa presumida, o Superior Tribunal de Justiça a definiu no julgamento do Recurso Especial n. 236.708/MG, divulgado no Informativo n. 383 do STJ, no qual se questionava a objetivação da responsabilidade civil do médico pelos resultados de procedimento de cirurgia plástica.

É inegável que, entre cliente e médico, forma-se uma autêntica relação contratual quando do atendimento, de modo que, hoje, não restam mais dúvidas acerca da natureza contratual da responsabilidade médica. Contudo, sobre o tema, muito se indagou sobre a dicotomia entre ser a obrigação assumida pelo médico uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado, e o precedente sob análise cuidou de diferenciar o campo de aplicabilidade de cada hipótese, definindo que há dicotomia entre o procedimento reparatório e o procedimento embelezador.

Nessa linha, o disposto no art. 951 do Código Civil brasileiro, que trata das ofensas causadas por profissionais, no exercício de suas atividades, aparece como fundamento do caráter subjetivo desta responsabilidade.

A razão de o médico ter seu enquadramento na regra geral de que trata a lei civil, pressupondo a análise de culpa na aferição de eventual responsabilidade, parte do fato de ser ele um profissional liberal, que age de maneira livre e independente no mercado, disponibilizando seus conhecimentos sobre uma área do conhecimento. Assim, sendo um profissional liberal, responderia segundo a teoria da culpa por eventuais danos causados no desempenho de seu labor, sendo esta, inclusive, a regra do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Trazendo à lume diversos posicionamentos doutrinários, o Relator do acórdão, Juiz Federal convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Dr. Carlos Fernando Mathias, asseverou que

“[o STJ] é um Tribunal de precedentes e observa-se que esta Corte Superior de Justiça tem-se posicionado no sentido de que a natureza jurídica da relação estabelecida entre médico e paciente nas cirurgias plásticas meramente estéticas é de obrigação de resultados e não de meios [...]”²⁰. Escorou referida conclusão nos seguintes precedentes da Corte: REsp n. 326.014/RJ, REsp n. 81.101/PR e REsp n. 10.536/RJ.

O caso versava, portanto, sobre uma obrigação de resultado, o que poderia levar muitos a defender a aplicabilidade da teoria objetiva ao caso, mas o STJ entendeu que à hipótese seria aplicável, na verdade, a teoria da culpa presumida:

Impende esclarecer que, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não está o acórdão hostilizado, ora referendado pelas razões acima delineadas, criando espécie de responsabilidade objetiva do cirurgião plástico. O que ocorre, em verdade, é a mera inversão do ônus da prova.

Assim, 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.

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).²¹

Pela leitura das conclusões do eminente Relator, não remanescem dúvidas quanto ao acatamento da teoria da culpa presumida, cuja principal consequência é a adoção do mecanismo da inversão do ônus da prova.

6. CONCLUSÃO

A principal evidência contida no precedente jurisprudencial sobre o acatamento da teoria da culpa presumida é ênfase dada à

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 236.708/MG, Quarta Turma, Relator Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias, j. 10.02.2009, *DJe* 18.05.2009, RMP v. 35, p. 259.

²¹ *Ibidem*.

possibilidade de demonstração, por meio da contraprova, de que o dano noticiado não existiu, afastando-se a presunção da culpa.

No caso, não se questiona a possibilidade de que seja demonstrada a preponderância de alguma causa excludente da responsabilidade civil, como o caso fortuito ou força maior e o fato exclusivo da vítima, mencionados no acórdão, ou mesmo o fato de terceiro. Tais causas excluem o nexo de causalidade, desconectando o dano da ação ou omissão danosa.

A inversão do ônus da prova não se confunde com tais causas excludentes, uma vez que não diz respeito ao nexo de causalidade. Na realidade, impõe-se, por força de lei, uma presunção relativa de culpa ao ofensor (no caso, médico), no intuito de equilibrar uma relação jurídica naturalmente desigual do ponto de vista técnico. Noutras palavras, o médico, detentor do conhecimento técnico específico sobre os procedimentos da Medicina para o caso sob análise, tem muito mais condições de prever e prevenir as consequências indesejadas do procedimento praticado do que o paciente, e até mesmo de compreendê-las e explicá-las em um processo judicial no qual se averigua a causa de determinado dano.

Por esse motivo, sendo o paciente hipossuficiente, impõe-se em face do profissional da área médica a presunção de que, havendo o dano, houve atuação culposa por parte deste, daí a culpa presumida. Isto não significa dizer, contudo, que responderá de forma absoluta perante o paciente, pois poderá se defender alegando alguma das causas excludentes do dever de reparar o dano ou elidindo a culpa presumidamente imposta contra si.

A importância de se distinguir as causas excludentes do nexo de causalidade da inversão do ônus da prova é crucial, ainda, para que não se confunda a teoria da culpa presumida com a teoria do risco. Conforme se analisou, na responsabilidade objetiva, não se investiga culpa, mas o agente causador do dano tem para si, como matéria de defesa, a possibilidade de demonstrar a preponderância de alguma dessas causas.

Na culpa presumida, que se posiciona no limiar entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva, além de comprovar a preponderância das causas excludentes, é permitido ao ofensor adentrar-se à discussão de

culpa para, por meio da contraprova oriunda do ônus invertido, afastar o elemento culpa que lhe foi imposto por presunção relativa.

Dito isso, em conclusão, verifica-se que a teoria da culpa presumida realmente possui pertinência à hipótese abordada no acórdão e merece respaldo legal, eis que encontra-se em posição de sintonia com as teorias subjetiva e objetiva, situando-se como viés intermediário entre uma e outra.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: Teoria & prática*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. I.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

