

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

PATRÍCIA DOS SANTOS BICALHOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NAS CIRURGIAS
ESTÉTICAS**

CURITIBA 2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

PATRÍCIA DOS SANTOS BICALHOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NAS CIRURGIAS
ESTÉTICAS**

Monografia de conclusão do curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA 2010

Dedico este trabalho a minha família que nunca deixou de me apoiar e acreditar em meu sucesso.

RESUMO

A responsabilidade civil se configura como uma obrigação e existe na sociedade desde seus primórdios, evoluiu junto com a sociedade e recebeu uma classificação específica e abrangência para atender as necessidades atuais da sociedade. No cenário brasileiro, sofreu alterações significativas no decorrer do último século, devido às novas legislações que surgiram. Em conjunto com a responsabilidade civil, temos a medicina que é uma das profissões mais antigas existentes, na qual seus profissionais sempre tiveram a obrigação de curar e nos casos de insucesso sofriam a responsabilização por sua conduta. Destaca-se a sociedade evoluiu e com ela o Direito e a Medicina também evoluíram, mas estas duas ciências sempre caminharam juntas. O Direito regulamenta a responsabilidade civil do médico na relação médico-paciente, nos direitos e deveres assumidos entre as partes, nas situações de inadimplemento da obrigação e trata da classificação do tipo obrigação assumida. Mas na questão de responsabilidade médica abordamos um campo em que ainda não há um posicionamento unânime na doutrina e na jurisprudência, que é a responsabilidade civil do cirurgião plástico estético, a divergência se baseia no fato que muitos autores entendem que a responsabilidade neste caso advém de uma obrigação de resultado, mas outros autores consideram como uma obrigação de meio. Partindo desta discussão é avaliado a responsabilidade civil médica e em especial a do cirurgião plástico estético no cenário do Direito brasileiro e as formas de indenização quanto aos danos patrimoniais, morais e estéticos que o paciente possa vir a sofrer.

Palavras-chave: direito civil, responsabilidade civil médica, cirurgia plástica, obrigação de resultado, dano moral, dano estético, dever de indenizar

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

1) Introdução.....	01
2) Da Responsabilidade Civil	05
2.1) Do panorama histórico e aspectos gerais	05
2.2) Da Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	09
2.3) Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual	12
2.4) Obrigação de meio e obrigação de resultado	14
3) Da evolução histórica da legislação quanto a responsabilidade Civil.....	16
3.1) No Código Civil de 1916	16
3.2) Na Constituição Federal de 1988	17
3.3) No Código de defesa do Consumidor	18
3.4) No Código Civil de 2002	20
4) Da responsabilidade civil do médico.....	23
4.1) Da evolução histórica da responsabilidade médica	23
4.2) Da responsabilidade médica.....	26
4.3) Dos direitos e deveres na relação médico-paciente	28
5) Da responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas	35
5.1) Da responsabilidade do médico em cirurgias plásticas estéticas	35
5.2) Modalidades de danos: dano moral e dano estético.....	39
5.3) Do inadimplemento da obrigação	43
5.4) Dos excludentes da responsabilidade	46
6) O Posicionamento dos Tribunais	50
7) Conclusão	56
8) Bibliografia	58

1. Introdução

O trabalho aborda a responsabilidade civil médica, especificamente na área da cirurgia plástica, uma especialidade que na atualidade é uma das mais demandadas judicialmente, na qual, cada vez mais os profissionais atuantes têm sofrido o peso das indenizações concedidas pelo judiciário aos pacientes lesados.

O estudo é iniciado a partir de um levantamento histórico sobre os parâmetros da responsabilidade civil e sobre a responsabilidade médica, analisando suas características e evoluções dentro do direito brasileiro de forma abrangente, porém de forma mais específica no campo da cirurgia plástica estética.

São discutidas as questões de ética médica, os direitos e deveres do paciente, as fontes e parâmetros para avaliar a responsabilidade civil médica e o dever de indenizar. Também são abordados os institutos entre a relação médico-paciente como a configuração da relação contratual e extracontratual, a obrigação assumida e sua caracterização como uma obrigação de meio e de resultado, abrangendo também os pressupostos geradores da obrigação de indenizar na responsabilidade objetiva e subjetiva e as condições excludentes de responsabilidade.

Partindo do dever de indenizar, diferencia-se a obrigação nascida de uma cirurgia plástica estética e de uma cirurgia plástica reparadora e analisamos as nuances do dano moral e do dano estético decorrentes da responsabilidade civil médica do cirurgião plástico.

A primeira análise efetuada é a noção de responsabilidade civil, estudando o sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação. Em sentido jurídico se define no dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico.¹ A responsabilidade civil é utilizada como forma de sanção, tem a finalidade de atingir o patrimônio e não a liberdade de quem é sancionado, sendo um instrumento empregado em nossa sociedade como forma de reparar monetariamente o dano sofrido pela vítima e inibir novas condutas ilícitas do causador do dano.²

A responsabilidade civil também abrange os médicos que são profissionais liberais e, como qualquer outro prestador de serviço, tem com o paciente uma

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. p.02

² BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil dos Danos Morais.p.25-28

relação contratual, a qual pode ser verbal ou escrita. Desta forma, o médico tem como dever fornecer ao paciente todas as informações necessárias sobre os procedimentos aos quais ele será submetido, os eventuais riscos decorrentes durante o tratamento e, além de informar, deve também aconselhar, assistir ao paciente e ter prudência no exercício de sua profissão.³

Este entendimento majoritário sobre a responsabilidade civil médica é verificado em acórdão muito bem fundamentado publicado na RT 694/84, no qual o desembargador Sousa Lima do Tribunal de Justiça de São Paulo diz que:

"(...) A responsabilidade civil do médico não é idêntica à dos outros profissionais, já que a sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita à cirurgia plástica. Se isso é assim não é porque o médico deva ser considerado um privilegiado em relação aos outros profissionais, mas porque lida ele com a vida e a saúde humanas, que são ditadas por conceitos não exatos, alguns até mesmo não explicados pela Ciência. Nestes termos, cabe ao médico tratar o doente com zelo e diligência, com todos os recursos de sua profissão para curar o mal, mas sem se obrigar a fazê-lo, de tal modo que o resultado final não pode ser cobrado, ou exigido."⁴

A relação médico-paciente é considerada uma relação de consumo, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Nas relações de consumo é atribuída a responsabilidade objetiva ao fornecedor, porém no caso de serviços prestados por profissionais liberais, como é o caso dos médicos, a responsabilidade atribuída é a subjetiva, na qual é necessário provar que o agente causador agiu com culpa, ou seja, é necessário provar que houve uma ação de imprudência, imperícia ou negligência do médico para que este seja responsabilizado a indenizar o paciente.

Quanto à responsabilidade civil na área de cirurgia plástica estética, verifica-se que nossa pátria está entre os países que mais realizam cirurgias plásticas com objetivos puramente estéticos, e por isto é necessário a existência de respaldo jurídico para as situações que gerarem danos ao consumidor. O Direito busca atender às inúmeras expectativas frustradas devido à impossibilidade de se atingir o objetivo esperado, mas também existe para impor limites àqueles que, a qualquer

³ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade Civil e Penal do Médico. p,19-20.

⁴ TJSP - 7a C. - AP. - Rel. Sousa Lima – DJ: 11.11.92 - JTJ - LEX 142/117

custo, querem ser indenizados por um resultado que somente nos sonhos seria possível.

Embora grande parte dos juristas brasileiros entenda que a obrigação do médico seja de resultado na cirurgia estética, há estudiosos que divergem desta posição, pois entendem que a ciência médica envolve vários fatores além da ação do médico, que é o caso, por exemplo, do comportamento da pele humana e a reação do paciente que são características sempre individuais e de fundamental importância no resultado final da cirurgia plástica, condições estas que são imprevisíveis em inúmeros casos⁵. Assim, parte minoritária da doutrina e jurisprudência entende a responsabilidade civil do cirurgião plástico como uma obrigação de meio, opinião que é adotada pelo Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Junior, conforme escreveu em artigo publicado na RT 718/33:

"O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.⁶

O posicionamento dominante da doutrina demonstra que a responsabilidade do cirurgião plástico deve ser entendida como uma obrigação de resultado, conforme conteúdo do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação, p.35-47

⁶ AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 718, agosto/1995.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA – DESPESAS MÉDICAS – DANO MORAL – REDUÇÃO DO JULGADO– Responsabilidade civil. Cirurgia estética. Danos sofridos pela paciente. Sendo a cirurgia estética uma obrigação de resultado, responde o cirurgião pelos danos causados à paciente, ainda que a intervenção possa não ter sido a única causa desses danos, mas, que de qualquer forma, contribuiu para o resultado danoso. Apelos providos parcialmente.”⁷

É importante destacar que classificação quanto à responsabilidade advinda de uma obrigação de meio ou de obrigação de resultado para as cirurgias plásticas estéticas, embora seja possível encontrar um posicionamento dominante na doutrina, ainda não é uma questão pacífica para o Direito.

Desta forma, este trabalho de monografia que é requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, tem por objetivo discutir a responsabilidade civil médica, em especial a dos cirurgiões plásticos estéticos, diferenciando as cirurgias plásticas estéticas das cirurgias plásticas reparadoras e avaliando ambas e com o viés de discutir a caracterização como uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado.

⁷ TJRJ – AC 7063/96 – (Reg. 100697) – Cód. 96.001.07063 – 9ª C.Cív. – Rel.Des. Nílson de Castro Dião – J. 04.12.1996

2. Da Responsabilidade Civil

2.1) Do panorama histórico e aspectos gerais

A palavra responsabilidade tem origem do latim, “*re-pondere*”, que consiste nas idéias de segurança, de garantia da restituição ou de reparação. Desta forma, pode-se entender que a responsabilidade é o dever de assumir perante a esfera pública as conseqüências dos danos gerados por atos próprios ou de terceiros.⁸

A responsabilidade civil já existia nas primeiras formas organizadas de sociedade, pois é certo que o homem sempre zelou por aquilo que é seu.

Nos tempos chamados de primitivos, verifica-se que a primeira forma usada para reparar o dano não contempla o Direito, pois era baseada apenas na utilização da vingança privada, com a retribuição do mal sofrido. Posteriormente, com o surgimento do Direito Romano, passa a ser utilizado à regra jurídica de Talião. Neste período o poder público passa a intervir nas relações privadas, permitindo ou coibindo que a vítima faça uso do direito de retaliação contra seu ofensor.⁹

O próximo estágio da sociedade romana ocorre às chamadas composições. A primeira que surgiu foi à composição voluntária, esta acontecia a critério da vítima, que escolhia receber do seu agressor um ‘resgate’ (soma em dinheiro) ou a entrega de um objeto. Após surge a composição tarifada com a Lei das XII Tábuas, que dispunha o valor de cada pena para o caso concreto.¹⁰

Porém o ápice da responsabilidade acontece com a *Lex Aquilia*, no século III a.C, esta lei se baseava na culpa do agente e era dividida em três capítulos: o primeiro regulava os casos de morte de escravos ou animais, o segundo dispunha sobre os prejuízos sofridos pelo credor, denominando danos específicos, e por fim o terceiro era mais amplo e tratava das lesões de escravos ou animais e das coisas corpóreas que fossem deterioradas ou destruídas. A grande característica desta lei estava na substituição das multas fixas por uma pena que fosse proporcional ao dano causado.¹¹

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. p 07-09

⁹ DIAS, Jose Aguiar. Da Responsabilidade Civil. p.26

¹⁰ PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p 02-03

¹¹ DIAS, J. A. Ob. cit., p.28-29

Admitindo um salto histórico, podemos observar que a culpa era um componente básico da responsabilidade civil *Aquilliana* e foi incorporada a responsabilidade civil moderna com o Código Civil Napoleônico, legislação esta que influenciou vários países, inclusive o nosso Código Civil de 1916. Mas como a teoria clássica da culpa não conseguia atender a todas as necessidades da sociedade, o próprio sistema e a jurisprudência passaram a criar novas soluções, até chegarmos à teoria de responsabilidade objetiva da qual dispomos atualmente.

Para que exista a responsabilidade civil é indispensável à configuração de pressupostos de existência, porém a doutrina diverge quanto ao número de pressupostos existentes.

Parte majoritária da doutrina, como José Aguiar Dias¹², Silvio Rodrigues¹³ e Gustavo Tepedino¹⁴, por exemplo, descrevem a necessidade de quatro pressupostos de existência da responsabilidade civil para que exista o dever de indenizar. Estes pressupostos são a ação ou omissão voluntária do agente causador, o dano sofrido pela vítima, a questão da culpa do agente e finalmente, a relação de causalidade entre o dano e ação ou omissão do autor.

Na corrente minoritária, outros autores, como Sergio Cavalieri Filho¹⁵, por exemplo, entendem que há apenas de três elementos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil, excluindo a culpa dentre os quatro citados anteriormente, pois entende que a culpa já está inserida dentro da ação do agente.

Partindo da classificação da doutrina majoritária, analisaremos os quatro pressupostos essenciais para caracterizar a responsabilidade civil:

a) Ação ou omissão do agente: este pressuposto é verificado através da exteriorização da conduta do agente e se baseia na atividade humana voluntária, ou seja, guiada pela vontade própria. Esta conduta pode ser caracterizada por uma ação, que é o caso de um comportamento corpóreo ativo do agente que é chamado de conduta positiva. A omissão, ao contrário, se caracteriza pela inatividade e acontece quando o agente se omite de executar uma ação que deveria fazer, é o caso de uma abstenção, ou ainda a não prática de uma ação devida que é descrita como uma conduta negativa. Porém é indiferente se a conduta seja positiva ou

¹² DIAS, J. A. Ob. Cit., p.131-132

¹³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – V. 4 Responsabilidade Civil. p.14

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Tomo II, p.63

¹⁵ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.18

negativa o relevante para a responsabilidade civil é que esta conduta seja voluntária, que envolva a infração de um dever legal, contratual ou moral e gere dano ou prejuízo a vítima.¹⁶

b) Dano ou prejuízo: ele pode ser definido como uma lesão a um interesse jurídico tutelado, que foi causado por ação ou omissão do sujeito infrator. É importante ressaltar que sem o dano, não há configuração da responsabilidade civil. O dano sempre deverá ser atual, efetivo, realizado e consumado, pois se não existir o dano, não há o que ser reparado, pois o dano hipotético baseado no receio de prejuízo, possível e incerto não enseja indenização.¹⁷

A doutrina e a jurisprudência classificam o dano em três espécies distintas:

Dano material, ou também chamado de patrimonial, é aquele que atinge o conjunto de bens do indivíduo, que se traduz em prejuízo econômico a vítima,¹⁸ por exemplo, uma pessoa paga certa quantia em dinheiro por um serviço e este não é executado pelo profissional contratado.

Dano moral trata dos sofrimentos que não são causados por uma perda pecuniária, mas sim do sofrimento que causa a vítima sentimentos de dor, sofrimento, vergonha, desconforto, humilhação, enfim, lhe causam uma dor interna, constituída na consciência do indivíduo.¹⁹

Dano estético é aquele que está voltado para fora, que vulnera o corpo do indivíduo, é a lesão que atinge e desfigura sua plástica e sua beleza física. Como o conceito de beleza é muito subjetivo, para verificar se realmente se a pessoa realmente sofreu dano estético é necessário comparar a modificação da imagem de em relação ao que era antes.²⁰

c) Culpa: quanto ao pressuposto da culpa é importante ressaltar que o nosso Código Civil admite a existência de responsabilidade civil, indiferente da existência ou não da culpa do agente causador. Preceitua o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.” Desta forma, de acordo com a nossa legislação, a culpa embora seja importante na configuração da responsabilidade, não pode ser considerada como elemento essencial para imputação da responsabilidade civil.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.24

¹⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. O Dano Estético: Responsabilidade Civil. p.22

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil dos Danos Morais.p.38

¹⁹ BITTAR, C. A. Idem, p.39-41

²⁰ LOPEZ, T. A. Ob. cit., p.30 e 44-45

Sergio Cavaleiri Filho ensina que a caracterização da culpa é uma tarefa que importa grande dificuldade. Tem por essência uma ação decorrente do descumprimento de normas de dever de cuidado impostas pelo Direito, as quais o agente deveria conhecer e observar, mas que se descumpridas produzem um evento danoso que embora involuntário, era previsto ou previsível.²¹

É importante destacar que o agente que comete um ato culposo não tem intenção de causar dano ou prejuízo à vítima, e por isto a concepção tradicional costuma dividir a culpa em três graus distintos para auferir a indenização correspondente a vítima. A culpa é considerada grave quando decorre de um comportamento imprudente ou de um ato grosseiro de negligência efetuado pelo agente causador que não prevê o resultado final, o qual era previsível a qualquer homem comum. A classificação da culpa como leve ocorre quando a lesão puder ser evitada a partir da adoção da prudência normal ao homem comum. E será a culpa levíssima quando a ação só pudesse ser evitada se o agente agisse com extrema cautela, extraordinária ao homem comum.²²

d) Nexo de causalidade: esse pressuposto está baseado na existência do vínculo de causa e efeito, que existe entre conduta culposa do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima²³. Porém se houver o dano, mas se a sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, também, a obrigação de indenizar, pois o nexos de causalidade é o fator determinante para se atribuir efeito a certa causa ou a um conjunto de causas resultantes do dano ou prejuízo causado a vítima.²⁴

É importante ressaltar que no direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, ou seja, objetiva ou subjetiva é necessário que seja demonstrado o nexos causal entre a conduta do médico e o dano sofrido, este ônus em geral é de quem alega o dano, salvo as hipóteses de inversão do ônus da prova, que são exceções previstas em lei.²⁵

A responsabilidade jurídica tem função essencial de fazer prevalecer à ordem, assegurar a liberdade individual e a harmonia nas relações entre os indivíduos, sendo o Direito um instrumento de pacificação criado pelos homens, para

²¹ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.32-34

²² RODRIGUES, S. Ob. cit., p.148

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano Moral. p. 80.

²⁴ SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnostico, p. 81.

²⁵ TEPEDINO, G. Ob. cit., p. 88-89

que estes possam viver em sociedade. A sanção civil é o meio indireto utilizado para devolver o equilíbrio às relações privadas, devendo o juiz de forma ética valorar a gravidade do dano e também considerar a situação patrimonial das partes, para que a indenização não ultrapasse a capacidade econômica do agente e para que não se transforme em causa de enriquecimento ilícito da vítima.²⁶

2.2) Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade tem várias nuances de qualificação, e pode ser classificada quanto ao seu agente causador, ou seja, se a responsabilidade pelo fato deriva de ato próprio, denomina-se responsabilidade direta, mas se esta decorrer de ato praticado por terceiro que de algum modo está sob vigilância ou tutela, configura-se então a responsabilidade indireta.

Outra classificação quanto à responsabilidade está em seu fundamento, a qual avalia se o agente tem sobre o fato uma responsabilidade subjetiva, decorrente de culpa, ou se o agente tem responsabilidade objetiva, devido a uma situação de risco assumido.

Inicialmente a responsabilidade civil fundou-se na doutrina da culpa, e assim foi adotada pelo nosso Código Civil de 1916. No entanto, como ressalta Geneviève Vilney²⁷, diversas transformações da sociedade contemporânea contribuíram para a evolução desse ramo do direito.

O Direito Civil brasileiro estabelece como regra, que o princípio geral da responsabilidade civil nasce a partir da constatação da culpa do agente. A responsabilização é regulada por duas teorias: a teoria da responsabilidade subjetiva, também conhecida como teoria da culpa, e a teoria da responsabilidade objetiva.²⁸

a) Teoria da Responsabilidade Subjetiva: nessa teoria deve ser examinado, como ponto central, o ato ilícito e a culpa do agente. Aqui a culpa pode ser verificada segundo dois aspectos:

a.1) Culpa *lato sensu*: a qual tem um sentido amplo, pois abrange toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de

²⁶ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p. 40-41.

²⁷ VILNEY, Geneviève. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil, p.42

²⁸ SOUZA, N. T. C. Ob. cit., p. 47-48.

dolo, ou não intencional como na culpa. Porém em ambos os comportamentos, verifica-se uma conduta voluntária do agente, com a diferença que no caso do dolo a conduta já nasce ilícita, sendo caracterizada quando o agente age desejando o resultado lesivo com a finalidade de praticar o dano a outrem, ou quando aceita o risco que o dano ocorra. Ao contrário da culpa que nasce de uma conduta lícita e posteriormente torna-se ilícita na medida em que o agente embora deseje a ação, não procurava gerar o dano, este é gerado por um desvio accidental de sua conduta²⁹.

a.2) Culpa *stricto sensu*: a qual ocorre em três casos específicos, quando o agente age com negligência, imperícia ou imprudência.³⁰

I) Negligência: é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva. No caso de um médico, a negligência se caracteriza por uma conduta passiva, ocasionada por atos de abandono ao paciente, pela omissão de tratamento e de avaliação no acompanhamento do quadro médico e da evolução do estado do paciente. É também verificada pelo comportamento do médico de forma indolente, se mantendo inerte ou passivo sem prestar a devida assistência que o paciente necessita. É possível resumir a negligência na falta de cumprimento de um dever, por não desempenhar a conduta devida que a situação exigia.³¹

II) Imperícia: ela decorre da falta de habilidade no exercício de uma atividade técnica na qual, em regra, se exige maior cuidado ou cautela do agente. Ocorre, por exemplo, nos casos em que o médico não observa as normas e não prevê as consequências que podem ocasionar o procedimento adotado, ou que possui deficiência de habilidade ou de conhecimentos técnicos para desempenhar determinado ofício, tendo como consequência que o resultado pretendido não é alcançado por um erro ou uma desatenção do médico.³² Em síntese, o médico que não tem conhecimento sobre certa questão não é considerado imperito, mas sim aquele que não sabe aquilo que um médico, ordinariamente, deveria saber.

III) Imprudência: é caracterizada pela conduta ativa do agente ao enfrentar o perigo de uma situação, sem tomar os devidos cuidados que a circunstância do caso necessita, agindo de forma precipitada e sem cautela.³³ Em resumo, pode-se dizer

²⁹ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p. 30-31

³⁰ SCHAEFER, F. Ob. cit., p.25-26

³¹ GIOSTRI, H.T. Ob. cit., p.164

³² GIOSTRI, H.T. Idem, p.163

³³ GIOSTRI, H.T. Idem, Ibidem

que na medicina “a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua função”.³⁴

A corrente subjetivista considera que a pessoa lesada deve comprovar a ação ou a omissão que desencadeou o dano. A lesão sofrida pode consistir na violação ou na inobservância, intencional ou não, de um dever que estava disposto em contrato ou por força da lei. A vítima tem a necessidade de demonstrar que houve culpa do agente no ato causador do dano, condição esta que em muitos casos se transformava em um grande problema no caso concreto.

b) Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva: essa teoria surge trazendo um posicionamento diverso da teoria subjetiva.³⁵ Essa vertente de responsabilidade foi desenvolvida devido à necessidade que sentiam os juristas da existência de um novo elemento, que pudesse proporcionar uma cobertura mais ampla nas questões referentes às reparações de danos.

Pela visão da doutrina objetiva, ao invés de determinar que a responsabilidade civil derive dos elementos tradicionais que são a culpa, o dolo, vínculo de causalidade e o agente causador, ela se resume em apenas verificar a ocorrência e a autoria do fato e se dele derivou o prejuízo, ou seja, se há o nexo de causalidade, para então conceder a vítima o direito de ser indenizado pelo agente causador, não há necessidade de imputar ou investigar a antijuricidade do fato danoso.³⁶

A responsabilidade objetiva se fundamenta no risco assumido pelo agente, atribuindo a este a responsabilidade de reparar o dano sem a necessidade de comprovar a existência de culpa, nesta teoria a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano tem pouca relevância, o importante é que exista nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a ação do agente.³⁷ A imputação da responsabilidade objetiva ocorre nas atividades que possuem riscos inerentes, pois as pessoas que se põem a desenvolvê-las estão submetendo terceiros a estes riscos, e por isto têm o dever de indenizar no caso de danos decorrentes de tal atividade, independentemente da intenção de provocar prejuízo a alguém.³⁸

³⁴ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.96.

³⁵ Pois no Brasil a responsabilidade objetiva não era conhecida no Código Civil de 1916

³⁶ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. p.151

³⁷ RODRIGUES, S. Ob. cit., p.14

³⁸ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p. 162-163

A culpa pode ser distinguida a partir de duas teorias:

a) Teoria da Culpa: ou também chamada de teoria clássica da culpa, se baseia na culpa como fundamento essencial para gerar o dever de reparar o dano. Nesta teoria a vítima tem o ônus da prova, ela deve provar o nexo de causalidade do dano e a culpa do agente causador para que surja a obrigação de reparar.³⁹

b) Teoria do Risco: na qual se baseia a responsabilidade civil objetiva, nesta teoria a questão da culpa é irrelevante para a fixação do dever de indenizar, ou seja, não há necessidade de provar a conduta culposa do agente, basta caracterizar o dano sofrido resultante da ideia do risco. Neste caso, o risco se baseia na ideia de perigo, na probabilidade de dano decorrente de uma atividade perigosa.⁴⁰ Em suma, na teoria do risco “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”.⁴¹

Podemos, então, sintetizar que a responsabilidade civil tem como significado a contraprestação e como objetivo fazer com que aquele que provocou o dano a outrem seja obrigado a reparar o prejuízo, cumprindo assim sua função essencialmente indenizatória.

2.3) Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Por fim apresentamos uma terceira espécie de enquadramento e análise da responsabilidade civil, que se baseia no fato gerador, e se divide em responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Embora o Código Civil utilize a culpa como fundamento genérico de ambas, há o cuidado de distingui-las em seu texto, como é possível verificar a responsabilidade contratual no artigo 389⁴² e a responsabilidade extracontratual no artigo 186.⁴³ Em síntese não importa de qual situação tenha decorrido, a base é a culpa e a distinção reside na sede desse dever de acordo com a qualidade da violação. O relevante é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação

³⁹ SCHAEFER, F. Ob. cit., p. 25-26

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p. 136

⁴¹ CAVALIERI FILHO, S. Idem, Ibidem.

⁴² CC, Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁴³ CC, Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

preexistente ou não, mas pouco importa saber se a culpa pelo ato danoso está nos limites do contrato ou não, pois quem provoca o prejuízo deve indenizar.⁴⁴

A responsabilidade contratual provém de um negócio jurídico que se funda na autonomia da vontade das partes envolvidas, pressupondo que elas tenham capacidade de contratar, e que o objeto deste contrato seja lícito e atenda a forma prescrita em lei, conforme estabelece o artigo 104 do Código Civil,⁴⁵ gerando a partir do contrato firmado uma co-obrigação mútua entre as partes. Existindo um contrato entre as partes, a responsabilidade estará baseada em um dever de resultado, uma vez que o objeto deste contrato não for cumprido será configurado como uma violação a uma obrigação que incidirá em responsabilidade civil para a parte que não cumprir o contrato.⁴⁶

A responsabilidade contratual se funda pelo descumprimento da obrigação contratada, conforme disposto no artigo 389 do Código Civil, e o dever de indenizar é apenas a consequência desse inadimplemento.⁴⁷

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como *Aquilliana*, ocorre quando há lesão a um direito sem que as partes disponham de qualquer relação jurídica, pois esta modalidade de responsabilidade não se funda na autonomia da vontade das partes, mas sim em uma imposição de ordem social que independe de capacidade das partes, sendo regida pela lei do local onde se pratica o ato danoso.⁴⁸ Devido à inexistência de vínculo anteriormente instituído entre as partes em uma obrigação contratual ou obrigacional, a vítima tem ônus de provar a culpa do agente, exceto se a obrigação se pautar na teoria do risco.⁴⁹

Em síntese, é possível dizer que a responsabilidade extracontratual surge a partir do dever de indenizar devido a lesão gerada a um direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica. A responsabilidade extracontratual nasce se o dever jurídico que foi violado não estiver previsto em um contrato, mas decorra de previsão legal ou na ordem jurídica.⁵⁰

⁴⁴ DIAS, J. A. Ob. cit., p.153.

⁴⁵ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁴⁶ SOUZA, Marcos Valério Guimarães de. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.15

⁴⁸ IPPÓLITO, Rita Marasco. Culpa e Risco: Fundamentos ou Critérios de Responsabilização?

⁴⁹ SOUZA, M. V. G. de. Ob. cit.,

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.15-16

A responsabilidade médica pode se enquadrar dentro destas duas espécies de responsabilidade, excepcionalmente será uma responsabilidade extracontratual quando um paciente desmaia na rua e é atendido em caráter de emergência por um médico plantonista. Mas nos casos em que o paciente procura um atendimento médico, ele está contratando os serviços e conhecimentos técnicos de um profissional, este é um ato decorrente da autonomia da vontade de ambas as partes e, por isto, considerado como uma relação de obrigação contratual.⁵¹

2.4) Obrigação de meio e de resultado

Para melhor análise dos efeitos dos contratos costuma-se classificá-los como contratos com obrigação de meio e contratos com obrigação de resultado. Essa classificação visa auxiliar a verificação dos requisitos necessários para o adimplemento ou inadimplemento da obrigação contraída.

Em um contrato com base na obrigação de meio, o devedor terá a imposição contratual de realizar certa atividade, mas não tem o compromisso de atingir determinado resultado final. O contrato terá como objeto bem delimitado apenas a atividade desempenhada, e o devedor, por sua vez, têm tão somente a obrigação de empenhar-se na busca do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com prudência, perícia e técnica característica de sua função. Porém, caso ocorra frustração do objetivo final do negócio jurídico o devedor não será considerado inadimplente de sua obrigação contratual e não terá o dever de indenizar. Este princípio, em geral, é usado em contratos de prestação de serviços, conforme ensina Humberto Theodoro Junior.⁵²

É importante ressaltar que o Direito só admite a responsabilidade de meio para a área das ciências humanas e biológicas, pois ambas tem como característica serem ciências inexatas. Embora a lei não faça distinção expressa sobre responsabilidade de meio e de resultado, o posicionamento da obrigação de meio para a prestação de serviços dos profissionais liberais advêm da construção da jurisprudência e da doutrina jurídica.

⁵¹ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p. 70.

⁵² THEODORO JUNIOR, H. Idem, p. 69

Na obrigação de resultado, “o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não-consecução importa em descumprimento de contrato”⁵³. Este fim determinado é a prestação contratual que se não atingida gera o inadimplemento da obrigação e o dever de indenizar, e “neste caso presume-se a sua responsabilidade civil pelo dano, a menos que demonstre a inexistência do nexo de causalidade ou, ainda, comprove a existência de alguma excludente de culpa”.⁵⁴

Para o profissional liberal, conforme já explicado, a responsabilidade civil é subjetiva e será configurada com base na existência do dano, na prova da culpa do agente (que tenha agido com imprudência, imperícia ou negligência) e na existência do nexo causal da ação do devedor da obrigação com o resultado gerado. O devedor como excludente de sua responsabilidade, deverá demonstrar ausência de culpa ou a existência de ruptura do nexo de causalidade, podendo alegar, inclusive, que houve culpa de terceiros, culpa da própria vítima ou ainda que se trate de um caso fortuito ou de força maior.⁵⁵

Em se tratando de responsabilidade civil médica, podemos resumir as obrigações de meio e de resultado a partir do ensinamento de Miguel Kfoury Neto:

“Na obrigação de meio o credor (o paciente) deve procurar provar que o devedor (o médico) não teve o grau de diligência dele exigível; ao contrário, na obrigação de resultado, essa prova incumbe ao médico, visto recair sobre ele a presunção de culpa, que poderá ser elidida, mediante demonstração da existência de causa diversa”⁵⁶

Este entendimento também é compartilhado por Sérgio Cavalieri Filho que diz que a responsabilidade médica, embora tenha natureza contratual, é subjetiva e deve ter a culpa provada. Ela não decorre simplesmente do insucesso no diagnóstico ou no tratamento de natureza clínica ou cirúrgica, é necessário que a vítima prove que o resultado danoso do tratamento ocorreu devido à ação de imprudência, imperícia ou negligente do médico.⁵⁷

⁵³ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p. 69.

⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. p. 80.

⁵⁵ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da Prova. p.34-35.

⁵⁶ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.161.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.36

3. Evolução histórica da legislação quanto à responsabilidade civil

3.1) No Código Civil de 1916 (Lei Nº 3.071, de 01/01/1916)

No Código Civil revogado, o sistema de responsabilidade civil era fundado na prática de ato ilícito, conforme explica Maria Celina Bondin de Moraes. Segundo a autora, havia no código uma cláusula geral e, nela, um elemento 'nuclear' identificado pela culpa *lato sensu*.⁵⁸ O artigo 159⁵⁹ do Código Civil de 1916 definia que para surgir o dever de indenizar era necessário demonstrar a culpa.

Nosso Código Civil do início do século XX espelhava a sociedade rural existente no Brasil, e os danos advindos da jovem economia de massa ainda não eram uma preocupação latente, neste período a matéria da responsabilidade civil ainda não havia atingido a maturidade teórica e jurisprudencial.⁶⁰

Podemos verificar que no Código Civil Brasileiro de 1916, o legislador preferiu adotar a noção do ato ilícito. Sua definição pode ser articulada por meio dos artigos 159 e 160⁶¹ do Código. Constatamos que o texto da época desprezou a distinção entre delitos e quase-delitos e se omitiu no sentido de definir culpa. Ficando, desta forma, apenas a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita⁶².

Observamos que o Código Civil de 1916 mostrava-se antiquado no tocante da responsabilidade civil. Houve uma tentativa de atualização quanto ao direito das reparações com o projeto do Código das Obrigações no qual predominou o conceito de culpa, porém a responsabilidade civil continuava sendo tratada tanto na parte

⁵⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas, p. 847-848.

⁵⁹ Art. 159. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

⁶⁰ IPPÓLITO, R. M. Ob. cit.

⁶¹ Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

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

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520).

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁶² IPPÓLITO, R. M. Ob. cit.

geral quanto na parte especial do Código, sem uma grande alteração em sua estrutura.⁶³

Mas enquanto a legislação do Código Civil de 1916 era carente no campo do direito de reparação e não conseguia atender as demandas que chegavam ao judiciário, desta forma a jurisprudência em certas oportunidades se antecipou utilizando fórmulas próprias para a liquidação dos danos provocados por fatos ilícitos, tentando suprir as situações que não eram contempladas pelo Código.⁶⁴

Vale salientar que, modernamente, o conceito de dolo alargou-se, convergindo à doutrina no sentido de caracterizá-lo na conduta antijurídica, sem que o agente tenha o propósito de prejudicar, basta saber que está ofendendo a lei. Estas inovações aconteceram decorrentes as legislações posteriores como a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor,⁶⁵ os quais serão abordados nos próximos tópicos.

3.2) Na Constituição Federal de 1988

Com o advento da Carta Magna, o legislador efetuou uma reconstrução da dogmática jurídica incluindo princípios como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o qual teve grande influência sobre o Direito Civil e efeitos no tocante da responsabilidade.

Antes da Constituição de 1988, a reparação de dano moral era admitida pela jurisprudência, desde que não houvesse cumulação de danos morais e materiais. Porém a partir da visão constitucional que resguarda o direito do indivíduo ao ressarcimento de danos morais, conforme verificamos no artigo 5º, incisos V e X⁶⁶, a responsabilidade civil foi tornando-se mais abrangente. É inegável que o texto

⁶³ DIAS, J. A.. Ob. cit.. p.35-37

⁶⁴ BITTAR, C. A. Ob. cit., p.105

⁶⁵ BITTAR, C. A. Idem, p.79

⁶⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

constitucional exerceu grande influência nas decisões advindas dos tribunais, visto que estas decisões eram desprovidas de uma disposição legal própria que incluíssem a satisfação dos danos morais.⁶⁷

Assim a reparação de danos na esfera civil passou a incluir os planos do patrimônio e da esfera da personalidade da vítima,⁶⁸ tema que foi posteriormente transformado na Súmula 37 do STJ:

Súmula 37 - STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. (12/03/1992 - DJ 17.03.1992)

Podemos constatar que a Constituição de 1988 sufragou a tese da reparabilidade dos danos morais, ao incluir em seu texto matérias importantes como os direitos básicos da personalidade (art. 5º, *caput*) e instituir como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1º, inc. III), constituindo assim um direito escrito e não apenas jurisprudencial e doutrinário,⁶⁹ garantindo o direito à reparação dos danos sofridos, condição apoiada com o advento de novas leis como o Código Civil de 2002.

3.3) No Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078, DE 11/09/1990)

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no inciso XXXII do artigo 5º, o compromisso do Estado em promover a defesa do consumidor. Para tanto, foi editado em 11.09.1990 o Código de Defesa do Consumidor, que por ser uma lei específica, surge com a finalidade de eliminar as desigualdades criadas nas relações de consumo, através de uma nova postura jurídica.

A orientação legislativa do Código de Defesa do Consumidor provocou uma verdadeira revolução no conceito de responsabilidade civil, advinda com uma nova área chamada de responsabilidade civil nas relações de consumo,⁷⁰ que inova ao se basear no fato do consumidor não ter mais a necessidade de provar que o fornecedor agiu com imperícia, imprudência ou negligência, basta apenas que os danos morais ou materiais sejam consequência de falha ou defeito na prestação do

⁶⁷ REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral. p.192-193

⁶⁸ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p. 5.

⁶⁹ BITTAR, C. A. Ob. cit., p.108

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.17

serviço ou do produto, independentemente de existir ou não culpa,⁷¹ conforme descrito em seu artigo 14,⁷² *caput* e seus §§ 1º ao 3º que trata da responsabilidade objetiva. Porém é verificada uma exceção no § 4º deste mesmo artigo, que trata da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais de forma subjetiva, pois exige a verificação de culpa para que o agente seja responsabilizado.⁷³

A partir da responsabilidade objetiva, o Código de Defesa do Consumidor possui duas vertentes de responsabilidade nas relações de consumo: uma decorrente de vícios do produto ou serviço, e outra é a responsabilidade pelo fato referente aos danos sofridos pelo consumidor.

Analisando a responsabilidade civil nas relações de consumo, verificamos que a relação médico-paciente é caracterizada como um contrato de prestação de serviço, que também pode ser chamado de uma relação de consumo, porém o profissional liberal é a única exceção ao sistema de responsabilização objetiva no tocante aos acidentes de consumo, pois este profissional tem sua responsabilização decorrente do fato de ter prestado um serviço ao consumidor e a sua responsabilidade, portanto, será subjetiva.

Outra inovação é a inversão do ônus da prova, regra prevista como geral no artigo 6º, inciso VIII⁷⁴, do Código de Defesa do Consumidor, que atribui ao juiz, a partir de critério próprio e se considerar necessário, a possibilidade de inverter o

⁷¹ Manual de Direito do Consumidor. p. 57-58.

⁷² 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.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁷³ ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. A responsabilidade civil do médico – O médico perante o Código de Defesa do Consumidor. p. 469.

⁷⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

ônus da prova, com a finalidade de facilitar a defesa do consumidor, considerado a parte mais fraca, ou hipossuficiente, da relação.

Mas é importante destacar que se o caso em questão versar sobre a exceção disposta no artigo 14, § 4º, que aborda a responsabilidade civil do profissional liberal, o consumidor, embora vítima do dano, terá a necessidade de provar a existência dos elementos da responsabilidade subjetiva, ou seja, a culpa⁷⁵ referente à ação ou omissão do profissional, o dano decorrente de uma prestação de serviço defeituoso derivado de atuação imprudente, negligente ou imperita do agente causador e, por fim, deverá comprovar que existe uma relação direta entre a ação ou omissão deste profissional e o dano sofrido, condição esta chamada de nexo de causalidade.⁷⁶

No entanto, como se verifica na obra de Fernanda Schaefer⁷⁷, a responsabilidade do profissional liberal é definida como subjetiva devido à natureza jurídica da obrigação que é *intuitu personae* (personalíssima). Mas, ressalta-se nas relações entre consumidores e fornecedores, mesmo sendo aplicadas de forma subsidiária as regras do Direito Civil nos casos de responsabilidade subjetiva, nenhum dispositivo do Código de Defesa do Consumidor afasta os direitos garantidos ao consumidor na relação de consumo, como é o caso da inversão do ônus da prova em benefício ao consumidor, pois este instituto sempre dependerá da avaliação do juiz ao caso concreto.

3.4) No Código Civil de 2002 (LEI Nº 10.406, DE 10/01/2002)

O conceito de responsabilidade civil do Código de 1916 estava superado com a vigência da Constituição Federal de 1988 e posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor, necessitando assim de mudanças em toda a sua estrutura. Desta forma, no ano de 2002 passa a vigorar o Código Civil, o qual traz uma nova redação para a responsabilidade civil, conforme dispõe o artigo 186.

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.

⁷⁵ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da Prova. p.149

⁷⁶ SCHAEFER, F. Procedimentos Médicos. Realizados à Distância e o Código de Defesa do Consumidor. p. 219-220.

⁷⁷ SCHAEFER, F. Idem, p.220.

Comparando com o artigo 159 do Código Civil revogado verifica-se que a expressão “violar direito ou causar prejuízo” foi trocada por “violar direito e causar dano”. Analisando esta alteração constatamos que no antigo código bastava à primeira opção para se optar pelo dano moral na simples ofensa à norma jurídica. O artigo no novo Código ao constar a expressão de dano, “ainda que exclusivamente moral” e, em vez de figurar, como no art. 159, que fica o autor obrigado a repará-lo, em qualquer espécie, explicitamente mencionou-se que ele comete ato ilícito.⁷⁸

Para Luiz Roldão de Freitas Gomes, “tem-se o ato ilícito, na redação do art. 186 do novo Código, quando o agente causar dano, ainda que de natureza moral, mediante a violação de direito alheio”.⁷⁹

Mais adiante o autor expõe que a culpa no artigo 186 preserva as modalidades previstas no antigo artigo 159 e citando em sua obra o entendimento de Inocência Galvão Telles diz que:

“o fato do não cumprimento ilícito não é suficiente. Essa é uma realidade objetiva a que tem de sobrepor um elemento subjetivo, consistente em o não cumprimento ser imputável ao devedor. Será necessário que entre a não realização da prestação e o obrigado exista um nexo de imputação. A este nexo chama-se culpa”.⁸⁰

A responsabilidade civil fundada na culpa tem como cláusula geral o texto do artigo 927 do Código:

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.

Maria Celina Bodin de Moraes, no entanto, ensina que no Código Civil de 2002 “a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem da culpa”,⁸¹ condição que pode ser atestada

⁷⁸ FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil. p. 452.

⁷⁹ FREITAS GOMES, L.R.de. Idem, p. 453.

⁸⁰ FREITAS GOMES, L.R.de. Idem, p. 456-457.

⁸¹ BODIN DE MORAES, M. C. Obra citada, p. 867.

com a proliferação de diplomas de nível ordinário, tais como o Código de Defesa do Consumidor, que faz da responsabilidade civil subjetiva a exceção.

Não se duvida que no Código Civil de 2002 tenha sobrevivido o conceito de responsabilidade fundada na culpa, que caracterizou o Código Civil de 1916. O que se acentua para distinguir os dois Códigos é o fato de que no atual encontram-se atenuações na limitação de indenizar, principalmente quando se revela a desproporcionalidade da culpa do agente.

Rui Stoco⁸² destaca que o Código Civil de 2002 não trouxe grandes inovações no tocante da responsabilidade civil. Vários preceitos foram aproveitados do Código anterior, os quais receberam apenas alterações em sua redação. A novidade ocorreu em relação à sistematização da matéria, que ganhou autonomia e um título específico na parte especial,⁸³ mas foi perdida a oportunidade de incluir parâmetros importantes, como é o caso sobre a forma de liquidação do dano, por exemplo.

⁸² STOCO, R. Ob. cit., p.114.

⁸³ Livro I, Título IX, artigos 927 a 954.

4. Da Responsabilidade Civil dos Médicos

4.1) Da evolução histórica da responsabilidade médica

A vida e a saúde sempre foram os maiores bens da humanidade, porém as doenças e as dores também nasceram juntamente com o homem. Por isso, desde seu primeiro momento de racionalidade, houve a procura de meios necessários para combater ambos os males, por este motivo é que a medicina sempre desempenhou papel tão vital na sociedade.⁸⁴

Mas antes de ser uma profissão, a medicina nos seus primórdios encontrava-se relacionada com a religião, o médico era visto como um mensageiro dos deuses. Assim eles não poderiam cometer nenhuma falha na cura dos pacientes, e quando os médicos erravam eram rigorosamente punidos.⁸⁵

Miguel Kfour Neto⁸⁶ descreve que nesta época e durante milênios seguintes, não havia preocupação em analisar a doença em si, apenas eram estudados os sintomas e a forma de se obter a cura daquele mal. Esta técnica era chamada de empirismo e feita, por exemplo, através de ervas para amenizar a dor e de técnicas de imobilização para solidificar um osso quebrado.

É importante destacar que nesta fase mais antiga da medicina, o curandeiro era considerado como um mago ou um sacerdote e por isto seria dotado de poderes curativos sobrenaturais. Desta forma, se a cura não fosse alcançada ele seria responsabilizado e penalizado, pois desde os primórdios já existiam sanções previstas para os casos de culpa relativa ao insucesso médico.⁸⁷

Na Babilônia durante o século XVIII a.C., surge o Código de Hamurabi, que é um dos mais antigos conjuntos de leis escritas, composto por 287 artigos que disponham de um conjunto de leis e punições, dentre as quais os artigos 215 a 223⁸⁸ tratavam da profissão médica, quanto ao pagamento e a penalização do erro médico.

⁸⁴ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.45.

⁸⁵ SCHAEFER, F. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. p. 18.

⁸⁶ KFOURI NETO, M. Idem, p.46

⁸⁷ KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem

⁸⁸ <http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>

215º - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos.

216º - Se é um liberto, ele receberá cinco siclos.

217º - Se é o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos.

218º - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

219º - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

220º - Se ele abriu a sua incisão com a lanceta de bronze o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço.

221º - Se um médico restabelece o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos.

222º - Se é um liberto, deverá dar três siclos.

223º - Se é um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos.

As normas impostas aos médicos nestes artigos citados do Código de Hamurabi são abordadas por Miguel Kfoury Neto em sua obra:

Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.⁸⁹

Destaca-se que a aplicação de pena não dependia de nenhuma aferição de culpa do médico, bastava apenas que ocorresse a morte do paciente decorrente de uma intervenção cirúrgica para que o médico fosse punido por ter matado aquele paciente. Em suma, o médico tinha obrigação de curar.⁹⁰

No Egito desta época, a responsabilidade do médico era vista de forma bastante diversa, pois eles dispunham de grande importância social e suas atividades de cura eram consideradas como religiosas. Tinham a obrigação de seguir um “Livro Sagrado” que dispunha das normas de conduta dos médicos, e desde que as regras deste livro fossem respeitadas fielmente, não seriam penalizados caso algum paciente viesse a morrer.⁹¹

⁸⁹ KFOURI NETO, M. Ob. cit., p.46

⁹⁰ KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem

⁹¹ KFOURI NETO, M. Idem, p.48-49

A sociedade Romana passou por vários estágios de evolução. Na Roma Antiga a responsabilização ocorria por meio da vingança privada como meio de compensação do mal sofrido. Posteriormente a repressão contra o dano sofrido era aplicada pela sociedade através da Pena de Talião. O próximo estágio é o da composição voluntária feita a critério da vítima, que poderia aceitar a entrega de dinheiro ou coisa. E com a Lei das XII Tábuas, surge a composição tarifada que dispunha de um valor estipulado para cada caso concreto de ofensa ou dano sofrido.⁹²

A evolução romana na área da responsabilidade médica continua progredindo após este período. As primeiras noções romanas de responsabilidade civil do médico, com a previsão de penas pecuniárias para os danos causados surgem em 287 a.C. com a *Lei Aquília Romana*. Séculos depois, durante o Império de Augusto, no ano 27 a.C. a profissão do médico alcançou relativo prestígio na sociedade, sendo considerada a relação médico-paciente como um contrato consensual de serviços.⁹³

Na Grécia, no século V a.C., já era possível encontrar os primeiros estudos no campo da medicina, a chamada de "*Corpus Hippocraticum*", que continha noções de uma medicina racional e científica. Os médicos neste período eram tratados como divindades e assim como no Egito, a culpa médica não era presumida, mas sim avaliada e somente admitida se o fato supostamente culposo fosse composto de duas circunstâncias indispensáveis, a primeira era a morte do paciente e a segunda se baseava na atuação do médico caso houvesse desobedecido às prescrições sanitárias. Somente nos casos em que fossem comprovadas estas circunstâncias é que o médico seria considerado culpado e penalizado.⁹⁴

Com o passar dos séculos, chega à história o período da idade média que traz consigo uma significativa mudança na área da medicina com o surgimento das universidades a partir do século XIII. Nestas os estudantes obtinham conhecimentos não só no campo da anatomia e patologia, mas também nas áreas de letras e filosofia, os quais se transformavam em médicos baseados na ciência pura, abandonando o empirismo do qual a medicina anteriormente era constituída, e assim

⁹² KFOURI NETO, M. Ob. cit., p.46-47

⁹³ SCHAEFER, F. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. p. 18.

⁹⁴ KFOURI NETO, M. Idem, p.49

dispondo de maior capacidade de avaliação racional sobre o erro e a culpa dos profissionais médicos.⁹⁵

No início do século XIX, a Academia de Medicina de Paris baseava sua doutrina na inexistência da responsabilidade jurídica na área da medicina, atendo-se apenas em uma responsabilidade moral e ética que o médico tinha em curar o paciente. Desta forma, o médico só poderia ser responsabilizado se provado três ações conjuntamente, as quais consistiam na prova que o médico praticou falta grave, que seu ato de imprudência era visível e ainda que o fato tratava-se de manifesta imperícia, mas estas provas eram ônus do paciente. Porém neste mesmo século ocorreram dois casos de erros médicos de grande repercussão social, os quais influenciaram a doutrina e a jurisprudência, que passou a reconhecer a obrigação de reparar danos causados, pensamento que permanece vigente até hoje.⁹⁶

4.2) Da responsabilidade médica

A responsabilidade médica contemporânea tem uma visão muito mais abrangente, conforme disposto no artigo 951⁹⁷ do Código Civil, no qual há o dever de indenizar aos agentes que em seu exercício profissional causem danos a terceiros decorrentes de culpa.

Gustavo Tepedino entende que a responsabilidade médica se encaixa no atual Direito Civil brasileiro como responsabilidade contratual, de acordo com a tendência doutrinária e jurisprudencial que busca favorecer as vítimas de danos.⁹⁸ Porém o autor assinala que a responsabilidade contratual do médico no atendimento privado aos seus pacientes, não exclui as hipóteses em que o dano provocado provenha de atos extracontratuais intrínsecos à atividade médica, como em casos de omissão de socorro e quebra de sigilo profissional, por exemplo.⁹⁹

⁹⁵ KFOURI NETO, M. Ob. cit., p.50

⁹⁶ KFOURI NETO, M. Idem p.50-53

⁹⁷ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. p. 291.

⁹⁹ TEPEDINO, G. Idem. p. 292

Ressalta ainda que a responsabilidade do médico é subjetiva, conforme prevê o art. 951 do Código Civil que se refere ao dano decorrente de atos de imperícia, imprudência ou negligência. E destaca ainda que o Código de Defesa do Consumidor também adota este entendimento ao prever uma regra geral de responsabilidade objetiva para as relações de consumo e dispor de uma exceção a regra para os profissionais liberais com a responsabilidade subjetiva em seu art. 14, § 4º, o qual dispõe que a 'responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa'. Contudo não se deve esquecer que a tendência de ampliação do dever de reparar está presente de forma acentuada na jurisprudência, com a utilização do mecanismo de inversão do ônus probatório.¹⁰⁰

Houve, portanto, uma superação da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual a partir do Código de Defesa do Consumidor que não leva em conta tal classificação, mas autoriza a inversão do ônus da prova, desde que se verifique a hipossuficiência da parte consumidora.

A responsabilidade civil do médico, em geral, é essencialmente de meio, estes profissionais tem o dever de desempenhar seu ofício seguindo as mais apropriadas regras técnicas e científicas que lhe estejam disponíveis naquele momento, porém não podem garantir o resultado final da sua atuação.¹⁰¹

Mas quando a questão se trata da responsabilidade civil referente ao médico cirurgião plástico, o entendimento tanto na doutrina quanto na jurisprudência é diferente, pois a responsabilidade será avaliada como sendo ou uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado, dependendo se a cirurgia plástica tem caráter embelezador ou corretivo.

No caso de uma cirurgia plástica corretiva, de caráter reparador que visa corrigir uma deformidade física genética ou contraída, a obrigação será de meio. O motivo é que neste caso o médico, por mais capacitado e competente que seja, nem sempre poderá garantir que conseguirá sanar completamente o defeito físico do paciente, e pode ser que seja necessário em alguns casos, mais do que uma intervenção cirúrgica para alcançar um resultado que melhor atenuo o defeito.¹⁰²

Porém se a cirurgia plástica tem caráter unicamente estético, a obrigação será de resultado, pois nesta situação o paciente deseja apenas melhorar sua

¹⁰⁰ TEPEDINO, G. Ob. cit., p. 292

¹⁰¹ RODRIGUES, S. Ob. cit., p.248

¹⁰² CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.380

aparência e não possui uma deformidade genética.¹⁰³ Desta forma, o paciente ao contratar o médico, contrata uma cirurgia visando à obtenção de resultado certo e objetivo que lhe é prometido, mas se este não for alcançado, poderá gerar o dever de indenizar caso o médico não consiga provar que houve condições excludentes de responsabilidade.

Este entendimento é compartilhado também na jurisprudência, conforme cita o Desembargador Dilmar Kessler, do Tribunal de Justiça do Paraná, que reproduz o pensamento da autora Vera de Fradera sobre o tema, na ementa de um de seus acórdãos:

“Se o médico não tiver condição de assegurar, ao paciente de uma cirurgia puramente estética, o resultado plenamente almejado, deverá abster-se de realizar o ato cirúrgico. Em se tratando desta especialidade, portanto, os deveres de informação e vigilância têm sua observância exigida de forma rigorosa”¹⁰⁴

Mas é importante ressaltar que a responsabilidade civil do médico será avaliada a partir do caso concreto, pois o médico sempre trabalha com uma margem de risco a seu favor, visto que a medicina não é uma ciência exata. A avaliação da culpa médica contemplará se foram observados princípios básicos na relação médico-paciente, que se configuram nos deveres do médico,¹⁰⁵ os quais serão analisados no próximo tópico.

4.3) Os deveres e direitos na relação médico-paciente

Conforme descreve o Código de Ética Médica¹⁰⁶ em seu Capítulo I, no artigo I, a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, devendo ser exercida sem discriminação de qualquer espécie. Partindo dessa definição que é um dos princípios fundamentais do código, o exercício profissional da medicina deve ser feito com respeito à dignidade humana, devendo a relação médico-paciente ser revestida pela consideração ao semelhante, ressaltando que

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.380

¹⁰⁴ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da Prova. p.312

¹⁰⁵ LOPEZ, T. A. Ob. cit., p.113-115

¹⁰⁶ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, de 17/09/2009. Código de Ética Médica,

uma falha médica pode acarretar conseqüências irreparáveis, pois uma vida perdida é irrecuperável.¹⁰⁷

Entre as obrigações do médico em sua relação com o paciente, podemos destacar como fundamentais:

a) Dever de cuidado: é um dever que está implícito no contrato médico-paciente e consiste na obrigação do médico em assistir o paciente, atender seus chamados e não negligenciar visitas ao mesmo, enfim se resume na obrigação de não abandonar o paciente e no dever de utilizar os métodos adequados e todos os recursos disponíveis para melhor condução e evolução do quadro clínico do paciente. Ressalta-se que não é considerado abandono médico ou falta de dever de cuidado quando o médico se fizer substituir por outro colega, em situações em que não possa comparecer pessoalmente ou por excesso de trabalho.¹⁰⁸ O médico durante o exercício de sua atividade deve visar atingir o melhor resultado para o paciente, por isto tem o dever de utilizar os meios mais adequados ao caso com cuidado e diligência, e também tem a obrigação de empregar com perícia toda a técnica e conhecimentos necessários para o fim de restabelecer a saúde do paciente.

b) Dever de informação: essa é uma regra primordial para o exercício da medicina, pois a medicina é classificada como uma atividade de natureza particularmente perigosa e muitas vezes incerta. Desta forma, o médico deve prestar todas as informações de forma clara e completa acerca do tratamento ou procedimento ao qual o paciente vai se submeter,¹⁰⁹ conforme é seu direito descrito no artigo 15¹¹⁰ do Código Civil. Este dever também consta no artigo 34 do Código de Ética Médica.¹¹¹

É vedado ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

¹⁰⁷ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.24-25.

¹⁰⁸ DIAS, J. A. Ob. cit., p.338-339

¹⁰⁹ GIOSTRI, H.T. Responsabilidade Médica. p. 42-43.

¹¹⁰ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

¹¹¹ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, de 17/09/2009. Código de Ética Médica

O dever de informação pode ser resumido na obrigação do médico em aconselhar e instruir o paciente, no que diz respeito às precauções e cuidados necessários ao seu estado de saúde e orientar sobre todos os riscos e conseqüências que o tratamento escolhido, ou que a falta dele, podem trazer a sua saúde.¹¹²

b) Obtenção do Consentimento do Paciente: é um requisito muito importante para que o médico possa proceder qualquer tratamento clínico arriscado ou um procedimento cirúrgico, por isto, primeiro deve obter o consentimento informado do paciente.

O consentimento informado tem duas finalidades na relação médico-paciente, a primeira finalidade está em informar e esclarecer o paciente de forma específica e clara sobre as características do tratamento ou da cirurgia, informar também sobre os procedimentos que serão adotados, descrever todos os riscos possíveis, informar a chance de sucesso e os custos gerados. A segunda finalidade é que o consentimento fornecido em documento se torna um instrumento probatório ao médico que o paciente decidiu de forma ciente de todas as condições e forneceu o seu consentimento esclarecido, baseado na condição de ter entendido e autorizado o tratamento.¹¹³

É importante ressaltar que o consentimento esclarecido também pode ser verbal, mas o procedimento ideal a ser adotado é que as informações do médico, assim como o consentimento do paciente sejam fornecidos por escrito, de forma individualizada e com testemunhas, principalmente nos casos de cirurgias plásticas estéticas. A exceção para obrigatoriedade do consentimento esclarecido só ocorre em situações emergenciais ou que o paciente não tem condições de decidir.¹¹⁴

Se o procedimento médico em questão for uma cirurgia plástica estética, o dever de informação é mais complexo, o médico deve informar tanto quanto ao ato cirúrgico em si e os riscos envolvidos, como também sobre todos os cuidados pós-operatórios, para que o paciente decida com o necessário conhecimento de causa.

d) Dever de Sigilo: ou também chamado de segredo profissional, este é um dever do médico que está disposto no Código de Ética Médica,¹¹⁵ o qual dispõe que

¹¹² DIAS, J. A. Ob. cit., p.337-338

¹¹³ SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre a Responsabilidade Civil dos Profissionais da Saúde na Atividade de Reprodução Humana Assistida. p. 153-154.

¹¹⁴ DIAS, J. A. Idem, p.340-341.

¹¹⁵ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, de 17/09/2009. Código de Ética Médica, artigos 73 a79

o médico tem o dever de guardar sigilo sobre fatos e informações que tenha conhecimento em no exercício da atividade médica e que afetem a esfera privada do paciente,¹¹⁶ este é um dever do médico que também é um direito do paciente e provém de uma passagem do Juramento de Hipócrates, que diz: “O que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida, eu vir ou ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei como segredo”.¹¹⁷ Podemos resumir que o dever de sigilo é um direito de personalidade do paciente.

f) Diligência: também é um dever do médico que se baseia em uma qualidade subjetiva de uma determinada atividade. Pode ser entendida como uma função da vontade do agente que se traduz em solicitude, esforço, estudo e atenção. No desenvolvimento de uma atividade técnica, ela é adotada também como meio de especificar a relação, pois é a partir da exatidão de um resultado que se pode concluir que o agente que a desempenhou agiu com diligência.¹¹⁸ Por seu conteúdo pode ser entendida como um pressuposto para o cumprimento satisfatório da obrigação.

Na atividade médica é essencial o respeito aos direitos da personalidade do paciente, entre os quais podemos citar a proteção da sua vida e o direito a sua saúde, por exemplo. A responsabilidade civil tem por finalidade proteger os interesses patrimoniais e personalíssimos da pessoa humana, quando há danos ela é o instrumento utilizado para a proteção destes interesses.¹¹⁹

Conforme já estudado, a relação médico-paciente se baseia em uma relação contratual na qual existem dois pólos distintos, o consumidor que receberá o serviço e o médico irá prestá-lo. Mas não se pode esquecer que além de uma relação contratual, também existe uma relação de confiança do paciente em seu médico, crente que este último irá seguir todas as regras da ética médica e todas as técnicas e recursos disponíveis para alcançar o objetivo desejado.

Miguel Kfoury Neto para explicar os deveres do médico em sua relação com o paciente divide esta relação em três momentos, que seriam o momento “antes”, o momento “durante” e “depois” do tratamento.

¹¹⁶ DIAS, J. A. Ob. cit., p.346

¹¹⁷ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.178

¹¹⁸ GIOSTRI, H.T. Responsabilidade Médica. p. 74-75

¹¹⁹ SZANIAWSKI, E. Ob. Cit., p. 189-193

O momento “antes” do tratamento é a primeira fase da relação médico-paciente e precede o tratamento em si. Essa fase marca o início da relação e é quando o médico deve prestar ao paciente todas as informações sobre o seu caso em laudo com letra legível, deve também fornecer todas as cópias da documentação médica que possua. Desta forma, o paciente terá informação e autonomia para escolher se deseja ou não efetuar o tratamento, e também poderá decidir se deseja ou não mudar de médico.¹²⁰

O próximo estágio da relação é o chamado de período “durante” o tratamento, nesta etapa o paciente aceitou se submeter ao tratamento prescrito pelo médico. Neste estágio o dever do médico inclui a condição de ouvir e atender as necessidades do paciente, utilizando todas as técnicas e meios disponíveis para obter o resultado desejado, sempre agindo com prudência, perícia e não sendo negligente.¹²¹

Com a conclusão do tratamento ou do procedimento cirúrgico prescrito, chega o momento chamado de “depois” do tratamento, que se configura após o paciente ter se submetido ao tratamento. Aqui a obrigação do médico consiste na assistência prestada ao paciente no período de recuperação e acompanhamento, essa assistência pode ser sintetizada como obrigações de zelo e de prudência.¹²²

Miguel Kfoury Neto destaca que direitos do paciente em sua quase totalidade se relacionam a obtenção de informações, citando os profissionais do Hospital Universitário Clementino Braga Filho, que criaram a Cartilha de Direitos dos Pacientes, que enumera os seguintes direitos:¹²³

- “a) receber informações claras, objetivas e compreensíveis, sobre: diagnóstico; duração prevista do tratamento; efeitos colaterais de medicamentos; riscos; finalidade de cada exame; alternativas de tratamento, mesmo aquelas não disponíveis no hospital; chances de sucesso;
- b) ter acesso a seu prontuário médico, que deve ser elaborado de forma legível e conter: histórico do paciente; informações sobre o princípio e a evolução da doença; explicações e justificativas para o tratamento adotado; exames realizados; relatórios e anotações clínicas;
- c) recusar procedimentos com os quais não concorde;
- d) revogar a qualquer hora seu tratamento ou consentimento
- e) receber ou recusar assistência moral, psicológica, social e religiosa”¹²⁴

¹²⁰ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.29

¹²¹ KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem

¹²² KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem

¹²³ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p.317

¹²⁴ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p.317-318

A relação médico-paciente deve ser sempre tratada como uma relação de igualdade entre as partes, pois o médico está exercendo sua atividade profissional e sendo remunerado pelo trabalho prestado, e o paciente em contrapartida, está contratando um serviço. Desta forma, o paciente tem o dever de pagar pelo serviço e o médico tem o dever de prestar todas as informações sobre o caso, esclarecendo todas as possibilidades e riscos existentes¹²⁵.

Mas é importante ressaltar que cirurgia plástica com objetivos estéticos é sempre um procedimento que envolve riscos para o paciente, como em qualquer outro procedimento cirúrgico. Assim o paciente deve primeiro procurar obter informações sobre o médico e também sobre o procedimento qual irá se submeter.¹²⁶

Após se informar sobre o médico e sobre as condições e características da cirurgia que deseja se submeter, o paciente fará uma avaliação médica para verificar se está em plena condição de saúde para se submeter a esta cirurgia, mas é importante ressaltar que essa condição se aplica a cirurgias eletivas, como no caso da cirurgia estética, pois quando se trata de uma cirurgia decorrente de uma enfermidade, esta condição nem sempre é possível. Partindo do pressuposto que o paciente fará uma cirurgia estética, nesta avaliação médica ele tem dois deveres essenciais, os quais dependem o sucesso de sua cirurgia.

O primeiro dever do paciente é fornecer ao médico todas as informações sobre sua saúde, estas informações devem ser completas e corretas sobre o seu real estado de saúde e sobre seu histórico clínico. Ressalta-se que a omissão do paciente quanto a informações tão importantes sobre sua vida e sua saúde, podem lhe trazer graves conseqüências.¹²⁷

O segundo dever essencial do paciente consiste em ser responsável por seus atos e obedecer a todas as recomendações prescritas por seu médico, pois a pratica de atos imprudentes e contrários as recomendações médicas, podem gerar danos ao próprio paciente. Nestes casos existindo um resultado danoso, este será atribuído a ação ou omissão da própria vítima.¹²⁸

¹²⁵ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.29

¹²⁶ Cirurgia plástica também envolve riscos. Jornal do Senado, v. 6. n. 208, 31 mar./6 abr. 2008.

¹²⁷ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p.318

¹²⁸ IPPÓLITO, R. M. Ob. cit., p. 6

Nos casos em que se verifica a responsabilidade civil do cirurgião plástico sempre será avaliada se foi observado pelas partes os seus respectivos direitos e deveres.

5. Da responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas

5.1) Da responsabilidade do médico em cirurgias plásticas

Conforme destaca a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1621/2001, a especialidade médica do cirurgião plástica é regulamentada em lei e seu profissional dever atender a critérios específicos:

“(...) Considerando que a Cirurgia Plástica é uma especialidade médica reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e pela Associação Médica brasileira, sem incorrer em subdivisões topográficas, diagnósticas, ou de finalidade (...) que o médico, para exercer regularmente a cirurgia plástica, deve ter o título de especialista respectivo (...) a Cirurgia Plástica visa tratar doenças e deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como suas conseqüências, objetivando beneficiar os pacientes visando seu equilíbrio biopsicossocial e conseqüente melhoria sobre a qualidade de vida; considerando que a diversidade de resposta biológica é inerente às características individuais e genéricas (...)”¹²⁹

As cirurgias plásticas atualmente estão entre os procedimentos médicos mais demandados no judiciário. A atuação do cirurgião plástico não se restringe apenas a utilização de todas as técnicas necessárias disponíveis e ao acompanhamento do paciente com todos os deveres de cautela, mas sim ao desenvolvimento de uma conduta específica que traga a obtenção do resultado desejado no plano da realidade, pois quando este resultado é insatisfatório, eles acabam sendo levados ao conhecimento do judiciário.

Porém não se deve deixar de considerar que para a imputação da responsabilidade civil ao cirurgião plástico, devem-se analisar no caso concreto todos os aspectos, os riscos e as características da cirurgia, dentro dos quais foram conhecidos e consentidos pelo paciente.¹³⁰

Conforme destacamos anteriormente, no tocante a finalidade das cirurgias plásticas, é efetuada uma distinção do tipo de cirurgia a partir da necessidade apresentada pelo paciente. Quando a cirurgia é feita com o intuito de embelezar o indivíduo, alterando alguma característica natural, considerada pelo paciente como

¹²⁹ RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 1.621/2001

¹³⁰ GIOSTRI, H. T. Ob. cit., p. 43-44.

uma imperfeição, é denominada como cirurgia plástica estética. Mas se a cirurgia é efetuada para corrigir enfermidades congênitas ou adquiridas é chamada de cirurgia plástica reparadora¹³¹.

As cirurgias plásticas estéticas, com caráter embelezador, decorrem do desejo do paciente em mudar algo em sua aparência que não lhe satisfaça. Mas mesmo esta condição, embora não esteja fundada em uma necessidade médica, não exclui a possibilidade de existência de um caráter terapêutico, pois pode estar fundada em uma necessidade psicológica do paciente de mudar algo que lhe pareça motivo de angústia e sofrimento e, dessa forma, é possível entender que há finalidade curativa.¹³²

A cirurgia plástica reparadora, ao contrário, é decorrente de uma prescrição médica, tem a função de reparar enfermidades congênitas ou adquiridas, visam corrigir problemas de saúde sendo, portanto, uma necessidade terapêutica.¹³³

A responsabilidade civil do médico cirurgião plástico pode ser sintetizada a partir de uma regra simples descrita por Georges Boyeur Chammard, a qual foi lembrada na obra de Kfoury Neto, que diz:

“A regra de ouro, que convém respeitar em matéria estética, estabelece: Todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente.”¹³⁴

Neri Tadeu Camara Souza traz uma estrutura base para análise da relação médico-paciente no tocante da responsabilização civil ser imputada ao médico, no qual destaca os pontos que devem ser analisados previamente pelo juiz antes de incidir a imputação da responsabilização.¹³⁵

Primeiro deve ser analisado se a responsabilidade é subjetiva ou se a responsabilidade é objetiva. No caso de responsabilidade subjetiva, essa estará baseada na culpa, e neste caso o ato lesivo deve ter relação direta com o dano sofrido configurando o nexu causal, a culpa estará fundada no agir com dolo ou com

¹³¹ PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p 156-157

¹³² KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p. 165-166

¹³³ KFOURI NETO, M. Idem. p. 169

¹³⁴ KFOURI NETO, M. Idem. p.157.

¹³⁵ SOUZA, N. T. C. Ob. cit., p.63.

culpa, que será caracterizada pela ação imprudente, com imperícia ou negligente do médico. Mas se a responsabilidade do agente é objetiva, não há que se falar em culpa, basta apenas que o ato lesivo tenha relação com o dano, estabelecendo o nexo causal, neste caso o agente é obrigado a indenizar o lesado pelos prejuízos sofridos apenas por cometer o ato lesivo, não há necessidade de prova de culpa.¹³⁶

Um segundo momento a ser verificado é o tipo de relação que existia entre as partes, esta poderia ser uma relação contratual ou uma relação extracontratual. A primeira se estabelece a partir da livre autonomia de vontade das partes, no qual as cláusulas dispostas no contrato tornam-se lei para ambas, e o descumprimento gera o dever de indenizar. O contrário ocorre na relação extracontratual que nasce independente da vontade das partes, pois decorrem de situações de violação de uma obrigação prevista em lei.¹³⁷

Em por fim, para imputação da responsabilidade também deve ser analisado o tipo de obrigação assumida entre as partes, que pode ser uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado.

Sendo uma obrigação de meio, o médico terá o dever de utilizar todos os meios disponíveis para alcançar a satisfação da obrigação, devendo agir com diligência e prudência, mas nesta situação o resultado desejado nem sempre é alcançado, fato que não gera o inadimplemento da obrigação. Neste caso o médico e o paciente são considerados sujeitos de uma relação jurídica, e se desta relação existir necessidade de indenização de prejuízo que porventura decorreu do atendimento prestado, a responsabilização será regida pelos princípios da responsabilidade subjetiva, mediante prova de culpa do médico.¹³⁸

Mas se a obrigação for de resultado, existirá entre as partes um compromisso que aquilo que foi contratado atinja o resultado previamente acordado, pois caso não alcance o fim esperado se presume que a parte contratada não cumpriu sua obrigação, devendo ao contratado o ônus da prova que não teve culpa quanto ao resultado não atingido.¹³⁹

Segundo observamos anteriormente, a obrigação do médico é subjetiva, ou seja, deverá ser provada a culpa, porém há diferença entre uma cirúrgica estética e

¹³⁶ SOUZA, N. T. C. Ob. cit., p.63-64.

¹³⁷ SCHAEFER, F. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. p. 28-29

¹³⁸ SOUZA, N. T. C. Idem, p.64-67

¹³⁹ SOUZA, N. T. C. Idem, p.64.

uma reparadora. A primeira é considerada pela doutrina e pela jurisprudência como uma obrigação de resultado e se este não for alcançado na cirurgia haverá uma presunção de culpa do médico, e ele terá que apresentar provas que atestem razões excludentes de sua responsabilidade.¹⁴⁰ O segundo tipo de cirurgia plástica citada, a reparadora, é uma obrigação de meio, porque parte do princípio que o médico terá que melhorar um defeito genético ou adquirido e por isto não pode garantir um resultado específico. A obrigação de resultado se pauta na questão que o médico opera uma pessoa sadia e sem deformidades e por isto deve garantir o resultado da cirurgia plástica.¹⁴¹

Devido aos limites deste trabalho, após examinarmos as principais diferenças entre as cirurgias plásticas com finalidade estética e as cirurgias com finalidade reparadora, continuaremos o estudo da matéria de forma mais concentrada sobre o tema da cirurgia plástica estética.

Referente ao fato da cirurgia plástica estética ser considerada, por grande parte da doutrina, como uma obrigação de resultado, Sergio Cavalieri Filho faz uma esclarecedora abordagem sobre o tema:

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas *inverte o ônus da prova* quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras de responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*; e as regras de responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*¹⁴². (grifei)

Utilizando o entendimento citado que a responsabilidade médica deve sempre ser subjetiva, alterando apenas a inversão do ônus da prova quando a obrigação for de resultado, devido à culpa ser presumida. O ideal é que nos casos de cirurgia plástica com finalidade estética, o médico cumpra seu dever de

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.381

¹⁴¹ PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p 156-157

¹⁴² CAVALIERI FILHO, S. Idem, Ibidem

informação de forma mais completa, se comparado a outra intervenção cirúrgica qualquer. Ele deverá fornecer informações específicas, avaliando criteriosamente os riscos e as vantagens que o procedimento pode trazer ao paciente. Pois se houver incerteza quanto ao resultado final, o ideal é que o cirurgião desaconselhe o procedimento,¹⁴³ para evitar que um resultado indesejado aconteça ou que a cirurgia resulte em danos morais ou estéticos ao paciente.

5.2) Modalidades de danos: dano moral e dano estético.

O dano moral tem natureza não-econômica e decorre de uma lesão nos direitos da personalidade do indivíduo que provocam diversos tipos de sofrimento humano, os quais podem ser traduzidos na dor, na angústia, em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras que constituem um evento de natureza danosa produzida na esfera do lesado.¹⁴⁴ De maneira mais ampla, podemos afirmar que o dano moral ocorre na esfera da subjetividade, no plano íntimo da personalidade humana, pois é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial.¹⁴⁵

Teresa Ancona Lopez¹⁴⁶ ensina que o dano moral pode ser dividido em duas espécies distintas. A primeira seria o dano moral objetivo que é aquele que atinge a dimensão social e moral do indivíduo abalando sua imagem na sociedade. A outra espécie é o dano moral subjetivo que se relaciona com o mal sofrido pelo indivíduo, que lhe traz sofrimento psíquico.

A vítima do dano moral, ou também chamado de dano extrapatrimonial, sofre um prejuízo que é de impossível reparação, pois o conceito de reparação não se aplica a bens materiais e não há como avaliar com precisão e equivalência a perda sofrida, pois os bens atingidos neste caso são abstratos e não avaliáveis pecuniariamente. Desta forma, pela impossibilidade da reparação, converte-se a sanção em indenização pecuniária.¹⁴⁷

¹⁴³ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p.310-311

¹⁴⁴ REIS, C. Ob. cit., p.11-15

¹⁴⁵ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p. 2

¹⁴⁶ LOPEZ, T. A. Ob. cit., p.26

¹⁴⁷ REIS, C. Idem p.7

O dano estético é a lesão que agride a beleza física, à harmonia das formas externas do indivíduo, é aquele que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto-estima, prejudicando a sua avaliação própria como pessoa. Denigre a imagem que o indivíduo tem de si,¹⁴⁸ por isto, não precisa necessariamente estar exposto, e nem ter grande proporção para ser caracterizado, pois tem repercussão psíquica no indivíduo. Embora o conceito de beleza seja subjetivo, para avaliar o prejuízo estético, deve ser avaliada a modificação sofrida em contraste com a aparência que o indivíduo tinha antes, ressaltando que para ser considerado dano estético esta lesão deve ser permanente, pois caso contrário, será considerada apenas uma lesão estética temporária,¹⁴⁹ por isto “a avaliação do dano deve ser o mais retardada possível, sem prejuízo da correta prestação jurisdicional, mas levando em conta a necessidade de irreversibilidade no dano apresentado para não se configurar, a posteriori, uma indenização indevida.”¹⁵⁰

O dano estético é considerado uma “espécie do dano moral que é o gênero. Constitui-se o dano estético em modalidade do dano moral que lesa um dos direitos da personalidade, que é a aparência física.”¹⁵¹

É certo que a dor moral e ou estética sofrida é o maior prejuízo que a vítima pode ter, mas a indenização pecuniária tem o viés de reparar o dano da vítima, como forma de minorar seu sofrimento. E para o agente causador, a indenização serve como forma de punição e desestímulo para a prática de novos atos ilícitos.

O arbitramento de valores indenizatórios referentes aos danos morais e estéticos é uma tarefa muito difícil, pois o dano reside na subjetividade e como a legislação não estabelece critérios objetivos para a fixação do valor, torna-se ainda mais difícil chegar a um valor que repare o dano de forma correspondente.¹⁵² Desta forma, é necessário o prudente arbítrio do juiz, utilizando muitas vezes a criatividade da doutrina e da jurisprudência, para a instituição de parâmetros e critérios¹⁵³ que resultem em um valor “conforme a gravidade do dano e a fortuna do responsável, a

¹⁴⁸ SOUZA, N. T. C. Ob. cit., p,107.

¹⁴⁹ LOPEZ, T. A. Ob. cit., p.44-46

¹⁵⁰ SOUZA, N. T. C. Idem, p,110.

¹⁵¹ SOUZA, N. T. C. Idem, p. 109.

¹⁵² REIS, C. Ob. cit.,... p.91

¹⁵³ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit.,. p. 29.

critério do poder judiciário, como justa reparação do prejuízo sofrido, e não como fonte de enriquecimento”¹⁵⁴ ilícito para quem a recebe.

Podemos verificar a posição jurisprudencial referente às condições de arbitramento do dano moral, nas ementas abaixo citadas:

“O arbitramento do dano moral é apreciado ao inteiro arbítrio do Juiz que, não obstante, em cada caso, deverá atender à repercussão econômica dele, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor.”¹⁵⁵

“Para a fixação do quantum em indenização por danos morais, devem ser levados em conta a capacidade econômica do agente, seu grau de dolo ou culpa, a posição social ou política do ofendido, a prova da dor”¹⁵⁶

Tanto o pensamento dos doutrinadores, quanto a jurisprudência e a legislação referente às indenizações de danos morais e estéticos tiveram grandes transformações. Verificamos que antes da Constituição de 1988, embora fosse admitida a indenização de dano moral, “a jurisprudência predominante negava a cumulatividade com o dano material, ao pretexto de que havendo o ressarcimento de todos os efeitos patrimoniais nocivos do ato ilícito já estaria, a vítima, suficientemente reparada”.¹⁵⁷

Mas hoje podemos afirmar que a orientação que afastava a cumulação de indenizações já está superada, pois, conforme o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é possível a acumulação de pagamento de indenizações de dano moral e dano estético, ainda que decorrentes do mesmo fato, desde que seja possível a identificação de forma separada para cada dano, conforme prescreve a Súmula 387.

Súmula 387 - STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (Rel. Min. Fernando Gonçalves - 26/8/2009)

O texto da Súmula que concede esta cumulação de indenização de danos decorre do entendimento que os danos morais, estéticos e materiais têm dimensões diversas. O dano estético provoca grande repercussão social, devido à agressão do

¹⁵⁴ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p.30.

¹⁵⁵ TJSP, AC n. 6.303-4 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Desembargador Guimarães e Souza - 02.04.96 - V.U.

¹⁵⁶ TAMG, Ap. 140.330-7 - Rel. Juiz BRANDÃO TEIXEIRA, Ac. 05.11.92, DJMG, 19.03.93, pág. 09

¹⁵⁷ THEODORO JUNIOR, H. Idem. p. 5.

aspecto externo do indivíduo, ocasionado por uma alteração na aparência deste indivíduo para pior, enfim o dano estético tem caráter objetivo, por isto não deve ser considerado como parte do dano moral e nem do dano material. O dano moral é subjetivo, provoca alterações e sofrimentos de natureza íntima no indivíduo. E quanto ao dano material, este se caracteriza por uma lesão causada no patrimônio de outrem. E devido à natureza diversa dos danos apresentados é que se justifica que cada dano possa ser indenizado de forma individual.¹⁵⁸

Referente ao *quantum* indenizatório, ele pode ser baseado em pedido certo e determinado, condição que ocorre em muitos processos de danos estéticos. Nestes casos, o juiz fará a liquidação por arbitramento ou por artigos, tendo como base que o valor terá uma finalidade específica como o pagamento de novas cirurgias plásticas para reparar o dano sofrido. O problema está em fixar o *quantum* indenizatório quando é efetuado o pedido genérico de dano moral, por exemplo, no qual a vítima apenas relata os fatos e neste caso a fixação do valor será efetuada pelo arbítrio do juiz, já que não há critérios específicos na lei.¹⁵⁹

Mesmo com a falta de critérios específicos, o juiz pode utilizar princípios básicos que existem na doutrina e na jurisprudência para fixar o *quantum* indenizatório para o dano moral. Será avaliado o grau de culpa do ofensor, a dimensão do dano sofrido, as circunstâncias particulares do indivíduo, as perdas sofridas na vida pessoal e social e de grande importância é considerar a capacidade econômica das partes, em especial a do ofensor, pois a indenização não pode ser causa nem de empobrecimento de quem paga e nem de fonte de enriquecimento ilícito para quem a recebe.¹⁶⁰

Partindo destas considerações é importante ressaltar que a fixação do valor indenizatório deve também atender a duas funções, a primeira é de reparação do dano e a segunda a prevenção de novas lesões, devendo estabelecer um valor que cause desestímulo a prática de novas lesões pelo ofensor. Em resumo, o valor da condenação deve pesar de tal forma sobre o patrimônio do ofensor que a reiteração da conduta lesiva lhe pareça extremamente desvantajosa.

¹⁵⁸ SOUZA, N. T. C. Ob. cit., p.107-111.

¹⁵⁹ LOPEZ, T. A. Ob. cit., p. 141-143

¹⁶⁰ LOPEZ, T. A. Idem, p. 143-144

5.3) Do inadimplemento da obrigação

O Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a garantia do adimplemento da obrigação contratada entre as partes, disciplinando a responsabilidade por vício do produto ou serviço para os casos de inadimplemento da obrigação.¹⁶¹

Para o médico cirurgião plástico, conforme já mencionado, a grande maioria da doutrina considera a responsabilidade médica como uma obrigação de resultado. Porém, o objetivo em uma cirurgia plástica tanto reparadora quanto a embelezadora é melhorar o aspecto físico do seu paciente, mas é evidente que tal melhora tem uma análise de eficiência de resultado, que é muito subjetiva. O médico pode ter agido de acordo com o procedimento indicado para o paciente, atuado com perícia, prudência e diligência, e ter alcançado um resultado satisfatório para o caso, o que não significa que tenha atingido o fim desejado pelo paciente, pois a avaliação do resultado final é muito particular para cada caso concreto.

Em cirurgias estéticas é relativamente comum que o resultado desejado não seja conseguido já na primeira intervenção cirúrgica, necessitando muitas vezes de uma segunda ou até terceira intervenção, conhecida como “retoque” da cirurgia, que é uma ação do médico para adimplir a obrigação contratada.

Desta forma, não basta apenas que o paciente não fique satisfeito com o resultado final da cirurgia para que se configure a obrigação de indenizar do médico, é necessário que existam condições específicas que comprovem que o médico realmente não adimpliu a sua obrigação com o paciente.

Na responsabilidade contratual a culpa é presumida quando se verifica o inadimplemento da obrigação do devedor, e para os casos de responsabilidade extracontratual, a culpa precisa ser demonstrada por aquele que a alega.¹⁶²

Quando há uma obrigação contratual na relação médico-paciente e o resultado contratado não foi alcançado, entende-se que houve inadimplemento da obrigação assumida, devendo assim o médico indenizar o paciente devido à presunção de culpa. Se esta obrigação contratual era uma obrigação de resultado a culpa será presumida, a qual só pode ser excluída se o médico provar que existiram

¹⁶¹ SCHAEFER, F. Procedimentos Médicos. Realizados à Distância e o Código de Defesa do Consumidor. p. 207.

¹⁶² KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p. 32

condições excludentes de culpa, como o caso fortuito ou de força maior, a culpa exclusiva da vítima e ainda fato de terceiro, não imputável ao médico.¹⁶³ Mas se a obrigação era de meio, o paciente deverá provar que o médico teve culpa no inadimplemento, que agiu com negligência, imprudência ou imperícia, e neste caso, o ônus da prova será do paciente e não do médico.

As situações de inadimplemento da obrigação contratual médica podem ser configuradas principalmente nos eventos danosos decorrentes de três situações específicas:

a) Culpa Médica: a culpa pode ser definida como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer, observar e evitar. É um erro de conduta que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias.¹⁶⁴

A partir da definição de culpa, é possível definir a culpa médica, utilizando a citação de Miguel Kfoury Neto:

“A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizam de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado o nexos causal entre a cirurgia danosa, correta esteve à sentença dando pelo improvimento da ação.”¹⁶⁵

Seguindo ainda o pensamento do mesmo autor, a culpa médica pode ser separada em duas vertentes, a primeira seria a culpa ordinária que decorre do fato de um médico executar um procedimento clínico ou cirúrgico ser ter condições físicas para tal ato, como por exemplo, um cirurgião plástico que efetua uma cirurgia em estado de embriaguez. A segunda modalidade é a culpa profissional que se caracteriza quando um médico comete um erro de diagnóstico. Qualquer uma destas modalidades de culpa, se provadas, geram a responsabilidade do médico, mas para ser indenizado é necessário que, além da culpa, o paciente prove o nexos de causalidade que gerou o dano sofrido, configurando assim o inadimplemento da obrigação.¹⁶⁶

¹⁶³ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p.35

¹⁶⁴ PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p 67

¹⁶⁵ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.80

¹⁶⁶ KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem

b) Erro Médico: é aquele que deriva de ação ou omissão culposa ou dolosa do médico. É possível definir como erro médico, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina.

O erro culposo ocorre em casos em que o médico não deseja e nem prevê o resultado, ele produz o dano decorrente de situações em que agiu com imprudência, imperícia ou negligência, elementos que já foram explanados anteriormente.¹⁶⁷

O erro doloso acontece quando o médico age de forma consciente e aceita o risco de produzir certo resultado, como exemplo é a situação hipotética em que o médico sabe que se efetuar certo tratamento experimental no paciente pode provocar sua a morte e mesmo assim resolve utilizar o tratamento fazendo que o paciente venha a falecer.¹⁶⁸

Mas para analisar o inadimplemento da obrigação decorrente de erro médico é importante avaliar documentos e provas, primeiramente deve-se verificar quanto ao médico à regularidade do seu diploma, se este foi emitido por faculdade reconhecida, e ainda se sua inscrição no CRM é válida e correta¹⁶⁹.

Em seguida devem ser analisados os dados do paciente, verificar seu prontuário e toda a evolução do tratamento, analisando se o quadro clínico evoluiu corretamente comparado a partir de “livros e trabalhos científicos com a descrição das técnicas questionadas, a fim de se comparar o desempenho dos acusados, no desenvolvimento do ato questionado – antes, durante e depois da intervenção”.¹⁷⁰

Para constatar o erro médico também deverá ser verificado “se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorreu desta técnica, houve transgressão”.¹⁷¹

c) Erro de Diagnóstico: consiste em incorretamente identificar a moléstia que acomete o paciente, fato que gera conseqüências muito graves, pois o diagnóstico é a emissão de um juízo acerca da condição de saúde do paciente, do qual depende a escolha do tratamento apropriado, e uma vez escolhido o tratamento inadequado a enfermidade do paciente, gerará efeito danoso. Quanto ao erro de diagnóstico é importante destacar que a princípio ele é escusável, por exemplo em casos que

¹⁶⁷ SCHAEFER, F. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. p. 61

¹⁶⁸ SCHAEFER, F. Idem, Ibidem.

¹⁶⁹ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p. 88

¹⁷⁰ KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem.

¹⁷¹ KFOURI NETO, M. Idem, Ibidem.

dependa de exames interpretativos, a menos que o erro cometido seja grosseiro, se trate de um erro que qualquer médico prudente não cometeria.¹⁷²

O paciente que vier a sofrer danos ocasionados por culpa médica, por erro médico ou erro de diagnóstico, tem o direito no prazo de até três anos procurar um advogado ou a defensoria pública e ingressar com um processo na área cível requerendo indenização do médico responsável.¹⁷³

5.4) Dos excludentes na responsabilidade médica

Existem situações que são excludentes da responsabilidade civil, pois eliminam o dever de reparação devido a sua característica potencial de exclusão do nexo de causalidade, que é um pressuposto essencial para configuração da responsabilidade civil.¹⁷⁴ Conforme já estudamos anteriormente, a responsabilidade médica está regulamentada pelos mesmos princípios norteadores da responsabilidade civil, ela se funda principalmente na culpa.

Humberto Teodoro Junior ensina que o nexo causal, pode ser extinto pela prova de caso fortuito, ou de culpa excludente da vítima. Mas se o dano ocorrer devido a caso fortuito ou a culpa da vítima, mas se esta conduta da vítima concorrer com a culpa do médico, ele neste caso não será isentado de indenizar, mas a indenização terá sua quantificação reduzida.¹⁷⁵

No entanto, as condições que se caracterizam como causas de exclusão da responsabilidade médica são mais abrangentes a partir da visão de Miguel Kfoury Neto:

“Quanto se trata de responsabilidade subjetiva, o médico pode eximir-se do dever de indenizar desde que demonstre ausência de culpa ou de ruptura do nexo de causalidade. Em se tratando de responsabilidade objetiva, afasta-se a obrigação indenizatória quando provada a interrupção do nexo causal. Desfazem a causalidade: a) culpa exclusiva da vítima; b) caso fortuito; c) fato de terceiro, não imputável ao médico.

Ausentes imperícia, imprudência ou negligência, resultará eliminado o fator de atribuição. “A prova da ausência de culpa, na responsabilidade civil médica, implica a demonstração de que o dano era imprevisível ou

¹⁷² KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.89-90

¹⁷³ Cirurgia plástica também envolve riscos. Jornal do Senado, v. 6. n. 208, 31 mar./6 abr. 2008.

¹⁷⁴ RODRIGUES, S. Ob. cit., p.163

¹⁷⁵ THEODORO JUNIOR, H. Ob. cit., p. 81

inevitável – ocorrências muito próximas do caso fortuito (este, imprevisível e inevitável).”¹⁷⁶

Conforme verificamos acima, encontramos posicionamentos diversos na doutrina e desta forma o ideal é analisar que as condições excludentes citadas não são taxativas, e sim apenas exemplificativas, pois podem surgir causas diversas que deverão ser avaliadas no caso concreto pelo magistrado.

A responsabilidade subjetiva na atividade médica é a mais usual, sendo a imputação da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco assumido configurada apenas em alguns casos mais específicos como, por exemplo, o médico anestesista e o cirurgião plástico, conforme entende a doutrina e a jurisprudência já mencionadas neste trabalho.

Quando a responsabilidade é objetiva, considera-se que o dano decorreu da inadimplência da obrigação do médico e não se exige prova de culpa em sua conduta, basta apenas à existência do dano. Neste caso, as situações excludentes de responsabilidade serão ônus do profissional médico que deverá provar que o dano sofrido pelo paciente ocorreu aleatoriamente de sua intervenção e vontade, essas condições excludentes da obrigação de indenizar podem acontecer nos seguintes casos:

a) Culpa exclusiva da vítima: ocorre quanto à conduta adotada pela vítima origina ou ajuda a produzir o evento danoso. Comprovado que o dano decorreu da conduta da vítima, o dever de indenizar se extingue, pois é eliminado o nexo de causalidade em relação ao terceiro quanto à produção do evento danoso.¹⁷⁷ Como exemplo de uma circunstância de culpa exclusiva da vítima é possível citar uma situação hipotética em que o paciente se submete a uma cirurgia, nesta o médico utiliza todas as técnicas necessárias, age com prudência e diligência e prescreve todos os cuidados pós-operatórios que o paciente deve seguir. Mas no período de recuperação o paciente não segue as recomendações do médico, não ingere os remédios prescritos, não observa o repouso recomendado e ainda faz uso de bebidas alcoólicas, comprometendo assim o resultado final da cirurgia. Neste caso entende-se que o médico adimpliu com sua obrigação, muito embora o resultado final tenha sido prejudicado pela conduta do paciente.

¹⁷⁶ KFOURI NETO, M. Culpa Médica e Ônus da prova. p. 35

¹⁷⁷ PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p. 298

Outra questão relevante quanto à culpa da vítima é quando se verifica que há culpa concorrente entre a vítima e o médico, neste caso ambos concorrem igualmente em grau de culpa para a produção do resultado danoso. Nesta hipótese não se extingue o nexu causal, mas atenua a culpa do médico e se reduz o valor da indenização.¹⁷⁸

b) Caso Fortuito ou Força Maior: se refere às situações que ocorrem quando o dano advém de evento de efeitos imprevistos ou inevitáveis que fogem ao controle humano, estas situações estão previstas como excludentes de responsabilidade no artigo 393¹⁷⁹ do Código Civil. Embora exista divergências na doutrina quanto à diferenciação de ambos, é possível identificar uma situação de caso fortuito quando ocorre um fato da natureza que gera conseqüências em uma relação jurídica, como exemplo, é a situação que um paciente em pós-operatório sofre ferimentos decorrentes de um terremoto e falece, o dano foi ocasionado por um fato imprevisível que não pode ser imputado ao médico. O oposto ocorre em uma situação de força maior, que se evidencia pela conduta humana, a partir de atos ou ações humanas que se transformem em obstáculos a outrem, sendo caracterizado pela inevitabilidade pelas partes,¹⁸⁰ como as situações de guerras e greves, por exemplo.

c) Fato de Terceiro: acontece quando a causa do dano decorre da ação de terceiro, que pode ser qualquer pessoa além da vítima e do médico, alguém que não tenha qualquer relação com as partes.¹⁸¹ Esta ação por ser definida como imprevisível e inevitável e por isto o Código de Defesa do Consumidor¹⁸² adota como condição de excludente de responsabilidade.

d) Dano latrogênico: neste caso o paciente sofre o dano decorrente da ação médica e não há uma condição excludente do nexu causal, porém o dano não é decorrente de conduta negligente, imprudente ou imperita do médico, porque a lesão ocasionada era previsível ou necessária no tratamento ao qual o paciente foi

¹⁷⁸ PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p. 298

¹⁷⁹ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁸⁰ STOCO, R. Ob. cit., p.172-173

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.65

¹⁸² Artigos 12, § 3º, III e 14, § 3º, II.

submetido.¹⁸³ Para ilustrar este tipo de dano, é possível citar como exemplo o cirurgião plástico que para proceder à implantação das próteses de silicone contratadas pela paciente necessita efetuar incisão em sua pele, porém em determinados pacientes, a cicatriz gera um quelóide, que é considerado como um dano necessário e previsível, este dano é considerado como iatrogênico e não gera o dever de indenizar.

Conforme exposto, se o paciente sofrer dano, mesmo que a situação seja enquadrada como responsabilidade objetiva em que a culpa é presumida, caberá ao médico provar que não gerou o dano. Ele poderá defender-se por meio das causas excludentes de responsabilidade que rompem o nexo causal ou se for o caso, poderá provar que a lesão era previsível e aceitável ao procedimento, como no caso do dano iatrogênico.

No capítulo seguinte analisaremos o posicionamento dos tribunais quanto à análise e julgamento das reclamações dos pacientes requerem indenização nos casos de danos sofridos.

¹⁸³ DIAS, J. A. Ob. cit., p.355-356.

6. O posicionamento dos tribunais

É importante destacar que o conceito de responsabilidade do Código Civil de 1916, era baseado na prova da culpa e sofreu inúmeras transformações iniciadas pela doutrina e pela jurisprudência. Estas passaram a contemplar o dano moral e posteriormente o dano estético e também a aplicar a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco assumido e não mais na culpa. Essa evolução analisada neste trabalho demonstra comunhão com os princípios da Constituição e com as novas regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, as quais são acolhidas e complementadas pelo Código Civil de 2002.

A caracterização da responsabilidade civil do médico como profissional liberal depende da prova da culpa, aspecto já adotado antes e também depois do atual Código Civil, conforme é possível verificar no entendimento adotado no voto do Desembargador Barreto Accioly, em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas:

“A responsabilidade civil dos médicos por atos de seu ofício repousa na culpa. Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não se pode atribuir à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião as conseqüências desfavoráveis, provenientes de um mal evolutivo, decorrente de um processo crônico e inespecífico”¹⁸⁴

No entanto é importante destacar que o teor deste voto analisa a responsabilidade quanto ao ofício da medicina em geral, baseada nas disposições de responsabilidade pessoal dos profissionais liberais prevista no Código de Defesa do Consumidor e por isto é entendida como uma obrigação de meio.

Porém quando o procedimento médico em questão é uma cirurgia plástica não há apenas um entendimento existente na jurisprudência, verificamos que o próprio Superior Tribunal de Justiça também oscila em seu entendimento, pois é possível encontrar julgados como obrigação de meio e outros como uma obrigação de resultado¹⁸⁵.

¹⁸⁴ TJAL – AC. 9038 – Recurso Provido. Recorrente: Joaquim Paulo Vieira Malta Neto. Recorrida Maria Rita Lyra de Almeida. Julg. 30/08/89.

¹⁸⁵ TEPEDINO, G. Temas de Direito Civil. Tomo II. p. 88-89

O Conselho Federal de Medicina que regulamenta a especialidade da cirurgia plástica destaca em seu artigo 1º, que a obrigação do médico nesta especialidade é de trazer benefícios a saúde do paciente,¹⁸⁶ não podendo o cirurgião plástico assumir uma obrigação diferenciada de qualquer outra especialidade médica, considerando assim a obrigação como de meio, conforme disposto nos artigos 3º e 4º:

Art. 3º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.

Art. 4º - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado;

Hildegard Taggesell Giostri¹⁸⁷ também compartilha esse pensamento, pois entende que aos cirurgiões plásticos não deve ser imputado à responsabilidade de indenizar com base apenas na obrigação de resultado. Ela entende que uma obrigação de resultado não é apenas aquela caracterizada por uma prestação que visa um resultado específico e destaca que uma vez que o resultado não foi alcançado, não significa necessariamente que a prestação assumida no contrato entre o médico e o paciente foi inadimplida.

Desta forma, o necessário para imputar a responsabilidade civil ao médico é observar se ele agiu com imprudência, imperícia e negligência, ou seja, a sua conduta profissional efetivamente gerou prejuízo ao resultado final da cirurgia. Mas quando resultado final não é obtido, porém verifica-se que não houve erro médico, que o mesmo agiu com diligência, utilizando todas as técnicas devidas e que não houve culpa do paciente no resultado, entende-se que o dano fazia parte do risco pertinente ao procedimento. Por este motivo, o médico não deve ser responsabilizado, pois utilizou todos os recursos disponíveis e o resultado não alcançado não se deve a sua conduta.¹⁸⁸

É possível exemplificar em um caso concreto essa opinião, observando o seguinte acórdão:

¹⁸⁶ Art. 2º - O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social.

¹⁸⁷ GIOSTRI, H. T. A Responsabilidade Civil dos Profissionais Médicos na Área da Cirurgia Plástica. p.229-300.

¹⁸⁸ GIOSTRI, H. T. Idem, Ibidem

“CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E NÃO DE MEIOS. O médico que se propõe a realizar melhoria estética da paciente, mediante cirurgia plástica do abdômen, se obriga a produzir resultado favorável à contratante e não danos. Desvantagem estética e cicatriz hipertrófica, serosidade e hematomas resultantes da cirurgia, no caso, devem ter indenização devida (...)”¹⁸⁹

Neste caso, é importante ressaltar que a paciente era obesa, apresentava abdômen de avental e mais uma hérnia umbilical. Após o procedimento cirúrgico, ocorreram hematomas, seroma¹⁹⁰ e abscesso na cicatriz, o que prejudicou o resultado final da cirurgia devido à aparência da cicatriz. Porém os laudos periciais foram unânimes em afirmar que tais ocorrências não se originaram de negligência ou imprudência do paciente no pós-operatório e tão pouco decorreu de erro médico.¹⁹¹

Após estas explicações podemos concluir devido à imputação da obrigação de resultado, o médico foi responsabilizado a indenizar por um dano o qual não foi o agente causador. Destaca-se que este caso poderia ser considerado um dano iatrogênico, embora não tenha sido. Partindo de casos concretos como este, é que existem posicionamentos divergentes na doutrina, conforme é possível citar o pensamento do Ministro Rui Rosado Aguiar:

“Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. **As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios**, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indicio sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta”.¹⁹² (grifei)

Os autores supracitados entendem que a responsabilização do cirurgião plástico como uma obrigação de meio e não de resultado seria uma forma mais justa e prudente de avaliar o caso concreto e não simplesmente imputar a responsabilidade ao médico. Entendimento adotado no acórdão abaixo:

¹⁸⁹ TJRJ – acórdão. Ap. Cív. nº 6.348/92. 4ª CC. Rel. Des. Décio Xavier Gama. Jul. 25.03.1993

¹⁹⁰ “Seroma: líquido segregado e contido nas cavidades serosas. Líquido semelhante ao soro. Serosa: membrana cuja forma lembra um saco e que segrega serosidade em sua face interna, facilitando o deslizamento de órgão contidos em seu interior” Dicionário Aurélio Eletrônico

¹⁹¹ GIOSTRI, H. T. Ob. cit., p.305-306

¹⁹² AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 718, agosto/1995.

“Cirurgia Estética. Obrigação de Meio. O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão em danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar.”¹⁹³

Com base nestas informações, concluí-se que a cirurgia plástica como uma obrigação de meio se funda no princípio que a responsabilidade do médico é a mesma em qualquer especialidade da medicina, devendo avaliar a conduta do médico e não simplesmente o resultado final. Porém esse é um pensamento minoritário da doutrina e da jurisprudência.

O posicionamento majoritário é a classificação da cirurgia plástica como uma obrigação de resultado, pensamento adotado por vários autores como Miguel Kfoury Neto,¹⁹⁴ José Aguiar Dias¹⁹⁵ e Sergio Cavalieri Filho,¹⁹⁶ os quais adotam o entendimento que uma pessoa sadia se submete a uma intervenção cirúrgica almejando melhorar sua aparência ou corrigir algo que entende como imperfeição, desta forma, o médico assume o compromisso de proporcionar ao paciente o resultado desejado.

Podemos verificar que na jurisprudência a responsabilidade civil do cirurgião plástico é caracterizada como uma obrigação de resultado, conforme acórdão abaixo:

"A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o **contrato médico-paciente é de resultado**, não de meios. **A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina.** Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. Presunção só afastada se fizer ele prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser à própria cirurgia ou posterior tratamento.”¹⁹⁷ (grifei)

Embora seja considerada uma obrigação de resultado, é importante ressaltar que a jurisprudência em muitos casos avalia não só o resultado final, mas também a

¹⁹³ STJ, AgRg no Ag. 37060-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ. 06.025.95

¹⁹⁴ KFOURI NETO, M. Responsabilidade Civil do Médico. p.46

¹⁹⁵ DIAS, J. A. Ob. cit., p.381

¹⁹⁶ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.380

¹⁹⁷ TJRS, 6ª CC Porto Alegre, AC n. 595068842, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, DJ 10.10.95

conduta do médico e riscos possíveis e ou prováveis no caso concreto, conforme podemos verificar no acórdão abaixo:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E CLÍNICA ESTÉTICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. EXTENSÃO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO. DISSIDÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA CORTE E UNÂNIME DA CÂMARA NO SENTIDO DE SER OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes". (REsp. 258389/SP). Sendo o procedimento uma cirurgia plástica estética, a natureza da responsabilidade do profissional de saúde é de resultado. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Caso concreto em que, **a par da natureza da obrigação ser de resultado, não se confirma o dever de indenizar porque a autora estava devidamente cientificada das seqüelas (cicatrices) que resultariam do procedimento**, além do que, passado o período de recuperação pós-operatório, as cicatrizes minimizaram consideravelmente, ficando quase que imperceptíveis. Condenação imposta na origem afastada. APELO PROVIDO. UNÂNIME.”¹⁹⁸ (grifei).

Verificamos que no caso concreto citado o médico não foi responsabilizado, pois foi analisado o dano iatrogênico, ou seja, as cicatrizes da paciente são seqüelas do procedimento e não podem ser imputadas como erro do médico.

A jurisprudência mantém o entendimento majoritário da obrigação de resultado para a cirurgia plástica mesmo antes da vigência do Código Civil, conforme podemos verificar na ementa abaixo:

“INDENIZAÇÃO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CICATRIZES QUE AFETARAM A PACIENTE – RESPONSABILIDADE DO MÉDICO CIRURGIÃO E DA CLÍNICA DE CIRURGIA PLÁSTICA DE SUA PROPRIEDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CONSISTENTE NO VALOR DE CIRURGIA REPARATÓRIA E DANOS MORAIS FIXADOS EM 50 (CINQUENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – SENTENÇA REFORMADA – APELO CONHECIDO E PROVIDO – **Cumpra ao médico provar que o resultado contratado e pretendido foi alcançado, nos limites da ciência médica atual**, o que não foi provado; inaplicável ao caso o disposto no art. 333, I, do CPC, pois a autora é hipossuficiente na relação médico-paciente. Quem detém o conhecimento e, supostamente, a perícia neste caso é o profissional médico contratado, pelo que é de se aplicar o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. **Em se tratando de cirurgia plástica o que importa é o resultado** e que se este poderia ser alterado por questões outras que independessem da atuação do médico, como é o caso da cicatrização, o

¹⁹⁸ TJRS - AC Nº 70021301411 - 9ª C.Cív - Relator: Tasso Caubi Soares Delabary,- 27/02/2008

paciente deveria ter sido amplamente informado das chances de superveniência de resultado indesejado, sendo que ao médico é quem deveria provar que se desincumbiu deste dever.”¹⁹⁹ (grifei)

Destacamos que a classificação da obrigação de resultado ganhou mais força após o Código Civil de 2002, conforme verificamos em outra ementa mais atual:

EMENTA: **Responsabilidade civil - Médico - Cirurgia plástica** para eliminar gordura abdominal e flacidez (abdominoplastia) termina com resultado adverso (reinserção tardia do umbigo, em virtude de falta de fixação no ato cirúrgico), provocando dano estético irreversível - **Na obrigação classificada como de resultado**, o médico somente se exonera dos efeitos nocivos da adversidade final provando consentimento da paciente, apesar dos riscos esclarecidos (o que não aconteceu), caso fortuito ou culpa da vítima (também inocorrentes), **sob pena de indenizar os danos produzidos (moral, estético e gastos da cirurgia corretiva)** - Provimento, em parte.²⁰⁰ (grifei)

Após os temas abordados neste trabalho, podemos constatar que a responsabilidade civil médica que já foi motivo de muita discussão no passado quanto a sua natureza jurídica contratual ou extracontratual, se originava uma obrigação de meio ou de resultado, hoje dispõe destes questionamentos assentados pela doutrina e pela jurisprudência a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor.²⁰¹

Analisando uma amostra de casos da jurisprudência nacional é possível verificar que a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, classificam a cirurgia plástica com fins exclusivamente estéticos como uma obrigação de resultado, porém o operador do Direito, deve sempre se ater a análise do caso concreto.

¹⁹⁹ TAPR – AC Nº 0156986-6 – (10574) – 6ª C.Cív. – Relª Juíza Anny Mary Kuss – DJPR -15.09.2000

²⁰⁰ TJSP – AC nº 994090356578 (6330134500), 2ª C.Cív – Relator: Enio Zuliani - Julgado em 29/04/2010

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit., p.370-374.

7. Conclusão

A responsabilidade civil é a ferramenta jurídica utilizada em nossa sociedade como meio para solucionar as relações que causem danos ou prejuízos. Porém quando a responsabilidade tratada é a do cirurgião plástico, verificamos que no Direito brasileiro ela está pulverizada em diplomas diversos sem uma legislação específica, por isto ainda há posições divergentes em nossa doutrina e jurisprudência.

Conforme visto, a responsabilidade civil do médico, em regra, é uma responsabilidade subjetiva, onde é imprescindível a comprovação da culpa do médico para haver obrigação de indenizar, entretanto, deve-se ressaltar que é a culpa em sentido estrito, ou seja, a cometida por imprudência, negligência e imperícia.

Mas no caso do cirurgião plástico estético examinamos que não há uma classificação unânime quanto à responsabilidade civil. A corrente minoritária entende como obrigação de meio, a mesma atribuída a todos os profissionais da medicina. Mas a corrente majoritária entende como uma obrigação de resultado, na qual a culpa é presumida caso o profissional não alcance o resultado prometido ou pretendido, este insucesso implica na caracterização da responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar o paciente, com inversão do ônus da prova que incumbe ao profissional médico provar que existiu situações excludentes de responsabilização.

Destacamos que nossa sociedade atual é comum que homens e mulheres por vaidade ou necessidade procurem formas de melhorar sua aparência, e muitos utilizam como meio a cirurgia estética. Este ramo da medicina é amplamente divulgado e a utilização de tal procedimento estético já é considerado por muitas pessoas como fato normal do cotidiano. Diante disso, a atividade se caracteriza como mais um ramo da atividade médica, com caráter lícito e passível de responsabilidade civil, pois parte do princípio que todas as pessoas têm direito a cuidar de sua aparência, assim como cuidam de sua saúde. Assim, esta especialidade médica deveria receber o mesmo tratamento do direito que qualquer outra especialidade na área.

Mas quanto se trata de uma cirurgia plástica estética, é necessário que o médico preste ao paciente informação clara, completa, precisa e inteligível, de modo que ele tenha ciência de todos os riscos advindos de suas decisões e do tratamento perseguido, para que assim possa assumir plenamente as responsabilidades de seu consentimento informado, e se comprometa em seguir as instruções para o período pós-operatório. Se o cirurgião plástico atendeu a todos estes requisitos e, se ocorrer um resultado indesejado, ele deverá apenas comprovar que se desincumbiu de seu prévio dever de informação, e que não agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, não sendo, neste caso, possível lhe atribuir a culpa por evento danoso superveniente.

Mas é importante destacar que, após a análise de todos os aspectos que abrangem a responsabilidade civil dos médicos, em especial a do cirurgião plástico estético, para que lhe seja imputado à responsabilidade civil, assim como tudo que é julgado na área do Direito, sempre dependerá de uma análise sobre o caso concreto, indiferente se a obrigação seja de resultado ou de meio.

Desta forma, concluímos que o fato da grande maioria dos julgados encontrados na jurisprudência optarem por qualificar sumariamente a cirurgia estética como uma obrigação de resultado em qualquer hipótese acaba se tornando uma ação precipitada, pois a responsabilidade do médico na relação médico - paciente dispõe de várias nuances que sempre devem ser avaliadas no caso concreto.

8. Bibliografia

ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. *A responsabilidade civil do médico – O médico perante o Código de Defesa do Consumidor*. In: Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*, artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 718, agosto/1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil dos Danos Morais*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível na internet <http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm> - Acesso em 07/09/2010.

DIAS, Jose Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. *A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil*. In *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggeseel. *A Responsabilidade Civil dos Profissionais Médicos na Área da Cirurgia Plástica*. In: *Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2006.

_____. *Responsabilidade Médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Pensamento Jurídico – Vol. V. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

IPPÓLITO, Rita Marasco. *Culpa e Risco: Fundamentos ou Critérios de Responsabilização?* - Disponível na Internet http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/03_rita.pdf - Acesso em 09/06/2010.

JORNAL DO SENADO. *Cirurgia plástica também envolve riscos*. Jornal do Senado v. 6. nº 208, 31 mar./6 abr. 2008. - disponível na internet <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/95769> - Acesso em 14/10/2010

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª Ed. ver. E atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 2ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético: Responsabilidade Civil*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 2ª ed. rev. e atual. Brasília: Ministério da Justiça. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. De acordo com a Constituição de 1988. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.621/2001 de 06/06/2001. Disponível na internet <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em 23/08/2010.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, de 17/09/2009. Código de Ética Médica. Disponível na internet. <<http://www.rdconsultoria.com.br/dow/CodEticaMedica.pdf>> Acesso em 23/08/2010.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 4 Responsabilidade Civil*. 19ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SCHAEFER, Fernanda. *Procedimentos Médicos Realizados à distância e o Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

_____. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

SOUZA, Marcos Valério Guimarães de. *Responsabilidade Contratual e Extracontratual*. Disponível na internet <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=803>>. Acesso em 18/08/2010.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3º Ed. rev. e atual. – Campinas, SP: Editora Servanda, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a Responsabilidade Civil dos Profissionais da Saúde na Atividade de Reprodução Humana Assistida*. In: *Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. In *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Temas de Direito Civil. Tomo II*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 4ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

VILNEY, Geneviève. *As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil*. In *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.