

SORAYA LOPES GONÇALVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Trabalho de conclusão de curso para obtenção de título de bacharel em Direito apresentado à Banca de Monografia Jurídica da Universidade Federal do Paraná.

Orientador Prof^o. Elimar Szaniawski.

CURITIBA

2005

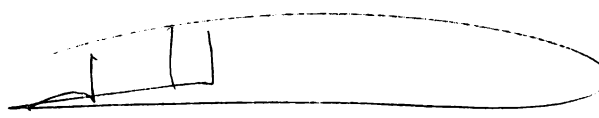
SORAYA LOPES GONÇALVES

TERMO DE APROVAÇÃO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: 
Professor Elimar Szaniawski


Professor Erouths Cortiano Junior


Professor José Antonio Peres Gediel

Curitiba, 26 de outubro de 2005

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto relevante tema do Direito Civil detentor de grandes controvérsias doutrinárias. Serão analisados importantes aspectos da responsabilidade civil do cirurgião plástico, verificando-se as características gerais da responsabilidade civil.

A partir do estudo dos fundamentos e teorias relacionadas à responsabilidade civil de forma geral, poderá ser estabelecida a prestação obrigacional do médico e seu enquadramento na responsabilidade civil subjetiva.

Por fim, a análise mais relacionada à responsabilização do cirurgião plástico possibilitará seu estabelecimento no âmbito da prestação obrigacional de meio ou de resultado conforme as características desta especialidade.

SUMÁRIO

Resumo.....	vi
1. Introdução.....	01
2. Aspectos gerais da responsabilidade civil.....	04
2.1. Conceito.....	04
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	05
2.2.1. Ação e omissão do agente.....	05
2.2.2. Culpa na responsabilidade civil.....	06
2.2.3. Dano.....	09
2.2.4. Nexo causal.....	10
2.3. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	12
3. Responsabilidade civil médica – uma visão histórica.....	15
4. Responsabilidade civil médica e o Direito Pátrio.....	21
5. Natureza contratual da responsabilidade civil médica.....	29
6. Natureza extracontratual da responsabilidade médica.....	31
7. Obrigações de meio e de resultado.....	32
8. Responsabilidade civil do cirurgião plástico.....	35
9. Conclusão.....	42
10. Referências Bibliográficas.....	44

01. Introdução

A necessidade de responsabilização dos danos causados a outrem sempre se fez presente nas relações humanas. Inicialmente a reparação do dano causado estava atrelada à vingança privada, sendo que comumente a Lei de Talião imperava nestas situações.

Apesar de inicialmente as curas e os tratamentos estarem vinculados às divindades e a estas serem atribuídas, as sanções aos danos decorrentes da arte de curar sempre estiveram presente nos ordenamentos primitivos. Buscava-se de forma geral, a reparação do dano em relação à figura do médico, conforme poderá ser visualizado em item posterior.

A figura do médico sempre esteve presente na sociedade, no início dos tempos apresentava-se como curandeiro estando seus atos e tratamentos intimamente ligados às divindades. Com o passar dos tempos a medicina tornou-se profissão reconhecida e o médico passa a ser amigo da família, profissional de confiança, suprimindo desta forma dúvidas sobre sua atuação.

O médico de família que, em geral, atendia todos os membros desta entidade foi ao longo dos anos desaparecendo, sendo que atualmente a medicina está enrustida de um caráter profissional e até mesmo mercantil, com raras exceções.

O avanço tecnológico e a disseminação do conhecimento em muito influenciou o desenvolvimento desta profissão. As faculdades de medicina se multiplicaram pelo mundo, sendo que o número de profissionais aumentou consideravelmente nas últimas décadas. O aumento de médicos facilitou o acesso aos serviços desta atividade, bem como a possibilidade de escolha do profissional pelo paciente.

Desta forma a alteração na relação médico-paciente e conscientização da sociedade em relação aos seus direitos refletiram-se diretamente no aumento das

demandas contra estes profissionais, buscando sua responsabilização por eventuais danos causados.

A responsabilidade civil no que tange ao erro médico em pouco difere da responsabilidade profissional em geral, sendo que no ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se pela responsabilidade subjetiva, estando presentes os elementos do dano, culpa e nexa causal.

Ainda acerca da reparação de suposto dano causado pelo médico, a doutrina brasileira estabelece duas modalidades de prestação obrigacional de meio ou de resultado. Destarte a doutrina não ser unânime no que se refere a prestação obrigacional, de modo geral, tem-se que ao médico está inerente à obrigação de meio; sendo que em casos específicos, como em anestésias e cirurgias estéticas, considera-se a obrigação de resultado.

A cirurgia plástica teve sua evolução de forma bastante distinta das demais especialidades médicas. Inicialmente voltou-se aos feridos de guerra para a reconstituição de feridas na face. Buscando somente a correção de imperfeições não era vista com bons olhos pela sociedade por não ser reconhecida como especialidade que proporcionava a cura de uma enfermidade.

Repudiada no início de sua existência a cirurgia plástica ao passar dos anos começa a ser aceita pela sociedade, sendo que nos dias atuais é comumente praticada e definitivamente reconhecida.

A sociedade médica reconhece a existência de duas espécies de cirurgia plástica: a estética – que proporciona a correção de imperfeições e melhora da aparência física – e a reparadora – que visa corrigir deformidades congênitas ou adquiridas.

Nos casos de cirurgia estética entende-se que a prestação obrigacional que se estabelece é de resultado, ao contrário do que ocorre na cirurgia plástica reparadora que é de meio.

Conforme este entendimento, de que a obrigação do cirurgião plástico, com caráter meramente estético, é de resultado apresenta-se o presente trabalho e, que

a prestação obrigacional referente a cirurgia plástica reparadora é de meio, foi realizado o presente trabalho.

02. Aspectos gerais da responsabilidade civil

2.1 Conceito

A palavra "responsabilidade" tem origem no verbo latino *respondere*, que significa que alguém se constituiu garantidor de algo.

Em sua obra Sílvio Rodrigues¹ transcreve trecho onde Savatier conceitua responsabilidade civil como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Entende-se ainda, que a responsabilidade civil pode ser visualizada no sentido de estabelecer uma obrigação de indenizar outrem, reparando-se dano material ou moral, devido à lesão decorrente de ato próprio, de pessoa por quem responde ou decorrente de fato de coisa ou animal que esteja sob a guarda do agente ou de imposição legal². Sob este ponto de vista pode-se evidenciar tanto a idéia de culpa, quando se depara com a possibilidade do ilícito como com a idéia de risco.

Pode-se dizer que a responsabilidade civil é o dever de alguém que causou dano a outrem de indenizá-lo de forma a restaurar a situação original ou, quando não for possível, promover uma indenização pecuniária à vítima do dano decorrente do fato lesivo.

A professora Hildegard Giostri³ caracteriza em sua tese de doutorado que “a responsabilidade civil ocorrerá quando uma pessoa, tendo causado dano a outrem, encontrar-se na situação de dever repará-lo”.

¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, vl. 04, p. 06,

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, p. 36.

³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico*, p. 43.

Subtrai-se, portanto, da doutrina que a responsabilidade civil traduz-se na obrigação de reparar o dano causado a outrem que pode decorrer de fato ilícito ou de imposição determinada em norma. Trata-se de uma prestação obrigacional de ressarcimento de determinado dano que tenha causado prejuízo a outrem⁴.

2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Diversos são os entendimentos dos doutrinadores em relação aos pressupostos que devem existir para a caracterização da responsabilidade civil. No direito pátrio, o entendimento da doutrina segue os mesmos caminhos apresentados por Silvio Rodrigues⁵, o qual estabelece como pressupostos da responsabilidade civil: ação e omissão do agente; culpa; dano e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.

2.2.1 Ação e omissão do agente

A existência de uma ação, comissiva ou omissiva, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem deve ser imputável para que assim gere o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Desta feita, o ato comissivo ou omissivo, poderá ser lícito ou ilícito, sendo que este se encontra norteadado pela idéia de culpa, representado precipuamente pela infração de um dever legal, contratual ou por abuso de direito, enquanto aquele se encontra alicerçado no conceito do risco, fruto de determinação normativa, que gera uma obrigação mesmo para os atos em conformidade legal, hipóteses em que se

⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *ob. cit.*, p.44.

⁵ RODRIGUES, Silvio. *ob. cit.*, p. 19

afasta a idéia de culpa, transferindo a responsabilidade para o risco natural da atividade desenvolvida.

Em conformidade com os ensinamentos de Maria Helena Diniz⁶ tem-se que, em geral, o elemento culpa origina o dever de indenizar. O ato ilícito pode ser decorrente ou de uma prestação contratual não cumprida – responsabilidade contratual –, ou quando contrariada norma prevista no ordenamento jurídico – que seria a responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Entretanto, há ainda a possibilidade de a obrigação de reparar pertencer àquele que assume o risco de seus atos, sendo que neste caso não há mais a presença da culpa, mas sim de uma conduta dolosa.

Porquanto, a caracterização do ato comissivo ou omissivo como sendo ilícito ou lícito vincula-o à idéia de culpa ou à de risco.

2.2.2 Culpa na responsabilidade civil

No direito pátrio a culpa apresenta-se como fundamento da responsabilidade civil, entretanto, vale ressaltar que há ocorrência de responsabilidade civil independente da culpa, a qual está fundamentada no risco.

Seguindo a doutrina majoritária pode-se entender que a culpa é um erro de conduta; é um fato determinado em que uma pessoa, de forma inescusável e sem malícia, pratica ações que prejudicam de alguma maneira direito alheio⁷.

Assevera-se que a culpa sempre ocorre com a violação de um dever preexistente, seja de natureza contratual ou extracontratual, quando a infração configura-se pela não observância de preceitos gerais de respeito mútuo às pessoas e aos bens alheios.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil: responsabilidade civil*. v.7, p. 38.

⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *ob. cit.*, p.56

A culpa em seu sentido amplo, ou culpa *lato sensu*, abrange o conceito de dolo, e caracteriza-se pela violação de um dever jurídico de forma intencional. A caracterização da culpa em seu sentido amplo se dá pela presença da voluntariedade do comportamento do agente, da previsibilidade do prejuízo causado e a violação de um dever de cuidado – nos casos em que esta violação é intencional implica em dolo. Já a culpa *stricto sensu* caracteriza-se pela ausência de intenção em violar determinado dever jurídico, sendo determinada pela negligência, imperícia e imprudência.

O dano causado deve ser oriundo de uma falha no procedimento do agente, ou seja, este ao praticar determinada ação não se proveu das devidas e necessárias cautelas, de seus conhecimentos ou do cuidado que ao ato eram indispensáveis. A não observância desses preceitos caracteriza a culpa em seu sentido estrito, de forma que é decorrente de uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente⁸.

Quando se verifica a teoria da culpa em sentido lato, tem-se nitidamente a presença do dolo, que caracteriza uma ação ou omissão do agente causador do dano de forma proposital ou com intenção de que o resultado final de sua conduta fosse o prejuízo causado.

O dever de indenizar em decorrência de dano está preceituado no artigo 186 do Código Civil Brasileiro:

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.

As características da culpa em seu sentido estrito, conforme visto acima, são a negligência, a imprudência e a imperícia. Na primeira há ausência do cuidado esperado, pois, o agente deixa de utilizar os meios recomendáveis para a realização

de seu ato. Já na imprudência encontra-se a ausência do devido cuidado que se deveria tomar em determinada conduta, ou seja, não estão presentes na execução da conduta as providências reconhecidamente necessárias para seu bom desenvolvimento. A imperícia, por sua vez, é oriunda da falta de preparo ou competência do profissional para a execução de determinado fato é, pois o desconhecimento técnico da profissão⁹.

Alguns autores ainda estabelecem outras modalidades de culpa, entretanto, vale ressaltar que a culpa sempre ocorre de maneira a desrespeitar um dever preexistente. Assim, conforme os ensinamentos de Rui Stoco¹⁰ ainda ocorrem as seguintes classificações de culpa:

Culpa "in eligendo" é a oriunda da má escolha do representante, ou do preposto. Caracteriza-se, exemplificativamente, o fato de admitir ou de manter o proponente a seu serviço empregado não legalmente habilitado, ou sem as aptidões requeridas.

Culpa "in vigilando" é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa. É o caso da empresa de transportes, que tolera a saída de veículos desprovidos de freios, dando causa a acidentes.

Verifica-se a culpa "in comitendo", quando o agente pratica ato positivo (imprudência) enquanto a "in omittendo" decorre de abstenção.

Ademais a culpa também pode ser graduada de acordo com a gravidade do dano causado e a ação do agente, sendo que poderá ser de *natureza grave*, chamada de *culpa lata*, quando resulta da imprudência ou negligência grosseira e extrema do indivíduo; *natureza leve*, a qual poderia ser evitada com a atenção esperada por um homem comum; e de *natureza levíssima*, na qual o dano só poderia ser evitado com extraordinária atenção.

⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *ob. cit.*, p.46.

⁹ COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica, teoria da eleição procedimental, iatrogenia*. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p.29.

¹⁰ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação judicial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 44.

Independente da graduação atribuída à culpa do agente, havendo a presença da culpa sempre haverá o dever de indenizar a vítima. Assim, mesmo que a culpa do agente tenha sido de natureza levíssima, terá, a vítima, direito à indenização. Sendo que cabe ao magistrado estabelecer à indenização de forma proporcional ao dano.

Destarte, a classificação da gravidade da culpa do agente demonstra-se oportuna tão somente para o convencimento e valoração do magistrado, na fixação da indenização, do dever de reparar ao passo que haverá responsabilização independente da gravidade da infração.

2.2.3 Dano

A existência do dano é elemento fundamental para a caracterização da responsabilidade civil, tendo em vista que não há em que se falar em reparação civil sem que se tenha o dano respectivo.

Conceitua-se o dano pelo abalo causado à vítima. Diversas são as formas em que se pode configurar o dano, sendo que podemos classificá-lo em: dano patrimonial ou dano moral.

O dano patrimonial interfere na ordem econômica da vítima, abrangendo o dano emergente – é o prejuízo efetivo que a lesão ocasionou à vítima – e o lucro cessante – o *quantum* que acresceria ao seu patrimônio se não tivesse ocorrido o evento danoso, ou seja, corresponde àquilo que a vítima deixou de lucrar em razão do dano. Já o dano moral refere-se aos abalos de ordem psíquica, referindo-se a tudo o que não for suscetível a valoração econômica.

O dano é pressuposto essencial à responsabilidade civil, de maneira que não se pode determinar a responsabilização quando não há comprovada sua comprovada existência.

Em relação ao dano Maria Helena Diniz¹¹ preceitua que “não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”.

O dever de indenizar inicialmente vincula-se ao dever de reparar o dano causado ao lesado retornando ao *status quo* e, não sendo possível, representa-se no dever de compensar o prejuízo sofrido de forma pecuniária.

2.2.4 Nexo causal

Não basta para a doutrina e jurisprudência pátria a existência de um dano e de uma ação, deve, ainda, estar presente um vínculo entre eles. Portanto, a presença de um nexos causal que estabeleça relação entre o dano e a ação do ofensor é essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

O nexos causal deve ser bastante no sentido de que não se faz necessário que o dano seja resultado imediato do fato que o produziu, faz-se suficiente a certeza de que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Fato este, que pode ser a causa imediata do dano, mas que basta ser condição para o resultado danoso produzido para que o agente seja responsabilizado¹².

A existência do nexos causal é essencial para a reparação do dano, sendo que este deve entrelaçar a atitude do agente e o fato lesivo. Note-se que, apenas haverá possibilidade de postulação de indenização pelo dano causado se for estabelecido e comprovado a existência do nexos de causalidade¹³.

Importante salientar que, também caberá ao agente indenizar, à vítima, por danos causados indiretamente por sua ação, na medida em que tal dano não ocorreria em normais condições em que se encontrava a vítima.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil: responsabilidade civil*, v.07, p. 38.

¹² IDEM, *ob. cit.*, p. 100.

¹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *ob. cit.*, p.47.

Nos casos de responsabilidade subjetiva, em que não se considera culpa presumida, cabe à vítima o ônus probatório em relação ao nexo causal, sendo que ao juiz delega-se o dever de apreciar a existência do mesmo.

A comprovação do nexo causal é de suma importância para o estabelecimento do dever de indenização, pois ainda que sobrevenha um dano se este não puder ser relacionado ao agente causador torna-se impossível o pleito de indenização judicial. Portanto, ainda que haja dano, não existindo o nexo causal, não haverá a obrigação de indenizar.

2.3 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade civil estabeleceu-se em torno de duas teorias: a teoria subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva encontra-se interligada ao conceito de culpa *stricto sensu* ou dolo. Segundo a teoria subjetiva para que haja o dever de indenizar deve-se comprovar a existência de dolo ou culpa do suposto agente, de forma que cabe à vítima comprovar a existência deste elemento.

Portanto, na responsabilidade subjetiva a prova de culpa do agente torna-se pressuposto fundamental para a existência da obrigação de indenizar. A culpa caracteriza-se não pela vontade de praticar ato ilícito, mas por não ter o agente adotado uma conduta adequada fato do qual advém o dano.

Deve-se novamente ressaltar que em referência à culpa *stricto sensu* devem estar presentes os elementos da imperícia, negligência e imprudência do agente causador do dano.

O conceito de imperícia refere-se à inaptidão técnica, falta de qualificação ou ausência de conhecimentos básicos que deveriam ser de conhecimento do agente. No caso da negligência, está presente a apatia do agente, é a omissão de precauções, a ausência de cuidados na execução de determinado ato, que acarreta o dano. A imprudência, por sua vez, é um agir de maneira precipitada.

Na teoria subjetiva, portanto, a culpa é o vínculo fundamental entre o dano e a responsabilidade sem o qual não se poderia pensar na obrigação de restaurar a situação ao estado anterior ao prejuízo ou de reparar o dano causado de forma pecuniária.

Em contrapartida na teoria objetiva, o elemento culpa não é pressuposto fundamental, não se exige da vítima a comprovação de culpa do agente causador do dano. É a teoria em que se tem a culpa presumida através do próprio ordenamento jurídico ou simplesmente por se dispensar a sua comprovação, de forma que cabe

ao agente comprovar que o dano ocorreu por fato alheio aos seus atos, como caso fortuito ou de força maior.

A culpa não é pressuposto fundamental na responsabilidade objetiva, tem-se sua substituição pelo elemento risco, nesta teoria o dever de reparar deriva da lei ou simplesmente de se ter estabelecido que determinada atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implica risco para os direitos de outrem. A teoria objetiva também se preocupa com a possibilidade de um reparo às condições lesivas existentes antes da omissão ou ação.

Portanto, a responsabilidade civil objetiva somente é aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou por ser dispensada a comprovação de culpa, sendo que a responsabilidade civil continua, de maneira geral, vinculada à teoria subjetiva.

Desta feita, conclui-se que a responsabilidade civil objetiva é utilizada como exceção, sendo que a teoria subjetiva é adotada pelo ordenamento jurídico pátrio com regra¹⁴.

O dever de indenizar decorrente da teoria objetiva não resulta, necessariamente, de um ato ilícito do responsável, mas também de sua conduta perigosa. Pode-se dizer que ainda que a atitude que originou o dano está ligada indiretamente ao agente, por exemplo, quando a ação é praticada por seu preposto, àquele será responsabilizado, pois a simples existência do fato gera um dever de reparar o dano. O lesado, nesta teoria, sempre terá direito à indenização fundamentando que deve ser reparado todo erro resultado de atos em quais estão presentes o elemento risco¹⁵.

A responsabilidade objetiva também é denominada como teoria do risco, segundo qual aquele que através de sua atividade criar um risco de dano a outrem terá o dever de indenizá-lo. Portanto, a teoria objetiva, ou de risco, é configurada em casos específicos.

Nos casos em que se enquadra a teoria objetiva o autor necessita apenas comprovar a ação ou omissão do réu e o resultado danoso, sendo que não cabe àquele a comprovação de culpa ou dolo do agente. Lembra-se ainda, que em outras

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, v. IV, p. 15.

situações a prova da culpa é inteiramente dispensada, bastando, para a obrigação de indenizar, que ocorra uma relação causal entre a ação e o dano.

Ao agente causador do dano cabe, na responsabilidade objetiva, provar que o fato danoso adveio de culpa exclusiva da vítima, de caso fortuito ou de força maior, visando demonstrar a inexistência do nexo causal para assim eximir-se da obrigação de indenizar.

¹⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *ob. cit.*, p.54.

3. Responsabilidade Civil Médica – Uma visão histórica.

Sempre existiu a necessidade de reparação do dano sofrido por determinado indivíduo. A busca pela avaliação do dano sofrido e sua quantificação material para a sua reparação e penalização do agente causador desde o início dos tempos foi motivo de delongados questionamentos.

Se for difícil a quantificação do dano material causado a outrem, mais difícil será, ainda, quando o dano causado é decorrente de erro médico. A necessidade de se estabelecer a eventual responsabilidade do culpado, determinando uma sanção, física, moral ou mesmo obrigacional, sempre esteve presente na história da humanidade.

A História da medicina demonstra claramente que a responsabilização do profissional sempre esteve relacionada com os costumes de cada época. Durante muito tempo a medicina esteve diretamente relacionada às divindades, sendo que a elas eram atribuídas às enfermidades e até mesmo as suas curas. O caráter religioso era muito forte nas relações sociais da Antigüidade, sendo que a medicina na maioria das vezes era exercida por pessoas desqualificadas.

Apesar da presença da religião no cotidiano daquelas pessoas e da atribuição dos males às divindades, as punições aos ditos erros médicos eram muitas vezes demasiadamente severas.

O mais antigo documento histórico que se conhece sobre o erro médico é a *Ley de Ur Nammu*, ou *Tábuas de Nippur*, e constitui a base dos demais códigos que existiram ao longo da evolução da história.

O Código de Hamurabi previa penas para reparação de dano causado por falha médica. Nesta época o médico – chamado *muskênum* - era responsabilizado se, por erro, causasse lesões ou provocasse a morte de seus pacientes. A pena, segundo o Código de Hamurabi, seria imposta de acordo com a classe social à qual pertencia a vítima ou através da Lei de Talião.

O Código de Hamurabi no entendimento de Miguel Kfouri Neto¹⁶ não levava em consideração o conceito de culpa, conforme o aspecto jurídico atual, pois uma vez que o médico tratava de um paciente seria responsabilizado por todos os atos praticados independente se por erro seu ou meramente estado de saúde do paciente, este veio a falecer após uma intervenção cirúrgica, por exemplo.

A Lei de Moisés, praticamente coexistente com o Código de Hamurabi, continha em um de seus capítulos normas referentes à reparação do dano corporal, através da Lei de Talião, assim como no Código de Hamurabi.

Nesta época, o castigo para o médico em caso de resultados adversos ou de má prática era superior ao preço que receberia pelo êxito. Assim, como exemplo, se por uma cura de um homem livre, pela qual receberia dez moedas de prata, obtivesse maus resultados, suas mãos seriam cortadas. Em tratando um escravo, e este ficasse inutilizado ou viesse a falecer, estaria obrigado a dar outro escravo.

Durante a vigência da Lei de Moisés, outros manuscritos também foram criados, em diferentes culturas, mas acabaram sendo esquecidos no decorrer dos séculos. É o caso das Tábuas de Bognazkeni, datado do ano 1290 a.C., que traz várias referências à reparação das lesões.

Mais tarde surge o livro Manusmriti, ou o Código de Manu, nesta época a cultura hindu previa a penalização do profissional que exercesse a medicina e causasse dano à vítima de forma pecuniária, através de multas.

No Egito, os médicos eram confundidos com os sacerdotes, estando, pois em uma elevada classe social. Havia o “Livro Sagrado” cujas regras norteavam os atos que deveriam ser praticados pelos médicos durante o tratamento e, apenas se, o profissional, não observasse aquelas regras seria punido se algum dano fosse causado ao paciente.

Em Roma com o afastamento da vingança privada e assunção da responsabilização do profissional pelo Estado, diversas são as mudanças em relação à indenização por dano pessoal, sendo que em relação ao erro médico, há uma valorização de certos elementos como: o estado físico do lesionado, a

¹⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.46.

qualificação pessoal, os gastos médicos e a noção de incapacidade temporária, fundamentalmente representado pela Lei das XII Tábuas.

Mas a responsabilidade médica na época Romana foi efetivamente estabelecida com a *lex Aquilia* “formulou-se um conceito de culpa, bem como se fixaram algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas”¹⁷.

Como exemplo de penalidade atribuída aos médicos, pela Lei Aquilia, temos o pagamento de indenização pela morte de um escravo e a pena capital pela morte de um cidadão quando os profissionais eram considerados culpados por imperícia.

Desta forma Hildegard Giostri¹⁸ em seu trabalho de pós-graduação demonstra que:

Quando surgiu a Lei Aquília, vieram com ela os primeiros rudimentos da responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico culpado pelo cometimento de um erro profissional.

Para a legislação aquiliana o homem livre, ao contrário do escravo, não podia ser valorado, sendo que a valoração do escravo estava diretamente ligada à execução de suas tarefas, devendo ser o seu dono indenizado no caso de erro médico.

Ademais, ainda descreve de forma bastante elucidativa Miguel Kfourri Neto¹⁹ que “para intentar a *actio legis Aquiliae*, era necessário: a) que o dano tivesse causado injúria, isto é, contrariasse o direito; b) uma falta positiva (*in committendo*)”. Deixar o escravo alheio morrer de fome, por constituir culpa *in omittendo*, não gerava responsabilidade.

¹⁷ KFOURI NETO, *ob. cit.*, p. 47

¹⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico*, p. 20.

¹⁹ KFOURI NETO, *ob. cit.*, p. 47.

Na Grécia a junção da filosofia com a ciência possibilita o surgimento de novos elementos científicos em detrimento dos predominantes conceitos não racionais e empíricos, sobrepondo-se à Lei de Talião.

Os estudos desenvolvidos na Grécia vieram a constituir o *Corpus Hippocraticum*, esta fase ainda hoje é lembrada pelos profissionais da área através do juramento de Hipócrates.

Pode-se visualizar, seguindo Kfourri Neto²⁰, que na Grécia o entendimento que a culpa do médico não é presumida e depende de análise da conduta do profissional e não somente da obtenção do êxito no tratamento do paciente desenvolve as bases do pensamento moderno em relação ao tema, sendo que para os gregos a conduta do profissional deveria ser avaliada por um perito da medicina e por um colegiado de médico.

Portanto, a responsabilidade médica passa a ser vislumbrada de um outro ângulo, de maneira que se analisa a conduta do profissional e não somente a obtenção do resultado almejado.

Na cultura árabe pré-islâmica a indenização do homem livre, em caso de morte, era paga em quantia fixa, normalmente medida em número de animais.

Nas lesões que não acarretavam à morte do paciente a gravidade da lesão era considerada para se estabelecer a indenização. Em casos de lesões complexas seria requisitada a presença de um perito para calcular a depreciação ocorrida, avaliando-se como a um escravo. O *Dijah* (indenização máxima que se poderia obter em cada situação) era parâmetro para todo tipo de lesão não mortal.

O Renascimento trouxe um marco histórico, a *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada pelo Imperador Carlos no ano 1532, que reconhecia o médico como auxiliar fundamental nos assuntos jurídicos, constituindo-se a partir deste momento as bases para o desenvolvimento da medicina legal. Carlos Magno, no século XVI, determinou a intervenção médica nos casos de avaliação de lesões. A participação dos médicos no processo legislativo, durante este período, incluiu a descrição

²⁰ KFOURI NETO, *ob. cit.*, p. 49.

anatômica de ferimentos no ordenamento e a valoração das indenizações, seriam arbitradas de acordo com a dimensão e a localização das lesões.

Durante o período contemporâneo, “no século XVIII que se passou a diferenciar as falhas decorrentes de imprudência imperícia e negligência, dos erros originados da falta de recursos tecnológicos”²¹.

Os franceses iniciam a distinção entre a responsabilidade penal e a civil. Assumiram postura bastante peculiar quanto à responsabilidade médica, estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, influenciando na visão de obrigação contratual assumida pelo profissional da medicina.

O direito francês, norteado pela decisão da Academia de Medicina de Paris em 1829, proclamou a responsabilidade moral dos médicos adotando um entendimento tendencioso à inimizabilidade, em virtude da multiplicidade de fatores – e do caráter subjetivo da maioria deles – capazes de influenciar os resultados de um procedimento médico.

Havia o entendimento da necessidade de que não só o dano fosse efetivamente comprovado através de perícia, realizada por profissionais destacados, mas que também se provasse que este mesmo dano decorreu de manifesta imprudência, imperícia ou negligência.

Miguel Kfoury²², transcrevendo um trecho da obra de Newton Pacheco, aponta um dos casos que configurou um marco na responsabilidade civil médica, responsável pela modificação do pensamento nos tribunais franceses.

Newton Pacheco ressalta a prudência e circunspeção com que as Cortes francesas apreciavam a responsabilidade médica, verificáveis pela análise de mais de um século de jurisprudência.

Referido autor passa a narrar, então, a verdadeira revolução operada na jurisprudência francesa, de 1832 em diante, desencadeada a partir do processo em que sobressai a atuação do Procurador Dupin: ‘O caso, em resumo, foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em

²¹ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 20.

²² KFOURI NETO, *ob. cit.*, p. 52.

apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tronco-traumatismo. Diante de tal situação, a família Foulcault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

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

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

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

Doutrinou, então, o Procurador Dupin – e a ensinança ainda hoje se revela atual: '(...) do momento em que houve a negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa.

Os efeitos da revolução científica do século XX transformaram definitivamente a atividade médica em uma prática tecnicamente segura amparada em um sólido conhecimento científico. Assim, o pensamento do ato médico resultou em uma fusão de uma complexa combinação de empirismo e raciocínio clínico, razão pela qual exigiu uma adequação das normas jurídicas do instituto da responsabilidade civil à evolução da própria civilização.

4. A Responsabilidade Civil Médica e o Direito Pátrio.

A responsabilidade civil do médico estabeleceu-se nas características atuais no início do século XIX, pela jurisprudência francesa. Faz mister transcrever trecho de parecer do procurador-geral Dupin sobre um caso ocorrido em 1835, retirado da obra de Genival Veloso de França²³:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

(...)

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

No Brasil, a obrigação de reparação de danos estava inicialmente atrelada à responsabilidade penal, havendo menção, no Código Criminal de 1830, ao ressarcimento pelo ofensor à vítima, em razão do dano causado. No entanto, em 1932, após a consolidação do instituto da responsabilidade civil como independente da responsabilidade criminal, e a fundamentação do conceito de culpa, foi normatizada e fiscalizada a conduta médica, consolidando regras éticas, morais e jurídicas aos profissionais da saúde.

O médico como profissional liberal enquadra-se no § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que assim estabelece:

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.

²³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, p.136.

(...)

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

Atualmente, com o advento do novo Código Civil, a responsabilidade do médico, de forma geral, está intimamente relacionada com a culpa do profissional. A reparação do dano causado deve ser obtida através da comprovação da culpa *stricto sensu* ou dolo do profissional, ou seja, cabe ao paciente, ou melhor, a vítima, o ônus probatório da culpa ou dolo do profissional no dano causado. Há algumas exceções em que se pode presumir a culpa do profissional, quais sejam as obrigações de resultado, que serão objeto de estudo em item seqüente.

O Código Civil vigente nada inovou em relação à responsabilidade do profissional de medicina, permanecendo a responsabilidade subjetiva. A teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade profissional do médico está elucidada totalmente nos artigos 186 e 951 do Código Civil vigente.

Para que seja exigida a indenização do erro médico devem estar presentes os elementos, conforme Hélio Gomes²⁴: o agente (que seria o médico), o ato profissional, a culpa, o dano e a relação causal entre o ato e o dano. Continua sendo exigido, portanto, que se prove a imperícia, imprudência ou negligência do profissional mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos, por exemplo ²⁵.

A negligência médica ocorre na forma de uma conduta passiva, ou seja, omissão. São exemplos de negligência do profissional o esquecimento de instrumentos cirúrgicos no abdômen do paciente ou o erro de diagnóstico por utilizar-se, o médico, de exames superficiais.

A imprudência, por sua vez, ocorre quando o profissional da arte de curar toma atitudes precipitadas, não justificadas e sem cautela, ou seja, são aqueles casos em que o médico dá alta ao paciente que deveria continuar em observação,

²⁴ GOMES, Hélio. *Medicina Legal*, p.652.

²⁵ KIFOURI NETO, *ob. cit.*, p. 60.

causando-lhe dano; ou quando, por exemplo, utiliza técnica cirúrgica arriscada ao invés da tradicional, sem nenhuma justificativa.

Nota-se a presença de imperícia, quando o médico demonstra falta de conhecimento técnico no exercício de sua profissão.

Cabe ao paciente ou a quem acusa a ocorrência do erro médico comprovar a negligência, imprudência ou imperícia, destarte que estes nunca serão considerados como presumidos²⁶.

Para a existência da responsabilidade de indenizar, deve a vítima, provar o nexo causal entre o dano sofrido pela mesma e o ato culposo do médico. A importância na comprovação do nexo causal objetiva demonstrar que sem o erro cometido, culposamente, o paciente não teria sofrido determinada lesão.

A legislação pátria, apesar de uma minoria doutrinária entender que a responsabilidade médica deve ser objetiva²⁷, é clara no que se refere à subjetividade da responsabilidade deste profissional.

O extinto Tribunal de Alçada do Paraná em análise recursal seguiu o seguinte entendimento²⁸:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - CULPA NÃO DEMONSTRADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ART. 186, DO CÓDIGO CIVIL. ASSISTÊNCIA

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto, *ob. cit.*, p. 122.

²⁷ A responsabilidade objetiva do médico é defendida por parte da doutrina com intuito de se ter a culpa presumida, o que inverteria o ônus probatório. Desta forma, estaria a cargo do profissional provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, eximindo-se assim, da obrigação de indenizar a vítima. Conforme transcrito por Kfoury em sua obra, Hermes Rodrigues de Alcântara mostra-se defensor da responsabilidade objetiva do médico, pois "Com os elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador não se exigirá que vista o escafrando etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores todos os cálculos são possíveis para se determinar uma incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata". A parte da doutrina que defende o entendimento de objetividade na responsabilidade civil do médico pretende facilitar ao ofendido a prova de que houve culpa médica no dano causado e dessa forma facilitar que este dano seja indenizado.

²⁸ TAPR: Ap. Civ. , Rel. Juiz Guilherme Luiz Gomes.

**JUDICIÁRIA - CONCESSÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 4º E 12º,
DA LEI 1.060/50.**

(...)Por outro lado, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, dependendo da comprovação de culpa, nos termos do § 4º do art. 14 do mencionado diploma legal: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa." Neste sentido o ensinamento do Professor e Desembargador MIGUEL KFOURI NETO: "Os arts. 186 e 951 do novel Código Civil pátrio, continuam a agasalhar inteiramente a teoria da culpa, no que diz respeito à responsabilidade profissional do médico. Sobrevindo dano - morte, incapacidade ou ferimento -, a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* - negligência, imprudência ou imperícia - para poder ser ressarcida." (Responsabilidade Civil do Médico - Ed Revista dos Tribunais - 5ª edição - p. 91).

A responsabilidade subjetiva do médico exige a comprovação, por parte da vítima, da culpa *stricto sensu* ou dolo. Embora, seja de responsabilidade do ofendido a comprovação da culpa do profissional pode-se inverter o ônus probatório, pois a obtenção de prova do erro cometido torna-se, na maioria das vezes, um transtorno à vítima. Os termos extremamente técnicos inerentes à arte de curar dificulta o entendimento dos leigos em relação aos medicamentos ministrados e tratamentos realizados. É visível, portanto, a hipossuficiência da vítima em relação ao agente causador do dano. Dessa forma, apesar de a responsabilidade civil do médico estar provida de caráter subjetivo, diversos são os entendimentos jurisprudenciais no sentido do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, inverte-se o ônus da prova devido a hipossuficiência não apenas econômica, mas principalmente técnica. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves²⁹ "o profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade".

Ao contrário, a responsabilidade objetiva não exige a prova de culpa do profissional, pois esta seria meramente dispensada ou estaria presumida em lei. Entretanto, no caso de algumas especialidades médicas específicas, como a cirurgia estética, o ofendido não está obrigado à comprovação da culpa do médico. Nestes casos de prestação obrigacional de resultado o médico para eximir-se do dever de indenizar deve comprovar que o dano decorreu de fato adverso à sua vontade e aos seus atos.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 363.

Difícil, é, no entanto, para o jurista leigo na prática profissional da medicina atestar e quantificar a culpa do agente nos casos de responsabilidade médica.

A apuração da culpa do profissional da medicina deve ser conduzida da mesma forma em que se apura qualquer modalidade da culpa. A partir do critério da *Lex Artis ad hoc*, que valora de forma individualizada cada ato concretizado pelo profissional, o magistrado deve analisar o ato médico em separado, verificando se o profissional teve uma atuação compatível ou não com as técnicas exigidas para determinada atuação.

O magistrado deve analisar o caso concreto e tentar relacionar os cuidados que o médico deveria ter em relação ao paciente, os equipamentos que estavam disponíveis e o conhecimento que seria inerente a qualquer outro profissional em sua posição ao que verdadeiramente ocorreu na situação. Nos casos em que se observa claramente que os devidos cuidados não foram despendidos, ou que o profissional possui conhecimento inferior ao necessário, ou ainda que se utilizou de métodos não convencionais, entende-se a existência da culpa. Importante salientar que a culpa não precisa ser grave, basta a sua existência para que o médico seja condenado à reparação do dano³⁰.

Deve-se, no entanto, além de comprovar-se a culpa, buscar o vínculo de causalidade entre os atos praticados pelo médico e o dano. O nexo causal deve ser comprovado de forma a evidenciar um elo entre a conduta do agente e o dano, destarte que a conduta é tida como fato gerador, ainda que de forma indireta, do dano causado. A alegação da classe médica de que cada paciente pode reagir de maneira diversa ao mesmo tratamento, vislumbra a dificuldade em reconhecer o nexo de causalidade nos domínios da responsabilidade médica. Porém, deve o magistrado observar de forma atenta aos cuidados e procedimentos realizados pelo profissional para a caracterização do nexo de causalidade³¹.

Assim, o magistrado deve buscar os meios necessários de provas para que possa realmente estabelecer o nexo de causalidade entre os atos praticados pelo médico e o dano causado, além da culpa do profissional no mesmo dano. A prova

³⁰ AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Direito e Medicina. Aspectos Jurídicos da Medicina*, p.145.

pericial não deve vincular o magistrado em sua decisão, pois as demais provas também devem ser apreciadas pelo magistrado e, ainda conforme Ruy Rosado de Aguiar Jr.³² são consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenvolvem normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgicas, além das dificuldades apresentadas pela vítima em decorrência da própria doença, sendo, em geral, um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos aos quais é submetido, sem conhecimento para avaliar causa e efeito, sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na maioria das vezes impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, todavia, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo.

Os pressupostos da responsabilidade civil médica devem estar presentes para que seja possível a reparação do dano causado, sendo que Kfoury estabelece os seguintes pressupostos: a) comportamento próprio, ativo ou passivo; b) que tal comportamento viole o dever de atenção e cuidado próprios da profissão médica, tornando-se antijurídico; c) a conduta deve ser imputada subjetivamente ao médico, a título de culpa ou dolo; d) que haja um resultado danoso, material ou moral; e) relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.

Resta ao magistrado estabelecer a existência dos pressupostos da responsabilidade civil médica para que o dano sofrido seja reparado na medida de sua gravidade, pois apesar de não ter, o magistrado, conhecimentos técnicos em relação à medicina, tem a possibilidade de utilizar de meios probatórios para o estabelecimento da responsabilidade médica.

Conforme vimos anteriormente em ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Jr., o magistrado, poderá graduar a gravidade da culpa atribuída ao médico para que se possa quantificar a indenização devida. Para isto, também, deve considerar a eventual concorrência de culpa da vítima e o grau de culpa do profissional. Conforme disposto no art. 945 do Código Civil, temos que:

³¹ KFOURI NETO, *ob. cit.*, p. 82.

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

Nos casos de concorrência de culpa da vítima com o médico, agente causador do dano, a indenização poderá ser reduzida, sendo que a responsabilidade pelo dano causado será atribuída a ambos em suas devidas proporções³³.

A valoração da culpa do agente causador do dano, pelo magistrado, visa quantificar o valor a ser definido como critério indenizatório, visto que a própria existência da culpa já é fator gerador de responsabilidade do médico.

A culpa, conforme visto em item anterior, pode ser qualificada como leve, levíssima e grave. Esta última muito se aproxima do dano, entretanto dele se afasta quando verificada a inexistência de vontade por parte do agente em causar o dano. Em geral o médico não deseja causar dano a seu paciente, ao contrário, a medicina, ou arte de curar, busca a solução para enfermidades ou cura de seus pacientes. Nesta classificação de culpa grave enquadram hipóteses em que se verifica pouco ou nenhum cuidado com a vida, retardamento de procedimento urgente de maneira injustificada ou desprezo de sintomas evidentes, que a qualquer outro profissional em mesma situação seria evidente a necessidade de atendimento imediato ou utilização de outros tratamentos. Nesta categoria de culpa grave ainda se pode mencionar como exemplo, a realização de intervenções cirúrgicas de natureza estética por profissionais não especializados nesta área³⁴.

Portanto, deve o juiz estabelecer comparação entre condutas para que se possa enquadrar na gradação estabelecida para a culpa do agente, sempre observando as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar.

³² AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, Revista dos Tribunais, vol.718, p. 38.

³³ Note-se que nos casos de culpa concorrente entre vítima e agente causador do dano, a responsabilidade deste em indenizar a vítima não será excluída, podendo, em casos de comprovada culpa da vítima, ser reduzida a indenização. A existência de culpa comprovada do profissional, qualquer que seja a sua proporção, gera a vítima o direito à indenização.

³⁴ KFOURI NETO, *ob. cit.*, p.75.

O direito pátrio é unânime no que se refere ao entendimento do caráter contratual da relação estabelecida entre médico e paciente. Entretanto, está evidenciado no ordenamento jurídico pátrio, na doutrina e jurisprudência que poderão existir casos em quais a responsabilidade médica tenha caráter extracontratual, como quando o médico encontra na rua um acidentado prestando-lhe socorro imediato.

5. Natureza Contratual da Responsabilidade Civil Médica.

Na doutrina e jurisprudência brasileira é dominante o entendimento de que, em geral, a responsabilidade civil médica possui natureza contratual decorrente do vínculo formado entre médico e paciente.

A responsabilidade contratual é exigida quando há um descumprimento, ou mora no cumprimento, de uma obrigação estabelecida no contrato, ou seja, o descumprimento do mesmo.

Na responsabilidade contratual a vítima do dano decorrente do inadimplemento de uma obrigação deve demonstrar o seu descumprimento. Em contrapartida, ao devedor cabe provar a existência de qualquer excludente do dever de indenizar ou a inexistência de culpa.

Entretanto, de forma geral, o médico se compromete a atuar em conformidade com as regras técnicas e éticas de sua profissão, buscando uma cura ao paciente e estabelecendo uma relação obrigacional de meio - conforme será visualizado de maneira esclarecedora em item subsequente -, sendo que não se pode responsabilizá-lo civilmente alegando um mero descumprimento contratual sem que estejam presentes os requisitos fundamentais da responsabilidade civil.

Conforme salienta Miguel Kfoury Neto, “o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que se poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão”³⁵.

O descumprimento do contrato pode ocasionar à reparação do dano causado, sendo que em casos de o inadimplemento ser resultante de um evento estranho à vontade do devedor, não há em que se cogitar acerca da responsabilidade daquele.

³⁵ KFOURI NETO, ob. cit. p. 58.

Destarte, caso seja evidente a presença de excludentes da responsabilidade médica – quais sejam: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiros ou fatos das coisas –, não se poderá imputar ao médico a responsabilidade pelo dano ocorrido em seu paciente³⁶. Mister se faz mencionar que nestes casos caberá ao profissional a comprovação de que o dano proveio de fato alheio a sua conduta.

Conforme natureza contratual da relação médico-paciente, basta ao autor provar a existência do contrato, seu inadimplemento causador do dano e o nexo de causalidade para a postulação de indenização, sendo que o réu deve provar, para isenção de sua responsabilidade, que o dano decorreu de fato alheio a ele.

No que tange à natureza contratual da responsabilidade médica, tanto a doutrina quanto à jurisprudência seguem o mesmo entendimento, todavia, em relação o mesmo não ocorre quando da especificação do tipo do contrato à qual pertence a relação.

As principais correntes doutrinárias, conforme salienta Kfoury³⁷, classificam o contrato entre médico e paciente em: mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, inominado ou multiforme. Todavia, convém salientar que na prática, independente da classe em qual se enquadra o contrato em questão, as consequências não se alteram, pois independente de ser um contrato típico ou *sui generis*, o ônus da prova da inexecução contratual cabe ao paciente.

³⁶ GIOSTRI, ob. cit. p. 101.

³⁷ KFOURI, ob. cit. p. 59.

6. A Natureza Extracontratual da Responsabilidade Médica.

Embora seja consensual o entendimento de que a natureza da relação médico-paciente seja contratual, há casos em que esta relação possui característica extracontratual.

As hipóteses em que se tem responsabilidade médica extracontratual são tidas como excepcionais, considerando-se que, em geral, a prestação do serviço médico decorre da procura do paciente pelo profissional.

Dentre estas hipóteses, encontram-se àquelas em quais os serviços do profissional são prestados sem o consentimento do paciente ou de seu responsável, em virtude de certas peculiaridades. A prestação dos serviços médicos será extracontratual em situações específicas abrangendo os casos em que o agente encontra-se em circunstância que o obrigue a prestar atendimento ao doente, como por exemplo, acontece na emergência de intervenção a favor de incapaz por idade ou doença mental ou na situação de médico servidor público que se obriga a atender segurados dos institutos de saúde pública³⁸.

A distinção entre a contratualidade ou extracontratualidade da responsabilidade civil do médico reflete diretamente na carga probatória. Portanto, é de fundamental importância o estabelecimento da natureza da relação entre o profissional e seu paciente.

Nos casos de responsabilidade extracontratual ao autor da ação cabe provar, além dos pressupostos da responsabilidade civil, a existência de imprudência, negligência ou imperícia do agente.

Por fim, a doutrina entende que as relações entre médicos e pacientes são dotadas de características específicas a cada caso, sendo que se tornou necessária a sua diferenciação em obrigações de meio e de resultado.

³⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. p. 122.

7. Obrigações de Meio e de Resultado.

Conforme alude a doutrina majoritária elucidada na obra de GIOSTRI³⁹ “uma obrigação pode ter por conteúdo uma prestação determinada – visando um resultado efetivo -, ou pode se limitar ao emprego de meios para tingir um fim”.

Entende-se, portanto, que a obrigação de resultado é aquela em que o devedor obriga-se ao cumprimento de determinado objetivo, sendo que a não consecução do fim estipulado caracteriza o descumprimento contratual. De maneira, que o devedor deve comprovar que a inexecução do contrato deu-se por motivo alheio a ele, conforme citado em capítulo anterior, exonerando-se dessa forma da responsabilidade civil.

Em contrapartida, na obrigação de meio o devedor compromete-se a utilizar, novamente citando os ensinamentos de Giostri⁴⁰, “a utilizar toda a sua potencialidade física e mental, de todos os cuidados conscienciosos e atentos, de toda a aparelhagem disponível e adequada para atingir o melhor resultado”. Portanto, a obrigação de meio é aquela em que o profissional não se obriga pelo resultado, mas, tão-somente, a proceder de molde a que, utilizando-se dos meios que lhe são disponíveis, inclusive boa técnica e cautelas procedimentais necessárias, se obtenha o resultado favorável almejado, sem comprometer-se, o profissional, com o resultado.

De forma geral a doutrina e a jurisprudência têm mantido o entendimento de que a responsabilidade civil médica é de obrigação de meio – com algumas exceções, como a cirurgia plástica cosmética ou estética – pois deve o profissional utilizar-se de todos os meios de que dispõe para obter a cura do paciente, sem, no entanto, garanti-la. O contrato que se insere nas obrigações de meio não obriga o devedor à persecução de determinado fim, mas sim a realização de determinada atividade pelo devedor de maneira que este deve se empenhar na procura do fim. Desta forma a não consecução do fim não enseja em

³⁹ GIOSTRI, *ob. cit.*, p. 163.

descumprimento contratual, pois não era este o objeto estipulado entre as partes, sendo que não será responsabilizado o devedor por descumprimento do contrato, salvo tenha atuado de maneira a caracterizar sua culpa em dano ao outro contratante⁴¹.

No que concerne à responsabilidade do profissional da medicina o entendimento majoritário caminha no sentido de que o médico não está obrigado a curar seu paciente, mas deve almejar e, empenhar-se para tal, o melhor resultado para o enfermo. Seguindo este entendimento nota-se, portanto, a caracterização de uma prestação obrigacional de meio, fato pelo qual não será responsabilizado o profissional caso não tenha atuado de forma a dar causa ao dano⁴².

Todavia, conforme mencionado anteriormente, em alguns casos específicos a maioria doutrinária e jurisprudencial entende que a obrigação do médico é de resultado, são os casos, por exemplo, da cirurgia estética, transfusões de sangue e do anesthesiologista.

Nos casos em que se busca o resultado, como na cirurgia estética ou embelezadora, cabe a vítima apenas provar que o objetivo almejado não foi alcançado, pois, se a obrigação é de resultado, e este não foi alcançado, em tese, se tem uma culpa presumida do médico a quem compete demonstrar que agiu na forma adequada e tomou os cuidados necessários na intervenção cirúrgica, sendo que o resultado diverso do pretendido decorreu de fato contrário a sua responsabilidade, como, por exemplo, em caso de o paciente não cumprir as indicações de pós-operatório.

A distinção entre a prestação obrigacional de meio e a de resultado que decorre da responsabilidade civil do médico, tem por finalidade o estabelecimento do carga probatória. Pois, o entendimento segue no sentido de que nas obrigações de meio o dever de provar a relação entre o dano e a atuação do médico cabe ao paciente, em sentido contrário, nas obrigações de resultado ocorre uma divisão do ônus probatório, sendo que o paciente deve comprovar que o resultado pré-

⁴⁰ GIOSTRI, *ob. cit.*, p. 166.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito & Medicina – Aspectos Jurídicos da Medicina*, p.115.

⁴² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica. As obrigações de Meio e de Resultado: Avaliação, Uso e Adequação*, p.119.

estabelecido não foi obtido e ao médico cabe a prova de que tal fim diverso alcançado adveio de causa contrária à sua responsabilidade e em desacordo com seus atos e vontade.

Mister se faz salientar que a doutrina dominante considera, em sua maioria, que decorre da relação médico-paciente uma prestação obrigacional de meio – respeitando-se o entendimento diverso nos casos específicos anteriormente mencionados –, em virtude de que o médico deve utilizar-se de todos os recursos, diligência e zelo necessários e disponíveis para curar o paciente não estando obrigado a isto. De modo que caso venha ocorrer resultado funesto ao paciente deve ser comprovado que tal resultado derivou de imprudência, negligência ou imperícia do profissional⁴³.

⁴³ RODRIGUES, ob. cit., p. 233.

8. Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico

A cirurgia plástica teve sua origem durante a 1ª. Guerra Mundial, sendo que a priori destinou-se exclusivamente ao tratamento dos que apresentavam mutilações na face, obtendo sua reparação. Com o passar dos anos, as técnicas de cirurgia plástica foram se aperfeiçoando, passando também a atender os anseios da vaidade.

Inicialmente a cirurgia plástica estética não era vista como as demais especialidades médicas, sendo que os seus praticantes encontravam-se em uma posição menos nobre em relação as demais especializações. Para a sociedade a cirurgia estética era tratada de forma preconceituosa por não ter como objetivo a cura de uma doença, mas sim apenas a melhora da aparência do paciente.

Tempos depois a cirurgia estética tornou-se de fácil acesso a todos conseguindo, desta forma, os profissionais seu devido espaço e reconhecido respeito. Atualmente, este ramo da medicina é visto com naturalidade sendo que a cada dia cresce o número de pessoas que recorrem à cirurgia estética, buscando o aumento em sua auto-estima e uma satisfação pessoal.

A busca por homens e mulheres pelo melhoramento de suas aparências e o aperfeiçoamento estético de seus corpos tem encontrado na cirurgia estética grande aliada. É considerada totalmente lícita a atividade da cirurgia plástica, sendo que todos têm o direito de melhorar sua aparência do mesmo modo que de sua saúde.

Todavia, juntamente com a popularização da cirurgia estética adveio o aumento do número de erros decorrentes da mesma. Erros estes que muitas vezes ocorrem em função da prática de cirurgia plástica por profissionais desqualificados. Deve-se ressaltar que ao médico atuante neste ramo da arte de curar deve ser aplicado o mesmo tratamento que a qualquer outra especialidade médica ⁴⁴.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 168.

Desta forma, à especialidade de cirurgia plástica aplicam-se os mesmos preceitos quanto às demais especialidades médicas, no que tange à responsabilidade civil.

Tem-se definido, conforme visto acima, duas categorias da cirurgia plástica: a meramente estética e a reparadora. Em relação à primeira, defende a corrente majoritária da doutrina, que a obrigação é de resultado⁴⁵, pois se tratam e casos em que não há uma patologia eminente e sim de uma vontade do paciente em obter resultado específico. Estando, portanto, o médico vinculado a um resultado determinado e tendo a culpa presumida, pois a partir do momento em que o médico cirurgião assume uma obrigação de resultado deve ser responsabilizado pela sua obtenção. Há, no entanto, casos de cirurgia plástica reparadora, que corrige lesões congênitas ou adquiridas, como a que reconstitui de lábio leporino⁴⁶ ou reparação de queimaduras, casos em que o profissional deve empregar todos os meios necessários para diminuir ou até suprimir o defeito apresentado pelo paciente, sendo que a obrigação adquirida pelo médico é de meio.

É corrente, portanto, na doutrina brasileira que a cirurgia reparadora constitui uma obrigação de meio, enquadrando-se na regra geral aplicada à responsabilidade médica, ou seja, a relação contratual médico paciente ocorre em busca de um agir diligente, zeloso e prudente do médico visando o melhor resultado ao paciente sem, no entanto, vincular-se a este.

⁴⁵ Vale mais uma vez citar que uma parte da doutrina tenta nortear os entendimentos jurídicos no sentido de estabelecer a prestação obrigacional decorrente de cirurgia estética como obrigação de meio. Miguel Kfoury Neto em sua obra transcreve trecho de recente publicação de Luís O. Andorno, para o qual: "Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também à cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência." Novamente, nota-se a divergência doutrinária no que se refere ao estabelecimento da cirurgia estética dentro do campo das prestações obrigacionais de resultado ou de meio.

⁴⁶ O lábio leporino é uma das más-formações congênitas mais comuns. Com essa má-formação, o osso da arcada dentária superior, o músculo e a mucosa ("pele") do lábio não se fecham durante o desenvolvimento da criança no útero. Nos casos mais graves, essa abertura se estende até a garganta, deixando um buraco no céu da boca, com ligação para a parte interna do nariz. A correção dessa má-formação é de primordial importância para a alimentação do recém-nascido, sendo que pode ser realizada através de cirurgia reparadora.

Evidente está à distinção da cirurgia plástica perante a jurisprudência e doutrina pátria, no que se refere à obrigação de meio e de resultado. A primeira, conforme visto anteriormente, refere-se às cirurgias plásticas reparadoras e a segunda às intervenções cirúrgicas estéticas ou embelezadoras. Por fim, a cirurgia estética encontra-se inserida no âmbito da prestação obrigacional de resultado, tratando-se, de forma geral, de paciente sadio que almeja remediar uma situação desagradável, embora não qualificada como enfermidade. Nesta esfera o paciente busca um determinado resultado de modo que espera que o cirurgião alcance o objetivo determinado e não apenas se empenhe para conseguí-lo⁴⁷. Assim, a cirurgia plástica de natureza estética não se caracteriza como obrigação de meio, mas como de resultado. O serviço médico, na cirurgia embelezadora, é livremente pactuado entre o profissional e o paciente, sendo que o primeiro deve corresponder ao resultado prometido mediante pagamento de valor estipulado.

A cirurgia plástica, ainda que estética, deve ser vista como uma intervenção cirúrgica como todas as outras, levando-se em consideração que a ocorrência de complicações do pré e pós-operatórios são eminentes a estas podendo, inclusive, ocasionar o óbito do paciente.

Diversas são as causas que, assim como nas demais especialidades, podem contribuir para um resultado diverso do pretendido pelo profissional e que são alheios a sua vontade. Como tais, podem-se citar aspectos subjacentes à saúde do paciente que ao médico não era possível o conhecimento ainda que tenha agido com diligência e prudência, tendo o objetivo sido diverso do estipulado entre as partes por motivo o qual não poderia prever o médico⁴⁸.

Assim, faz-se evidente que as intervenções cirúrgicas estéticas ou embelezadoras estão sujeitas aos mesmos acometimentos que as demais, seja ela de retirada de um tumor ou mesmo uma cesariana, portanto, os cirurgiões plásticos devem ser tratados de forma igualitária no âmbito da responsabilidade profissional.

⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*, vol.4, p. 252.

⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel, *ob cit*, p.157.

Conforme tratado em item anterior, a cirurgia plástica estética é vista, para a maioria da doutrina pátria, como obrigação de resultado⁴⁹. Não bastando, apenas, a utilização de todos os meios necessários na tentativa de obter um resultado, mas devendo o médico obter o resultado o qual espera o paciente.

Nas prestações obrigacionais de resultado, o contrato, seja ele verbal ou escrito, sedimenta-se com a definição do resultado a ser necessariamente alcançado. O resultado, portanto, é o próprio objeto do contrato. Predominante entendimento em face à cirurgia embelezadora, a mera frustração do fim almejado estabelece o descumprimento do contrato equivalendo à sua inexecução⁵⁰.

Analisando o tema Orlando Gomes, conforme se pode evidenciar no trecho transcrito, deixa evidente a existência da obrigação de resultado em relação à cirurgia plástica estética, demonstrando o entendimento da responsabilidade civil do médico em função da obtenção de resultado diverso do acordado com o paciente.

Ressalta o doutrinador Humberto Theodoro Jr⁵¹ :

Há, todavia, algumas situações em que a dita prestação se torna obrigação de resultado, tais como na realização de raios X, de exames laboratoriais, de **cirurgia plástica puramente estética**. A frustração do fim do serviço prestado, *in casu*, é inadimplemento contratual, que, por si só, justifica a responsabilidade indenizatória pelo dano causado ao paciente. (nossos grifos).

Portanto, estariam presentes os requisitos necessários para gerar uma indenização por não ter sido alcançado o resultado pretendido.

⁴⁹ A prestação obrigacional de resultado pelo cirurgião plástico ainda é ponto controverso em nossa doutrina. Algumas correntes doutrinárias defendem que a obrigação do cirurgião plástico em cirurgias cosmetológicas também seria de meio, conforme ocorre nas demais áreas médicas. Assim, em sua tese de doutorado Hildegard Giostrì conclui que “Sendo o corpo humano uma seara onde impera o imprevisível e o conjetural, e sendo que cada organismo pode responder de maneira diferente frente a uma mesma técnica cirúrgica ou tratamento convencional, considera-se inadequado o uso da obrigação de resultado para caracterizá-la prestação obrigacional na área médica, vez que a expectativa de cada paciente sobre determinado tratamento e seu resultado é de foro íntimo e pode não coincidir com o resultado final. O uso da categoria *obrigação de resultado* deve se destinar apenas a searas onde não exista o fator álea. Ademais disso, o elemento diligência não tem o menor valor naquele tipo de obrigação”.

⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel, *ob cit*, p.165.

Ao assumir uma obrigação de resultado⁵², e o paciente sentindo-se insatisfeito com o resultado final, deve o profissional comprovar o não adimplemento da obrigação assumida por motivo de força maior ou caso fortuito, eximindo-se de sua responsabilização.

Apesar de muitos considerarem a cirurgia plástica estética como sendo uma intervenção de vaidade e desnecessária, em muitos casos denota-se também um caráter curativo. Conforme o entendimento de Kfour⁵³

Há que se entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psíquico e social.

Nesse contexto, indubitosa é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou moral.

Em determinados casos até recomendam-se aconselhamento e acompanhamento psicológicos, preparando o paciente para a intervenção a que irá se submeter. Não raras vezes, o satisfatório resultado na cirurgia plástica reflete-se no comportamento do paciente. Livre da imperfeição que o incomodava, de arredo passa a sociável; de calado, a loquaz; de inseguro, a autoconfiante.

Seguem o mesmo entendimento demais doutrinadores ao tratarem a cirurgia estética como cirurgia terapêutica, visto que são tidas como remédios ao

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *ob cit.*, p.117.

⁵² Não podemos deixar de transcrever o entendimento do Ministro Ruy Rosado acerca da prestação obrigacional do cirurgião plástico: "Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiram eles a obrigação de alcançar o resultado pretendido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do 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. (...) 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.

⁵³ KFOURI NETO, *ob. cit.*, p.166.

desequilíbrio psíquico diversas vezes apresentados por pessoas que a ela recorrem⁵⁴.

Entretanto, modernamente, com a popularização das intervenções cirúrgicas de caráter estético, deve o médico contra balançar o risco que a intervenção cirúrgica estética pode apresentar ao paciente e os benefícios que a mesma poderá alcançar. Sempre deve, o profissional, visar um equilíbrio entre estes dois paradigmas e quando o risco ao paciente for superior ao benefício deve-se optar pela não intervenção cirúrgica.

Assim, ao médico cabe verificar analítica e rigorosamente o risco a correr pelo paciente e conseqüentemente informá-lo acerca daquele tentando sempre evidenciá-lo de forma abrangente e clara. O médico encontra-se, portanto vinculado a um dever de informação em relação às conseqüências que cercam a intervenção cirúrgica⁵⁵.

Portanto, é dever do médico advertir seu paciente sobre os riscos do tratamento ao qual irá se submeter. Isto se deve ao fato de que cabe ao paciente decidir se prefere ou não enfrentar os risco do tratamento.

Quando o desequilíbrio entre os paradigmas for visível e o médico optar pela realização da cirurgia incorrerá, o profissional, em responsabilidade ainda que o paciente esteja em acordo com a mesma.

A ausência de necessidade de intervenção cirúrgica no caso de cirurgias estéticas, acarreta ao médico que a execute uma responsabilidade maior no sentido de informar ao paciente todos os riscos que estará correndo. Segundo o entendimento de Giostri⁵⁶

Deve, também, o profissional médico documentar-se acerca das informações concedidas, pois, em caso de insucesso – com posterior ação judicial de responsabilidade -, aquele documento lhe será de valia como comprovante do seu dever cumprido de bem informar.

⁵⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*, p.120.

⁵⁵ *Ibid.*, p.131.

⁵⁶ *Ibid.*, p.130.

Deve-se ainda considerar o fato de que, geralmente, não basta apenas uma intervenção cirúrgica nos casos de cirurgias estéticas.

Na maioria das vezes o resultado almejado não é alcançado na primeira cirurgia, não podendo, entretanto, considerá-la como improfícua. E, ainda, tem o dever, o profissional, de avisar ao paciente da possível existência do chamado *retoque* antes que a primeira intervenção cirúrgica seja realizada.

No caso de cirurgias embelezadoras deve-se considerar que o paciente em muito contribui para o alcance de seu resultado, podendo este ser alterado em função dos atos do paciente. A não observação dos necessários cuidados pós-operatórios é um dos fatores que pode ser responsável pela obtenção de um resultado diverso do pretendido. Destarte, caso comprovado que o resultado negativo adveio do erro do profissional, este deve ser imediatamente responsabilizado, pois a ele cabe determinar até que ponto pode incorrer em determinado tratamento sem que sua debilitação universitária ou instrumental acarrete prejuízo ao paciente⁵⁷.

A verificação correta dos atos praticados pelo médico possibilita, ao magistrado, a avaliação sobre o dano ocorrido, estabelecendo se o mesmo foi causado devido à culpa ou dolo do profissional. Estando comprovada a culpa do cirurgião, ou a existência de dolo, deve este ser responsabilizado pelo dano causado à vítima.

Atualmente, vislumbra-se que - apesar de algumas correntes doutrinárias estarem propensas a visualizar a prestação obrigacional do médico, resultantes de intervenção cirúrgica estética como obrigação de meio -, o entendimento dos Tribunais, seguindo ensinamentos de mestres como Aguiar Dias e Caio Mário, ainda correm no sentido de considerar as obrigações, decorrentes de cirurgias estéticas, como de resultado. Sendo que, o resultado esperado pelo paciente é pré-determinado, ao contrário das demais intervenções cirúrgicas onde se busca a utilização de todos os meios necessários para resguardar a cura do paciente.

⁵⁷ GIOSTRI, *ob. cit.*, p.97.

9. Conclusão

Conforme visto a reparação dos danos causados a outrem sempre foi motivo de preocupação da sociedade, sendo que suas modificações acompanharam a evolução das necessidades humanas.

A atividade médica tem no Código de Hamurábi um dos documentos mais antigos em relação a questões de erro médico, estando presentes diversas sanções aos que causassem lesão ou morte do paciente. Com a evolução social a responsabilidade médica passa a se pautar na culpa, ficando extinta a vingança privada que era inerente ao ofendido.

A evolução tecnológica e a difusão de faculdades de medicina proporcionaram um aumento geométrico de tratamentos, técnicas e profissionais a disposição da sociedade. À medida que as técnicas e tratamentos evoluíram os danos por erro médico tornaram-se cada vez menos aceitos pela sociedade, aumentando, desta forma o número de demandas contra estes profissionais.

Em relação à especialidade tratada no presente trabalho e mais especificamente em relação à cirurgia estética, inúmeras são as demandas contra médicos, visto que a prestação obrigacional é tida como de resultado e a não consecução do mesmo acarreta em responsabilização do médico.

Desta forma, na medida em que o cirurgião plástico assume um compromisso com seu paciente, nas cirurgias embelezadoras, torna-se responsável pela obtenção do resultado pretendido. De maneira que obtido resultado diverso do almejado torna-se possível a responsabilização do profissional.

No que concerne à cirurgia plástica reparadora o entendimento jurisprudencial e doutrinário é unânime no sentido de estabelecê-la no âmbito das prestações obrigacionais de meio, estando enquadrada como a maioria das especialidades e dos atos médicos.

Para se precaver de possíveis demandas deve o profissional respaldar-se de todos os cuidados necessários para intervenção cirúrgica e técnicas de tratamento, bem como deve informar detalhadamente e de forma documentada o seu paciente dos riscos inerentes ao tratamento que será realizado. Em casos de o médico cirurgião plástico atestar que os riscos que corre o paciente são maiores que os benefícios dos quais este irá usufruir deve o profissional negar-se a realizar a intervenção.

Ao magistrado cabe a análise minuciosa de cada caso, tendo em vista que às demandas que objetivam a responsabilização de médicos são dotadas de inúmeros termos técnicos de difícil compreensão. A avaliação do erro médico deve ser norteadada não apenas pela perícia, mas também pela comparação da técnica utilizada no caso concreto e a recomendada pela doutrina médica, sempre se considerando a diligência, zelo e presteza adotados pelo profissional.

O profissional da medicina deve ser responsabilizado por seus erros assim como qualquer outro profissional, na medida em que for culpado pelo dano.

10. Referências Bibliográficas

AGUIAR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33-40.

AGUIAR, Ruy Rosado. *Direito e medicina. Aspectos jurídicos da medicina*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica, teoria da eleição procedimental, iatrogenia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro – responsabilidade civil*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 7.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 3ª. ed., São Paulo: 1982.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2ª. ed., Curitiba: Juruá, 2004.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico*. Tese de pós-graduação, 1996.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: Avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 21ª. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e o ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – responsabilidade civil*. 13ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 4.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2003.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2005, vol. IV.