

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DÉBORA CRISTINA GOULART

**RESPONSABILIDADE CIVIL NA FALHA CONTRATUAL DO CIRURGIÃO
PLÁSTICO**

Florianópolis

2008

DÉBORA CRISTINA GOULART

RESPONSABILIDADE CIVIL NA FALHA CONTRATUAL DO CIRURGIÃO
PLÁSTICO

Monografia submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Leilane
Mendonça Zavarize da Rosa

Florianópolis
2008



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Responsabilidade Civil na Falha Contratual do Cirurgião Plástico”, elaborada pela acadêmica Débora Cristina Goulart e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, ____/____/____.

Presidente: Prof^{ta}. MSc. Leilane M. Z. da Rosa

Membro:

Membro:

Dedico este trabalho à minha família que sempre esteve do meu lado em todos os momentos. A distância nunca foi empecilho para todo o apoio e amor que me dedicaram.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, ao meu pai Zigomar, à minha mãe Luci e ao meu irmão Rafael, assim como a Mel. O amor de vocês é o que me fortalece.

Às amigas, Rafaela, Sílvia, Amanda e Alethéia, que ao longo da convivência me proporcionaram uma amizade que resiste ao tempo e sempre proporcionam ótimos momentos.

Aos colegas e amigos da faculdade, em particular a Michelly, a Aline e o Mateus pessoas indispensáveis não só na sala de aula como na minha vida. Apesar de todas as brigas e desacertos, sempre pude contar com a amizade dessas pessoas tão queridas.

Por fim, e não menos importante, agradeço aos professores e servidores que participaram da minha formação acadêmica, principalmente a minha querida e competente orientadora Professora Leilane Mendonça Zavarize da Rosa, que me guiou na elaboração desse trabalho.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo demonstrar a responsabilidade civil do cirurgião plástico, sendo abordado o objeto do contrato médico, e análise dos pressupostos das obrigações de meio e de resultado, bem como a quem cabe, nesses casos, o ônus da prova. Definiram-se elementos importantes para a caracterização da Responsabilidade Civil de um modo geral, passando-se para a responsabilidade médica, que discute questões como a culpa médica e a obrigação assumida pelos profissionais médicos. Foram definidos também, elementos relevantes sobre o Contrato e do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inversão do ônus da prova. E, ao final da pesquisa são apresentadas algumas ementas jurisprudenciais pertinentes ao estudo do assunto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
1.2 IDÉIAS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.3 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL	17
1.4 DO DANO	18
1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	19
1.6 OS MEIOS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
1.6.1 CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR	21
1.6.2 FATO DE TERCEIRO	23
1.6.3 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA	24
1.6.4 ESTADO DE NECESSIDADE	24
1.6.5 LEGÍTIMA DEFESA, O EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL	25
2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E SUAS RELAÇÕES.....	28
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	28
2.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	30
2.2.1 CULPA MÉDICA	30
2.2.1.1 IMPRUDÊNCIA	31
2.2.1.2 IMPERÍCIA	32
2.2.1.3 NEGLIGÊNCIA	33
2.2.2 DANO.....	34
2.2.2.1 DANO ESTÉTICO	35
2.2.2.2 DANO MORAL	36
2.2.3 NEXO CAUSAL.....	37
2.3 ANÁLISE DO ERRO MÉDICO	38
2.3.1 ERRO DE DIAGNÓSTICO	39

2.4 NATUREZA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	39
2.4.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO MÉDICO.....	41
2.4.2 EFEITOS DO CONTRATO MÉDICO	43
2.4.3 CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR.....	43
2.5 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO MÉDICO	45
2.5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	45
2.5.2 TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO	46
2.5.3 RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO	47
2.5.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	48
2.5.5 RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.....	48
2.5.6 RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR	49
2.5.7 DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.....	50
3. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA ...ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.	
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	52
3.1.1 CIRURGIA PLÁSTICA	53
3.1.2 LICEIDADE E LEGITIMIDADE NA CIRURGIA PLÁSTICA.....	54
3.1.3 CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA	55
3.1.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO	56
3.1.5 CIRURGIA PLÁSTICA E OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO.....	57
3.1.6 ALGUNS INSTITUTOS QUANTO À PROVA	59
3.1.7 DANO MORAL E ESTÉTICO NA CIRURGIA PLÁSTICA.....	61
3.2 JURISPRUDÊNCIA.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICA.....	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intento verificar se, na falha contratual do cirurgião plástico, é juridicamente cabível ao médico a obrigação de meio ou a obrigação de resultado, e se essa obrigação resultará em dever de indenizar desse profissional, na inversão de ônus da prova ou não. Ainda, será observado o que ocorre quando o contrato é descumprido segundo o Código Civil, e também as considerações que o Código de Defesa do Consumidor faz em relação à inversão de ônus da prova e a responsabilidade do profissional liberal médico.

O motivo para o estudo desse ponto específico da Responsabilidade Civil médica é o grande crescimento das cirurgias plásticas nos últimos anos no Brasil, e com o acréscimo de pacientes insatisfeitos com o resultado obtido, principalmente na cirurgia exclusivamente estética, que é contratada entre médico e paciente para um determinado fim, levando aos tribunais os casos onde quem se sentiu prejudicado, deseja ser ressarcido pelos prejuízos que julga ter sofrido com a intervenção à qual foi submetido.

Assim, se fará, num primeiro momento, um breve histórico da responsabilidade civil, destacando-se a responsabilidade extracontratual e contratual. Em seguida, será abordado o dano e sua importância no dever de indenizar, e ainda visando o ressarcimento, será vista a importância da caracterização da responsabilidade objetiva e subjetiva. Concluindo o primeiro capítulo, serão observados os meios de exclusão da responsabilidade civil, caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, Legítima Defesa, o Exercício Regular de Direito e Estricto Cumprimento do Dever Legal.

Numa segunda ocasião se realizará uma análise sobre a responsabilidade civil médica e suas relações, observando seus elementos, tais como culpa médica, imprudência, imperícia, negligência, o dano estético, dano moral e nexo causal. Procurar-se-á discorrer sobre a análise do erro médico de diagnóstico e a natureza contratual da responsabilidade médica com seus elementos, efeitos e cláusula de não-indenizar.

Continua-se o presente estudo com a importante abordagem sobre o Código de Defesa do Consumidor no âmbito médico. Caberá enfatizar a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, teoria do risco do empreendimento, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, inversão do ônus da prova, responsabilidade dos profissionais liberais, responsabilidade médica, e, por fim, decadência e prescrição.

Na seqüência, e intimamente ligado ao capítulo anterior, será abordada a responsabilidade civil na cirurgia plástica, tratando de sua liceidade e legitimidade e falando brevemente sobre o Código de Ética Médica. Se relacionará também a responsabilidade do cirurgião plástico e se sua obrigação é de meio ou de resultado.

Após todo o exposto, caberá ainda relacionar alguns institutos relativos à prova e o dano moral e estético na cirurgia plástica.

Por fim, apresentar-se-ão ementas de acórdãos de alguns Tribunais, com a finalidade de verificar as posturas adotadas pelos magistrados acerca do assunto.

O método de abordagem utilizado para a realização deste trabalho foi o indutivo; e o de procedimento como método monográfico. A pesquisa levada a efeito para se concretizar este estudo baseou-se nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, na área de Responsabilidade Civil.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil é, segundo a teoria clássica, um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano.

É uma obrigação de reparar danos antijurídicos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem.

No entanto, nos tempos remotos da civilização humana, preponderava a idéia de “justiça com as próprias mãos”, buscando uma compensação. O dano provocava uma imediata vingança coletiva buscando somente um contrapeso, não havendo regras ou limitações para isso.

Roberto Senise Lisboa discorre:

Inicialmente, prevalecia a vingança privada, coletiva ou não, pelo exercício do autotutela. Os conflitos entre os clãs eram comuns e tão somente a partir do momento em que se concebeu um poder central a regular às diferentes relações sociais é que se vislumbrou a mediação e a supressão da anarquia na solução do conflito.¹

Prevalecia originalmente a reação imediata do ofendido, na qual era destacada a força do mais apto, o que resultou na Lei de Talião, do “olho por olho, dente por dente”, cuja reparação de um dano ocorria com a prática de outro dano. “Na Lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério [...]. A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano”.²

Após, há o período da composição onde a vingança é substituída pela adoção de penas patrimoniais e tarifadas, “é a época do código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas”.³

Com a Lei Aquiliana, o Estado passou a intervir nos conflitos privados, assumindo para si a função de punir. Além disso, “fixou a necessidade de existência da culpa para que se

¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 421.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.

viabilizasse a reparação do dano causado. Com ela, surgiram as penas proporcionais ao prejuízo”⁴.

Segundo Maria Helena Diniz:

Na idade média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena⁵.

Ainda, com a edição da *Lex Aquilia de Damno*, a culpa tornou-se um elemento subjetivo da responsabilidade.

Com o Código Francês, veio o princípio geral da responsabilidade civil, que “estabelece a responsabilidade por todo o fato do homem que representa uma culpa”⁶, onde esse causador do dano, ainda que levíssimo, deveria repará-lo.

O Código de Napoleão, nos seus artigos 1.382 e 1.383, assentou a responsabilidade civil sobre a culpa e a reparação do dano sofrido, e que inspirou várias legislações.

Contudo, Maria Helena Diniz comenta:

Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao *fundamento* (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.⁷

Com a Revolução Industrial e a utilização de máquinas, que dificultavam a identificação da culpa do autor dos ilícitos, surgiram as primeiras idéias da teoria do risco, para a qual basta uma simples causação externa para que o prejuízo criado por ela seja indenizado.

O instituto da responsabilidade civil continuou se aprimorando, até o que se vê hoje no ordenamento jurídico brasileiro, de que a responsabilidade subjetiva ocorre quando se verifica a culpa do agente para que possa ser responsabilizado e repare o prejuízo, e na responsabilidade objetiva, deve ser observado o risco decorrente do exercício de determinada atividade para identificar se há dano e, conseqüentemente, dever de indenizar.

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 424.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, volume V: fontes acontratuais das Obrigações, Responsabilidade Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 166.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

1.2 IDÉIAS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade é oriunda do verbo latino *respondere*, que, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes[...], destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social”.⁸

Portanto, a idéia de responsabilidade é a de restauração do dano de uma forma equilibrada, restabelecendo a harmonia e o equilíbrio constituídos pela violação de um outro dever jurídico.

Maria Helena Diniz observa:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato, de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).⁹

É importante distinguir a obrigação da responsabilidade civil. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”.¹⁰

Deste modo, nota-se que a responsabilidade decorre de uma obrigação originária, a qual, se não cumprida, acarreta ao autor reparar o dano, respondendo este por perdas e danos. Tal distinção entre a obrigação e a responsabilidade, está no Código Civil, no seu artigo 389.

Decorrem desse dispositivo, duas espécies de responsabilidade quanto seu fato gerador, quais sejam: a responsabilidade contratual, que se origina de um inadimplemento contratual e a responsabilidade extracontratual, que é a lesão a um direito que não deriva de contrato, mas sim, de infração a um dever legal imposto.

Quanto a responsabilidade extracontratual, o Código Civil em seu artigo 927 incluiu a obrigação de indenizar, e esclarece Sérgio Cavalieri Filho sobre essa inclusão que “a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 24.

indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso”.¹¹

No ordenamento pátrio, o ato ilícito é qualificado pela culpa do agente, o qual age de forma reprovável quando poderia ter agido de forma diferente. Segundo Maria Helena Diniz, “o Código Civil, em seu artigo 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos”.¹²

Assim, o dever de indenizar decorre de uma atitude culposa do autor, que viola bem jurídico preexistente de outrem lhe causando prejuízo, sendo que poderia ter agido de outro modo.

Sobre a culpa, Maria Helena Diniz assenta:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências.¹³

A negligência é a desatenção ou falta de cuidado, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ter previsto. A conduta imprudente ocorre quando o agente, sabendo dos riscos do ato que está praticando, com arrojo e pequena consideração pelos interesses alheios, o faz. A imperícia consiste na falta de técnica ou conhecimento do agente para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária.

A legislação determina que a responsabilidade objetiva prescindida de culpa e se satisfaça apenas com o dano e o nexo de causalidade. “Esta teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa”.¹⁴

Sendo culpa presumida, ocorre o ônus da prova, isto é, o autor precisa provar somente a ação ou omissão e o dano causado pelo agente.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

¹³ Idem, p.41.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

Na responsabilidade objetiva, o ato que gerou o prejuízo é lícito, porém, causou um perigo a outrem, e na responsabilidade subjetiva, o ato que gera o dano é ilícito, “de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bônus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação”.¹⁵

Como ressaltado, a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, orientando-se o sistema pátrio pela adoção da teoria dualista ou clássica da origem da responsabilidade.

A responsabilidade contratual se dá com a violação de obrigação em virtude de negócio jurídico. Segundo Maria Helena Diniz,

à responsabilidade contratual se atribui descumprimento ou má prestação de uma atividade à qual alguém estava obrigado em virtude de liame contratual e se esse inadimplemento visava, diretamente a satisfação de um interesse extrapatrimonial do credor, o dano será também diretamente não-econômico.¹⁶

Sérgio Cavalieri Filho discorre seu ensinamento dessa forma:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.¹⁷

Responsabilidade extracontratual, portanto, é aquela que decorre diretamente da lei.

Analisando o artigo 186 do Código Civil, vê-se que são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Para que o dano seja reparado, o Código Civil brasileiro adota a teoria subjetiva, onde a vítima deverá provar o dolo ou culpa do agente, e a teoria objetiva, que abrange a culpa presumida do autor e baseia-se na teoria do risco.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

¹⁶ Idem, p. 135.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

1.3 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL

A análise da distinção entre a responsabilidade extracontratual e contratual se faz necessária, tendo em vista sua importância no tema.

A responsabilidade civil extracontratual está fundamentada na obrigação contida na norma geral do artigo 186 do Código Civil, que impõe a todos o dever de não causar dano a outrem. Ela não deriva de um contrato, deste modo, não existe obrigação anterior entre as partes. É a lesão de um direito sem que antes preexistisse qualquer relação jurídica entre o ofendido e a vítima. Deste modo, observado o inadimplemento normativo causado por dolo ou culpa do agente causador do dano, fica este obrigado a indenizar o prejudicado.

Já a responsabilidade contratual é entendida como a infringência a uma obrigação resultante do contrato. Resulta, portanto, de ilícito contratual que decorre da relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.

Nesta espécie, existe uma convenção prévia entre as partes proveniente de um negócio unilateral ou da lei que, por algum motivo, foi descumprida. A inexecução da cláusula contratual ou a má execução da obrigação nela estipulada causando dano a uma das partes, obrigará o agente causador desse dano a indenizar ou ressarcir a vítima.

A responsabilidade derivada de ilícito extracontratual também é chamada de aquiliana ou absoluta, e fundada na regra social *neminem laedere*. Nela inexistente qualquer prévia ligação entre as partes que faça presumir a culpa de quem causou o dano, cabendo à vítima o ônus da prova.

Na responsabilidade contratual, quanto ao ônus da prova, competirá ao devedor. O credor só está obrigado a demonstrar que a obrigação foi descumprida. Caberá, então, ao devedor provar a inexistência de sua culpa no inadimplemento, ou alguma das excludentes admitidas na lei. O mesmo deverá provar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Assim,

se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.¹⁸

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

Por fim, cabe salientar que apesar de adotar-se o sistema dualista ou clássico de divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual, há alguns adeptos da teoria unitária, ou monista, como Lefebvre, segundo o qual “a responsabilidade contratual não passa de uma forma viciosa de linguagem, de modo que identifica os caracteres e efeitos da responsabilidade, quer contratual, quer extracontratual, tornando-os como um só todo”¹⁹. Há ainda outros partidários do monismo como Grand-Moulin e Aubin, que criticam esta dicotomia, por entender que não importam os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil, pois seus efeitos são uniformes.

1.4 DO DANO

Segundo Maria Helena Diniz, “o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo”.²⁰

Afirma ainda, que isso ocorre porque a obrigação de ressarcir decorre de algo a ser reparado. Não pode haver responsabilidade civil sem um dano a um bem jurídico, o qual deverá ser comprovado para que haja o pagamento da indenização.

Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Sem dano, não há o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa.

Sintetizando, Sérgio Cavalieri Filho desataca:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.²¹

O dano patrimonial ou material é o que afeta somente o patrimônio do ofendido, ele compreende o dano emergente e o lucro cessante.

Pode surgir de uma ação indevida ou omissão de terceiro, causando uma diminuição no patrimônio da vítima, o chamado dano emergente, ou lucro cessante, que é o que a vítima deixou de auferir em razão do dano.

¹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, volume V: fontes acontratuais das Obrigações, Responsabilidade Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 181.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

O dano moral caracteriza-se como lesão que não atinge o patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, dispostos nos artigos 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado sensações dolorosas.

A reparação do dano moral, diferentemente do dano patrimonial, onde o ressarcimento pecuniário desempenha função equivalente, é um meio de atenuar as conseqüências do prejuízo que a dor, a moral, a aflição, etc causaram ao ofendido.

Deve-se, no entanto, observar que somente o dano moral razoavelmente grave, que interfere intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, deve ser indenizado.

Se ambos os danos, moral e patrimonial, decorrerem do mesmo fato, as indenizações serão cumuláveis.

1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Em face da teoria clássica, a responsabilidade civil está fundamentada essencialmente na culpa, a também chamada teoria da culpa ou subjetiva. Não havendo culpa, não há que se falar em responsabilidade. Assim, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto indispensável do dano indenizável.

Contudo, a lei admite casos de responsabilidade sem culpa, é a chamada responsabilidade legal ou objetiva. Esta responsabilidade acontece porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria, também dita do risco postula que todo dano deve ser indenizado, independente de culpa, mas ligado por um nexo de causalidade.

Portanto, conforme exposto por Maria Helena Diniz:

apresentará responsabilidade subjetiva, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa [...]. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar; e responsabilidade objetiva, se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens [...]. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.²²

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128.

Como indicado, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva estão dispostos no artigo 186 do Código Civil, são eles: conduta culposa do agente, nexo causal e dano.

Ainda, consoante o artigo 927 do Código Civil, diante da conduta culposa, que viola direito de outrem causando-lhe dano, o agente causador tem o dever de indenizar.

Nos casos de responsabilidade civil objetiva, em que a prova da culpa do agente causador do dano não é exigida para reparação do dano, quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova.

A teoria do risco procura justificar a responsabilidade objetiva, segundo a qual todo aquele que, exercendo uma atividade, cria um risco de dano para terceiros, ainda que sua conduta não seja culposa, ficará obrigada a repará-lo.

Por fim, a responsabilidade subjetiva difere da responsabilidade objetiva, pela culpa, que é indispensável estar demonstrada na primeira e na segunda é dispensável, sendo observado o dever de reparação do dano independentemente de culpa do agente, pela atividade perigosa por ele desempenhada. Surge daí a teoria do risco.

1.6 OS MEIOS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante da análise realizada, conclui-se que os pressupostos da responsabilidade civil são a conduta humana, com a ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo desse agente, a relação de causalidade entre o dano e a ação, e, por fim, o dano experimentado pela vítima.

Acerca dos elementos básicos da responsabilidade civil tem-se:

A conduta humana vem a ser uma ação comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita.

Assim, a responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na culpa, enquanto a responsabilidade sem culpa funda-se no risco.

A obrigação de indenizar pode advir de determinação legal, sem que o obrigado tenha cometido qualquer ato ilícito, podendo partir de ação do próprio imputado ou de terceiro por quem o imputado responde, ou num fato de animal ou coisa inanimada.

A comprovação do dano é imprescindível, tendo em vista que, sem a prova do dano ninguém poderá ser responsabilizado. O dano é classificado em patrimonial, ou material e extrapatrimonial, ou moral.

O dano patrimonial consiste na lesão concreta ao patrimônio da vítima, abrangendo o dano emergente, o que efetivamente a vítima perdeu, e o lucro cessante, o que a vítima deixou de ganhar em função do evento danoso.

Dano moral é lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica.

Nexo de causalidade é o liame entre a conduta e o dano.

Não haverá a relação de causalidade se o evento se deu por causa excludente de responsabilidade.

No tocante à culpa, este não é um pressuposto essencial, pois o nosso ordenamento aceita também a responsabilidade civil sem culpa, baseada na teoria do risco, descrita no parágrafo primeiro do artigo 927 do Código Civil:

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.(grifou-se)

Em relação às excludentes de ilicitude da responsabilidade civil não há unanimidade entre os doutrinadores quanto às suas causas, portanto, feita a escolha de algumas delas, passar-se-á ao seu estudo.

1.6.1 Caso Fortuito ou de Força Maior

Estão previstos no artigo 393 do Código Civil, e, apesar de inúmeras discussões acerca da diferença entre o caso fortuito e a força maior, ainda não se chegou a um entendimento uniforme, apenas sabe-se que ambos estão fora dos limites da culpa, pois são fatos que ocorrem estranhamente à vontade do devedor da obrigação.

Acerca do assunto posiciona-se Sergio Cavalieri Filho:

O Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.²³

O caso fortuito decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes, é imprevisível e inevitável e, por isso, não se poderia cogitar a responsabilidade do sujeito, acarretando a

²³CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

extinção das obrigações. É um obstáculo ao cumprimento da obrigação por motivo alheio a quem devia cumpri-lo.

Para Maria Helena Diniz,

no caso fortuito o acidente que gera o dano advém de: 1) causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, a explosão de caldeira de usina, ou a quebra de peça de máquina em funcionamento provocando morte; ou 2) fato de terceiro, como greve, motim, mudança de governo, colocação do bem fora do comércio, que cause graves acidentes ou danos devido à sua impossibilidade de cumprimento de certas obrigações.²⁴

Portanto, a imprevisibilidade é elemento indispensável no caso fortuito. Contudo, assinala Sergio Cavalieri Filho, que “entende-se por imprevisibilidade, [...], a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível”.²⁵

A apreciação das condições em que o evento ocorreu deverão ser apreciadas caso a caso, observando sempre o que seria razoável exigir-se.

A força maior se deve a forças contra as quais o homem não pode se opor, é o acontecimento inevitável proveniente de forças naturais.

Maria Helena Diniz pondera que

na força maior, ou Act of God, conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., raio que provoca incêndio; inundações que danificam produtos; geada que estraga a lavoura, implicando uma idéia de relatividade, já que a força do acontecimento é maior do que a suposta, devendo-se fazer uma consideração prévia do estado do sujeito e das circunstâncias espaço-temporais, para que se caracterize como eficácia liberatória de responsabilidade civil.²⁶

Enquanto no caso fortuito observa-se a imprevisibilidade do evento, na força maior é observada a inevitabilidade, tendo-se como inevitável o acontecimento, dentro de certa relatividade, em função do que seria razoável exigir-se.

Carlos Roberto Gonçalves destaca a configuração de caso fortuito e força maior ao discorrer:

Na lição da doutrina, exige-se, pois, para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

determinado por culpa do devedor, pois se há culpa não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que se exclui o outro. Como dizem os franceses, culpa e fortuito, *ces sont des choses que hurlent de se trouver ensemble* (são coisas que precisam estar juntas); b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano.²⁷

Se o fato for irresistível e decorre de circunstância ligada ao devedor, mas não emana de sua culpa, há caso fortuito. É um impedimento relacionado com a pessoa do devedor.

No caso da força maior, o fato advém de acontecimento externo, sendo assim os fenômenos naturais.

Finalizando as considerações sobre caso fortuito e força maior, observa-se que ambos excluem o nexos causal por constituírem causa estranha à conduta do agente, causadora do evento.

Por esse motivo, o autor do dano é eximido do dever de indenizar, tendo em vista que não cumpriu sua obrigação por fato alheio à sua vontade.

1.6.2 Fato de Terceiro

Terceiro é qualquer pessoa além da vítima ou do agente, que pratica um ato que é causa exclusiva do evento e que não tem nenhuma ligação entre o aparente causador do dano e a vítima.

O ato provém de alguém que afasta o liame causal entre o prejuízo e a conduta, assim, o autor poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade, pois o fato que ocasionou o dano foi devido exclusivamente a uma ação de terceiros.

À luz dessa orientação, Carlos Roberto Gonçalves esclarece a exclusão da responsabilidade do autor do dano:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.²⁸

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 447.

²⁸ Idem, p.440.

Observa-se, portanto, que o fato de terceiro se caracteriza pela culpa exclusiva de alguém que não é o agente aparente nem a vítima. Por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável, equipara-se ao caso fortuito ou força maior. Nesse caso poderá ser excluída a responsabilidade do causador do prejuízo.

1.6.3 Culpa Exclusiva da Vítima

Para Roberto Senise Lisboa, “culpa exclusiva da vítima é a violação do dever jurídico que proporciona dano ao próprio violador”.²⁹ Por isso, a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima é inexistente.

A ocorrência de culpa exclusiva da vítima implica no desaparecimento da causalidade entre o ato e o prejuízo da vítima, pois o causador do dano é apenas instrumento do acidente que foi provocado unicamente pelo comportamento do próprio lesado. Deste modo, desaparece a responsabilidade do agente.

Nos casos em que o autor e a vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um fato danoso, isto é, quando há culpa também do agente causador do dano, haverá uma repartição de responsabilidades, de acordo com o seu grau de culpa.

1.6.4 Estado de Necessidade

O estado de necessidade é abordado no Código Civil em seus artigos 188, II, 929 e 930. O primeiro deles dispõe que a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, não constitui ato ilícito quando tiver o fim de remover perigo iminente, e dispõe no parágrafo único o conceito de estado de necessidade ao formular que “o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Contudo, apesar da legislação pátria declarar que o ato praticado em estado de necessidade não configura ato ilícito, não está liberado de reparar o prejuízo aquele que o causou.

Os fatos que configuram o estado de necessidade são a deterioração ou destruição da coisa alheia, e também a lesão à pessoa.

²⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 653.

Os artigos 929 e 930 obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover perigo iminente.

Carlos Roberto Gonçalves acredita que esta solução pode desencorajar pessoas a adotar medidas necessárias para a remoção do perigo iminente, e conclui que deveria ser permitido ao juiz, estabelecer uma indenização moderada, por arbitramento, que não deveria corresponder, necessariamente, ao prejuízo total sofrido pelo lesado, que pode conduzir a injustiças.³⁰

1.6.5 Legítima Defesa, o Exercício Regular de um Direito e o Estrito Cumprimento do Dever Legal

O Código Civil em seu artigo 188, I, dispõe que os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, não constituem atos ilícitos.

Portanto, sendo o ato praticado em legítima defesa contra seu próprio agressor, o agente não poderá ser responsabilizado civilmente pelo prejuízo provocado. Não é o que ocorre nos casos onde terceira pessoa é atingida. Nesse caso, o agente deve reparar o dano, mas poderá ser ressarcido por ação regressiva contra o agressor. Somente a legítima defesa real, quando for em relação ao agressor, não permitirá ação de ressarcimento de danos.

Nos casos de exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, o agente é exonerado de responsabilidade por fundamento no princípio de que quem usa o seu direito não causa prejuízo a outrem. Para isso, é fundamental que o agente tenha praticado o ato observando a razoabilidade, nos limites do seu direito. Caso não ocorra, a conduta torna-se ilícita e há o dever de reparação do dano.

A vítima, muitas vezes recebe uma indenização do Estado por danos causados por agente no estrito cumprimento do dever legal. Porém, o Estado não terá ação regressiva contra o agente porque ele está amparado pela excludente de ilicitude, exceto nos casos de culpa ou dolo do funcionário público.

A restrição à indenização de ato ilícito no exercício regular de um direito e a deterioração ou destruição da coisa alheia para afastar perigo iminente está descrita no artigo 188, I e II, do Código Civil.

Feita uma abordagem dos pontos mais importantes para o tema de um modo geral sobre a responsabilidade civil, será feita uma análise mais específica da responsabilidade do

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433.

médico no próximo capítulo, além de um estudo sobre o contrato e a relação com o Código de Defesa do Consumidor.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E SUAS RELAÇÕES

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE MÉDICA

Entre as profissões que causam riscos para a sociedade, e que estão sujeitas a disciplina especial, aqui será destacada a dos médicos, que, mesmo preenchendo os requisitos legais para exercer as atividades da medicina não estão eximidos de reparar eventuais danos causados.

Conforme Sergio Cavalieri Filho, “a responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado”,³¹ perdendo sua relevância após o Código de Defesa do Consumidor.

Autores como Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves afirmam que a responsabilidade médica é de natureza contratual, e que apenas em casos excepcionais terá natureza delitual como, por exemplo, quando negam socorro ou dão atestados falsos.

Isso ocorre porque a obrigação desses profissionais é, em regra, obrigação de meio e não de resultado.

Na obrigação de resultado a culpa do médico é presumida, por isso, a doutrina entende que se o médico for experiente e faz uso de todos os meios técnicos indicados, além dos cuidados necessários, não haverá obrigação por risco profissional.

Assim, a obrigação do médico é de meio, pois este profissional não se compromete a obter a cura do paciente, mas sim agir com todo o zelo e técnica possíveis para um tratamento.

No entanto, caso fique provado que o médico agiu com qualquer modalidade de culpa, ou seja, imprudência, imperícia ou negligência, será imputada a este caso a responsabilidade civil, cabendo ao paciente ou seus herdeiros a prova da culpa.

O Código Civil, em seu artigo 951 dispõe que tem o dever de indenizar aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Também é pertinente frisar que a culpa do médico não precisa ser grave para que haja responsabilidade do mesmo.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 391.

Contudo, no caso do cirurgião plástico é diferente, a obrigação que assumem é de resultado, pois a maioria de seus pacientes procura a correção de um problema estético na pretensão de um resultado satisfatório, e não a cura de uma doença, cabendo uma indenização que abrange danos morais e materiais.

Maria Helena Diniz dá exemplos de responsabilidade de meio e de resultado:

O médico que atende a um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo. Há, portanto, um contrato entre o médico e seu cliente, que se apresenta como uma obrigação de meio [...] e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados contenciosos e atentos conforme os progressos da medicina [...], procurando sempre obter seu consentimento prévio e esclarecido. Há casos em que se supõe a obrigação de resultado com sentido de cláusula de incolumidade, como ocorre na cirurgia plástica estética [...] ou no contrato de hospitalização, em que o médico assume o dever de preservar o enfermo de acidentes, hipóteses em que sua responsabilidade civil será objetiva e não subjetiva.³²

Para Miguel Kfoury Neto, existem duas maneiras diferentes de reparação de dano.

Uma delas é a responsabilidade subjetiva, que vem inspirada na idéia de culpa, afirmando que não se pode concebê-la se a mesma não possuir um lastro moral, ou seja, se o autor do dano não reconhecer sua culpa.

A segunda delas é a responsabilidade objetiva, na qual não se exige culpa do agente para que este tenha o dever de reparar o dano, basta que culpa presumida pela lei, onde o ônus da prova é invertido, ou simplesmente sua comprovação é dispensada.

Na responsabilidade objetiva é admitida à determinação de indenização na perda de uma chance, que vem da jurisprudência Francesa, e, assim sintetizada:

Admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.³³

Contudo, a chance perdida deve ser real, sendo demonstrado o prejuízo final que não pode ser evitado. A indenização terá seu quantum estipulado levando em conta a probabilidade de realização da chance perdida.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

³³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.64.

2.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

2.2.1 Culpa Médica

O Código Civil dispõe nos artigos 186 e 951 a teoria da culpa na responsabilidade civil do médico. Se a vítima provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia, poderá ser ressarcida, tendo em vista que o dano foi ocasionado com culpa.

Como demonstrado anteriormente, a culpa surge como um dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade, porém, serão observadas características próprias na responsabilidade médica.

Segundo Kfoury Neto,

alguns julgadores são rigorosos na aferição da culpa médica: “(...) A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irrefutável poderá levar à indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado nexo causal entre a cirurgia e o evento morte, correta esteve a sentença dando pelo improvimento da ação”.³⁴

Ainda sobre a culpa, ressalta Maria Helena Diniz:

É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; [...] ele é que deverá provar que não houve inexecução culposa [...] da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência [...] ou imprudência sua. [...] Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência [...], nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares [...].³⁵

Vê-se, então, que a culpa do médico somente é observada quando comprovada a imprudência, a imperícia ou a negligência.

Tal comprovação poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, ou por perito, sendo que todas essas provas têm valor relativo, em razão do princípio da livre convicção, quando o juiz decide se levará em conta ou não as ponderações apresentadas.

³⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.80.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

É necessária, para que haja a responsabilidade, a relação de causalidade entre o ato do médico e o dano causado. Deve-se ressaltar, então, que além da culpa o vínculo causal ligando a conduta do agente ao dano deverá ser observado.

Segundo Kfourí Neto, “o grau de culpa refletir-se-á na quantificação da indenização”,³⁶ porém, bastará que a culpa seja observada para que haja indenização.

2.2.1.1 Imprudência

Imprudência é o ato de agir perigosamente, com falta de moderação ou precaução, aceitando conscientemente um risco.

Existe aqui a culpa comissiva, porém o profissional não usa de cautela ou cuidado necessários para evitar um resultado perigoso para o seu paciente, ele age de forma descautelosa e precipitada.

Agir com imprudência, portanto, inclui a previsibilidade do evento derivado daquela ação, e, o profissional acaba agindo assim mesmo.

Essa conduta supera os limites da prudência, tendo em vista a irreflexão do agente em enfrentar o perigo do resultado. O médico toma a decisão de agir mesmo tendo o perfeito conhecimento do risco que corre o paciente com sua conduta.

Sobre o médico imprudente, Avecone apud Kfourí Neto assevera que “o médico é imprudente quando, tendo perfeito conhecimento do risco e também não ignorando a ciência médica (não sendo, pois, imperito), toma a decisão de agir assim mesmo.”³⁷ e exemplifica com o caso de um cirurgião que opera com bisturi não esterilizado, dizendo que se ele não conhece os perigos da infecção será um imperito, e se o conhece mas prossegue com a ação, será imprudente.

Como exemplo, extrai-se da obra de Kfourí Neto:

É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora – acarretando dano ao paciente. A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada sem garantia de vaga em UTI, a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos.³⁸

³⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.86.

³⁷ Idem, p. 96.

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

A imprudência sempre deriva da imperícia que, por sua vez, é conceituada como a falta de habilidade em praticar determinados atos.

2.2.1.2 Imperícia

A imperícia se caracteriza pela inabilidade, falta de conhecimento, inexperiência ou im maestria necessários ao exercício do profissional da medicina.

É o desempenho inadequado daquele que tem o dever de agir de acordo com os conhecimentos técnicos da profissão, porém, age com inobservância técnica, falta de preparação ou habilitação, e despreparo prático.

Para Kfoury Neto, no tocante à obrigação de indenizar é “indiferente que o médico deixe de observar regra cujo conhecimento não lhe seria normal desconhecer ou que demonstre despreparo: sempre responderá pelo dano causado”.³⁹

Pode-se dizer que agiu com imperícia o médico cirurgião que, equivocadamente corta músculos, veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando seqüelas para o paciente.

É comum, por exemplo, em cirurgias plásticas o paciente sofrer uma ruptura muscular, perdendo os movimentos de expressão facial.

Outro exemplo comum, demonstrado por Kfoury Neto, é o da imperícia médica quando o obstetra realiza a laqueadura, e mesmo assim, a mulher vem a engravidar, sendo clara a obrigação de indenizar se o médico afirmou à mulher que ela jamais engravidaria novamente, e, contudo, ocorre a gestação. Será nesse caso identificada a culpa, no mínimo por haver o médico negligenciado dever de informação. No entanto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem entendimento em sentido oposto.⁴⁰

Como dito anteriormente, a imperícia médica é atribuída somente àqueles que possuem o diploma e agem com falta de conhecimentos necessários para o exercício legítimo da atividade profissional, sendo de grande relevância o aspecto psíquico do agente quanto à sua capacidade, ou seja, ele deve ser responsabilizado se, sabendo que está diante de um ato para o qual está despreparado, não conferenciar com seus colegas e indicar um especialista.

Mais uma vez, Avecone apud Kfoury Neto verifica a imperícia sob três aspectos:

À primeira vista, é imperito o médico que poderia evitar o dano apenas valendo-se de seus estudos básicos.

³⁹ Idem, p. 97.

⁴⁰ Idem, p. 98 e 99.

Em segundo lugar, a imperícia será avaliada à luz dos progressos científicos que sejam de domínio público e que, em todo caso, um profissional medianamente diligente deveria conhecer.

Uma terceira verificação diz respeito à experiência prática.⁴¹

2.2.1.3 Negligência

A negligência consiste na inação, inércia, descuido, falta de diligência ou desleixo. Ocorre quando o médico deixa de praticar seus deveres que a circunstância exige, por esquecimento ou passividade, sendo esse ato omissivo.

É importante diferenciar a negligência da imperícia, haja vista que esta última resulta do não conhecimento técnico necessário e a primeira ocorre, apesar do conhecimento, por uma omissão.

Entre os casos de negligência médica, são descritos alguns por Kfouri Neto como:

O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante); mais; a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; a prática ilegal por pessoal técnico (enfermeiro que realiza punção no doente, advindo complicações e danos) – responde o médico; a letra do médico (receita indecifrável – em geral vê-se que os médicos têm uma letra ruim – levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência: deve-se prescrever à máquina ou de forma legível e sempre com cópia; esquecimento, em cirurgia, de corpo estranho no abdômen do paciente (pinça ou gaze, por exemplo), causando dano.⁴²

Ainda Kfouri Neto, citando Avecone, conceitua negligência:

Negligência é o oposto da diligência, vocábulo que remete à sua origem latina, *diligere*, agir com amor, com cuidado e atenção, evitando quaisquer distrações e falhas. Portanto, na base da diligência está sempre uma omissão dos comportamentos recomendáveis, derivados da comum experiência ou das exigências particulares da prática médica.⁴³

Diante do exposto anteriormente, percebe-se que a negligência é causada por uma distração, um desleixo do profissional médico, que vem se tornando cada vez mais freqüente na jurisprudência.

⁴¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

⁴² Idem, p. 92.

⁴³ Idem, p. 94.

Por fim, destaca-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina como exemplo jurisprudencial de negligência e imprudência médica:

RESPONSABILIDADE CIVIL - PACIENTE INTERNADO NO HOSPITAL COM TRAUMATISMO CRANIANO - ALTA RECEBIDA 48 HORAS APÓS A INTERNAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DO PERÍODO NECESSÁRIO PARA A EVOLUÇÃO DA LESÃO - AGRAVAMENTO DA CONTUSÃO - RETORNO AO NOSOCÔMIO EM ESTADO SEMI-COMATOSO, CULMINANDO COM SUA MORTE QUATRO DIAS DEPOIS - NEGLIGÊNCIA MÉDICA CONFIGURADA - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INAFASTÁVEL - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL ADEQUADO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - SENTENÇA MANTIDA. Em se tratando de medicina curativa o profissional assume uma obrigação de meios, na qual não se compromete a obter um certo resultado, mas sim, a prestar um serviço com o cuidado e a diligência exigidos pelas circunstâncias, fazendo uso dos recursos disponíveis para tentar atingir a cura. O fato de não alcançá-la, uma vez empregados todos os esforços para tanto, não acarretará em culpa do profissional da saúde. Ao revés, verificada a omissão ou o descaso para com o paciente, deixando o facultativo de envidar todos os meios ao seu alcance para impedir sua morte, caracterizada estará sua culpa nas modalidades negligência e imprudência, restando patente o dever de indenizar a vítima. RECURSO DESPROVIDO.⁴⁴

Da análise do acórdão acima, destaca-se que ficou inafastável a ocorrência da culpa nas suas modalidades de negligência a imprudência. A negligência pelo descaso diante dos sintomas apresentados pelo paciente e de seu quadro clínico geral, o qual inspirava cuidados extras. E a imprudência por liberar o paciente antes do tempo necessário para observar alguns sintomas, o que o deixou desamparado no momento da piora do seu estado.

2.2.2 Dano

Conforme exposto no capítulo anterior, o dano é um pressuposto da responsabilidade civil, pois somente haverá obrigação de indenizar se causado um prejuízo, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, ou ainda, ambas cumuladas.

A ocorrência do dano causa um desequilíbrio social, posto que ofende bem jurídico alheio protegido. Assim, gera um pleiteamento de reparação pelo prejuízo causado à vítima, como também seus familiares.

⁴⁴ TJSC. Recurso de Apelação nº. 2001.006604-1. Blumenau, decidido em 24 out. 2002. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegraAvancada.do>>. Acesso em: 14 out. 2008.

Kfouri Neto esclarece a necessidade do dano para constituir a responsabilidade civil:

Não basta para a existência da responsabilidade civil que uma ação ou omissão sejam qualificadas de culposas; é indispensável que a imprudência, imperícia ou negligência tenham causado dano a outrem. O dano revela-se, assim, elemento constitutivo da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele – caso contrário nada haveria a reparar.⁴⁵

Os danos médicos são divididos em físicos ou corporais, que são em sua maioria consequência de danos físicos, e morais que incluem os danos estéticos, a dor sofrida, e, sobretudo situações vinculadas aos direitos da personalidade.

Veja-se então os danos estéticos e morais.

2.2.2.1 Dano estético

Maria Helena Diniz conceitua o dano estético como

Toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.⁴⁶

O dano estético, então, exige que a situação de deformidade, aleijão ou que a lesão a qual enfeiou determinada pessoa seja duradoura e cause um permanente motivo de exposição ao ridículo para que esta seja reparada.

Na maioria das vezes, o dano estético resulta num prejuízo moral ao paciente lesado porque, além de mudanças e dores físicas, a vítima se sente atingida na integridade ou na estética do seu corpo, tendo direito à reparação mesmo que este dano não tenha causado prejuízo ao patrimônio do lesado.

Acerca da definição da indenização,

No juizado cível, importará a extensão dos danos, a localização, a já referida possibilidade de completa (ou parcial) remoção, as características pessoais da vítima (sexo, idade, profissão, estado civil, etc.), as restrições de ordem pessoal decorrentes da irreparabilidade da lesão (alijar-se do convívio social, dado o aspecto repugnante

⁴⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

do ferimento) – tudo deverá ser levado em conta, no momento de se definir a indenização.⁴⁷

Por isso, a avaliação do dano estético deverá ser feita o mais tarde possível, tendo em vista que a deformidade poderá atenuar-se.

Para Maria Helena Diniz, “o dano estético estaria compreendido no dano psíquico ou moral, de modo que, em regra, [...], se pode ter como cumuláveis a indenização por dano estético e a indenização por dano moral”,⁴⁸ sendo observado o sofrimento da vítima.

2.2.2.2 Dano moral

O dano moral é a lesão não patrimonial, ou seja, quando não há possibilidade de demonstrar valor exato, de pessoas onde houve um prejuízo sentido como dor, angústia ou sofrimento, que podem provocar complexos à vítima.

Ainda sobre a conceituação de dano moral, Maria Helena Diniz demonstra:

O dano moral, ensina-nos Zannoni, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.⁴⁹

O Código Civil, em seu artigo 186, dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito.” (grifou-se)

Para melhor ilustração, colaciona-se julgado do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual admite que o dano moral, em se tratando de erro médico e sobrevindo de perturbações nas relações psíquicas de uma pessoa, é indenizável:

Dano moral - Indenização - Fistulas surgidas em decorrência de injeção aplicada na região glútea - Produto não absorvido pelo organismo - Cicatriz - Tratamento realizado - Necessidade de complementação - Responsabilidade inarredável - Recurso inacolhido. Demonstrada a existência de abcesso, em face da não absorção pelo organismo do líquido injetado, dando ensejo ao surgimento de cicatriz na região glútea, provada a autoria e materialidade, incide a tutela indenizatória. O dano

⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

⁴⁹ Idem, p. 90.

pode abranger o estético e eventuais repercussões econômicas (REsp. n. 41.492-0-SP), inclusive valor orçado para complementação do tratamento.⁵⁰

Da análise do acórdão acima, destaca-se que em razão de cicatrizes causadas pela aplicação de injeção, foi acolhido o dano moral em razão do dano estético causado e possíveis perdas econômicas em razão disso.

2.2.3 Nexo Causal

No âmbito da responsabilidade civil, como já foi visto, esta não poderá existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão que o provocou. Essa relação entre o evento danoso e a ação que o produziu deverá ser evidente para a demonstração da relação de causalidade.

Para Antolisei, citado por Kfourri Neto:

Como não se pode fazer com que um homem responda por um delito sem que tenha ele praticado a ação, assim também não se pode considerá-lo responsável pelo resultado, se este não derivou de sua ação. O evento, ao lado da ação, deve ser obra do agente. A necessidade dessa ligação de derivação ou dependência entre a conduta do sujeito e o evento é comumente denominada relação de causalidade (...).⁵¹

Contudo, em matéria relativa à responsabilidade médica, o nexos causal muitas vezes se torna muito difícil de ser estabelecido devido a uma série de fatores, como a complexidade da culpa médica e até mesmo a dificuldade em obterem-se provas dos fatos.

Por isso, atualmente a doutrina tem indicado que os juízes analisem as questões ligadas à causalidade de uma forma menos abstrata, ponderando todas as circunstâncias em cada caso, podendo-se chegar assim, a uma decisão mais justa.

Sobre o dever de indenizar nesse caso, pondera Maria Helena Diniz:

A obrigação de indenizar, em regra, não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. Basta que o autor seja responsável por uma causa, sempre que desta provier o dano, estabelecer em razão de sua constituição anômala com as demais. P.ex: A feriu levemente B; se B vier a falecer em razão de sua constituição anômala, A responderá por isso. Desse modo não haverá nexos de causalidade se houver interferência de terceiros, da vítima, ou de força maior ou de caso fortuito.

⁵⁰ TJSC. Recurso de Apelação nº. 49.126. Balneário Camboriú, publicado em 28 maio 1996. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAAHAAAayaAAA&p_query=dano+moral+erro+m%E9dico&corH=FF0000>. Acesso em: 16 out. 2008.

⁵¹ Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113.

Assim sendo, a questão do nexu causal é uma *quaestio facti* e não *quaestio iuris*, uma vez que deverá ser apreciada pelo juiz da causa.⁵²

Arrematando, nota-se que o agir culposo do médico precisa do nexu causal, ou seja, o médico deverá ser o causador do dano ao paciente. Isso ocorre através do ato lesivo, o dano e o nexu causal, e, presentes os três requisitos, deve o profissional da medicina ser responsabilizado civilmente, indenizando o paciente.

2.3 ANÁLISE DO ERRO MÉDICO

No tocante ao erro médico, já foi visto que os operadores do direito encontram algumas dificuldades para verificar a sua ocorrência.

Na lição de Kfoury Neto:

Delineia-se, após, o problema: a existência do dano – lesão, aleijão, morte etc. – é irrefutável; a intervenção médica realizou-se, e isso também é indubitável. A ocorrência da culpa e o estabelecimento do nexu de causalidade, então, passam a desafiar a argúcia do julgador, que se valerá, nessa etapa final, de tudo quanto as partes trouxeram aos autos e das informações que o próprio juízo determinou fossem prestadas pelas partes e peritos.⁵³

Portanto, os juízes devem priorizar a análise dos processos envolvendo o erro médico para que possam ser colhidas as provas ainda na flagrância dos acontecimentos diminuindo, dessa forma as influências e contaminações das mesmas.

Os meios de prova mais comuns são o depoimento pessoal do médico, a inquirição de testemunhas, prova documental, prova pericial, informes, inspeção judicial, presunções além da convicção e do convencimento do juiz.⁵⁴

Após a contestação da lide, o juiz irá elaborar as questões às quais se submeterá o perito, juntamente com os quesitos oferecidos pelas partes.

No entanto, o magistrado deverá agir com um percentual de senso comum apesar dos laudos periciais, podendo, inclusive, decidir contra eles.

Para isso sopesam-se as condições anteriores do paciente, a conduta médica e a consequência danosa, estabelecendo a culpa.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87.

⁵⁴ Idem, *ibidem*. p. 88.

2.3.1 Erro de Diagnóstico

O diagnóstico médico consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, uma vez efetuadas todas as avaliações, pois dela resultará a escolha do tratamento adequado.

Em relação à responsabilidade dos médicos quanto ao erro de diagnóstico, a questão mostra-se muito delicada, tendo em vista que somente o erro grosseiro levará o médico a responder por isso.

Acerca do conceito de erro de diagnóstico, Kfouri Neto assenta:

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro. Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado.⁵⁵

No concernente à apreciação da prova do erro de diagnóstico pelo juiz, este “terá de fazer fé e apreciar a questão à luz do alegado e do provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas”.⁵⁶

Com o avanço tecnológico observado na atualidade, podendo o profissional da medicina apoiar-se em exames laboratoriais, ressonância-magnética, tomografia computadorizada e outros, a análise da responsabilidade deverá ser tratada com maior rigidez em relação ao diagnóstico equivocado.

A respeito, posiciona-se Sérgio Cavalieri Filho:

Em suma, será preciso apurar em cada caso se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe ou não possível chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável.⁵⁷

2.4 NATUREZA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

⁵⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

⁵⁶ Idem, ibidem. p. 91.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396.

Apesar do Código Civil colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não há dúvida de que ela tem natureza contratual e, em regra, o médico assume obrigação de meio e não de resultado na assistência ao paciente.

Sobre a natureza contratual entre médico e paciente, Irineu Ramos Filho discorre:

Aliada a essa possibilidade jurídica, tem-se a própria definição de contrato, que, doutrinariamente, é um acordo de vontades objetivando a consecução de determinado fim, econômico ou não. Partindo dessa noção preliminar e considerando a relação médico/paciente, podemos caracterizá-lo como contratual, isso porque, de um lado, temos alguém que toma um serviço específico; de outro, temos alguém que possui os conhecimentos necessários para prestar esse serviço; intermediando ambos, temos um liame comum, representado pelo objetivo a ser atingido pelo serviço prestado, que ao final redundará uma contrapartida econômica ao esforço profissional dispendido. Assim, vemos caracterizados os elementos básicos de um contrato: as partes, o objeto e o preço.⁵⁸

Na obrigação de meio o médico deve apenas esforçar-se, agir com prudência, perícia e técnica, para obter a cura, contudo, não terá obrigação de alcançá-la. Basta a dedicação do profissional em atender da melhor forma possível a pessoa que precisa ser assistida, sem condicionar a prestação tendo em vista determinado resultado.

Kfouri Neto enaltece que:

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.⁵⁹

A obrigação de resultado se funda na obtenção de determinado fim, o qual foi previamente acordado entre o médico e o paciente. Um exemplo é a cirurgia plástica estética propriamente dita.

Nesse caso, o contratado se compromete a atingir um objetivo determinado, de forma que, quando não alcançado ou alcançado de forma parcial, ocorre a inexecução da obrigação. Há também a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova.

O posicionamento da doutrina em relação à espécie de contrato que caracteriza a relação entre médico e paciente, é divergente. São classificados como mandato, locação de serviços ou *sui generis* ou inominado.

⁵⁸ RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT v.7, jul. 2001, p. 85.

⁵⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71-72.

A teoria do mandato é baseada no direito romano onde o médico era considerado um mandatário do doente, contudo, é criticada, pois não seria razoável que o médico se sujeitasse às instruções do paciente.

Sobre a teoria da locação de serviços, que se aproxima bastante da teoria do contrato *sui generis*, Mariana Massara Rodrigues de Oliveira conceitua da seguinte forma:

A teoria, como tal, de aplicação do arrendamento de serviços às profissões liberais, foi adotada na Idade Média, pelos romanos, e sustenta que a atividade do profissional liberal, não submetida à legislação trabalhista, consistia em prestar ao seu contratante um serviço certo, mediante pagamento determinado.⁶⁰

Por fim, a teoria do contrato inominado ou *sui generis* aduz que o contrato médico não está previsto e nem organizado pelo Código Civil, este seria um contrato inominado onde precisariam ser construídas regras reguladoras para o direito comum das obrigações para uso dos profissionais e as regras impostas para uma melhor organização profissional.

2.4.1 Elementos Constitutivos do Contrato Médico

O elemento mais importante do contrato, considerando a essência do negócio, é a manifestação de vontade.

Para a manifestação de tal vontade, é necessário que aja um agente para que possa ser declarado o objeto do contrato, “valendo destacar que tal objeto pode ser direto/imediato ou indireto/mediato, à medida que se materialize, respectivamente, na atividade a ser desenvolvida (prestação de dar, fazer ou não fazer) ou no bem da vida posto em circulação”.⁶¹

A forma como será exteriorizado o contrato pode ser qualquer uma, desde que seja compreendido que o contrato realmente existe no campo concreto.

Todavia, se ele produzirá efeitos, ou seja, se é válido, deverá ser analisado de foi feito de maneira livre e de boa-fé.

Segundo Irineu Ramos Filho, o contrato deve ser compatível com a lei, com fim de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, e consistirá num vínculo obrigacional entre pessoas, no qual surgem direitos e deveres recíprocos.

Ainda, os elementos contratos podem ser extrínsecos e intrínsecos.

⁶⁰ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, IV volume: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

O elemento extrínseco é aquele que dá origem ao contrato e é subdividido em capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo.

A capacidade das partes contratantes, para certos atos da vida civil, é imposta pelo ordenamento jurídico, através de requisitos especiais para contratar. Um exemplo disso são os contratos dos profissionais liberais quanto à prática de atos típicos de cada profissão.

A idoneidade do objeto abarca a possibilidade jurídica, que permite localizar o objeto do contrato nos limites dos fenômenos físicos, sociais e humanos; a licitude, que é sua previsão no ordenamento jurídico; e, por fim, a suscetibilidade de aferição econômica, isto é, deve possuir valor econômico expressivo.

Finalizando, a legitimação para realizar o contrato é definida como sendo a prerrogativa que uma pessoa possui para agir em favor de determinado interesse passível de tutela jurídica, e pode ocorrer de forma direta, ou seja, quando consubstanciada pela própria pessoa capaz, em função de interesses próprios, ou pode ocorrer de forma indireta, que será manifestada por um terceiro com poderes nele investidos para contratar.

O elemento intrínseco é aquele que complementa a relação contratual e, por sua natureza, são indispensáveis para a validade do contrato. São o consentimento ou manifestação da vontade, a causa, o objeto e a forma.

Consentimento ou manifestação da vontade é a causa concreta de uma relação jurídica. A causa é o objetivo a ser atingido pela atuação da vontade das partes. O objeto é o conjunto de obrigações que as partes se comprometem a praticar. Quanto à forma, é preferível que seja escrita, contudo não há exigência do ordenamento jurídico em relação a isso.

Demonstrados os elementos extrínsecos e intrínsecos do contrato, para que este se aperfeiçoe existem três momentos indispensáveis, que são a proposta, a aceitação e a consumação.

Proposta “é o momento inicial do contrato, manifesto através de ato pelo qual uma parte solicita a manifestação da outra sobre os termos do contrato a ser celebrado”.⁶² O interesse social exige que a proposta seja séria, inequívoca, consistente, estável precisa e completa para que possa gerar contrato.

Aceitação é a aquiescência de uma proposta. Deve ser manifesta de modo preciso, propiciando ao proponente um entendimento, podendo ser expressa ou tácita.

Para que ocorra a consumação do pacto obrigacional, basta que o aceitante e o proponente efetivem a convergência das vontades integrantes da relação jurídica.

⁶² RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT v.7, jul. 2001, p. 89.

2.4.2 Efeitos do Contrato Médico

Acerca do efeito fundamental do contrato, observa-se que esta é de gerar obrigações para as partes que o pactuaram.

A geração do contrato implica a formação de um vínculo entre as partes, produzindo para o credor o direito de exigir seu cumprimento e para o devedor, a obrigação de adimpli-lo.

O contrato médico impõe às partes uma reciprocidade bilateral compatível com as obrigações que lhe são inerentes, isto é, com a legitimidade e com as competências de cada parte.

Ao médico compete executar os deveres prescritivos, terapêuticos e informativos; e ao paciente, incumbe prestar as informações solicitadas pelo profissional, necessárias para o cumprimento do seu dever.

Salienta Maria Helena Diniz que o contrato médico contém, implicitamente, os seguintes deveres:

- 1) De dar conselhos ao seu cliente, logo, o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne às precauções exigidas pelo estado. [...]
- 2) De cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina. Assim, será responsabilizado se não der assistência ao seu cliente ou negligenciar as visitas, abandonando-o. [...]
- 3) De abster-se do abuso ou do desvio de poder, pois o médico não terá o direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser que isso seja imprescindível para enfrentar o mal que acarreta perigo de vida ao paciente. [...].⁶³

2.4.3 Cláusula de Não-Indenizar

A cláusula de não-indenizar é aquela pela qual o contratante que normalmente estaria obrigado a indenizar prejuízos futuros, tenta se eximir desta reparação através de cláusula contratual. A admissibilidade dessa cláusula funda-se no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil.** 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 298-300.

Para Sérgio Sérulo da Cunha, a cláusula de indenidade é aquela que “exclui ou limita a responsabilidade de uma das partes”.⁶⁴

Contudo, a cláusula de não-indenização não exime o agente da responsabilidade, e nem elide a obrigação, pois esta é o dever originário que tem por fonte a lei, e aquela é um dever que decorre da violação da obrigação. A referida cláusula somente afasta a reparação do dano, ou seja, as normais conseqüências da inexecução de uma obrigação.

Cavaliere Filho distingue a causa de irresponsabilidade da cláusula de não indenizar aduzindo que a primeira exclui a responsabilidade e a segunda afasta apenas a indenização, e continua ao afirmar:

Não se pode, conseqüentemente, confundir causa de exclusão de responsabilidade com cláusula de não-indenizar. Aquela, repita-se, é verdadeira exoneração da obrigação de indenizar. É a própria responsabilidade, o próprio dever de responder, que por ela fica afastada. Esta, ao contrário, é condição do seu funcionamento a caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou a reparação do dano.⁶⁵

Estas cláusulas têm se tornado freqüentes em alguns procedimentos médicos, principalmente nos cirúrgicos. Entretanto, no direito penal elas não possuem eficácia alguma, apresentando-se somente do âmbito do direito civil a questão da validade desta cláusula de não reparação de uma obrigação do profissional.

Importante consideração acerca da problemática destas cláusulas contratuais é proferida por Kfourri Neto:

Aguiar Dias responde à indagação, referindo-se ao dever dos médicos de empregar todos os meios a fim de obter a cura. A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convencená-la, ela já existe – e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano. Demogue, isoladamente, sustenta a validade da cláusula no caso de manifestação formal do paciente, em operação que o médico julgue perigosa. O médico tem o dever de se recusar a praticar intervenção que sua consciência científica desaconselhe. Assim, se assentir à vontade do cliente, contrariando as regras técnicas da profissão, sempre incorrerá em responsabilidade.⁶⁶

Assim, o problema continua em discussão pelos doutrinadores que, em sua maioria, não aceita a cláusula de não-indenizar como uma convenção válida, tendo em vista que o devedor é sempre responsável, e a cláusula não modifica o direito.

⁶⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, ob. cit. p. 529.

⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 104.

O campo de aplicação da cláusula de não-indenizar fica mais restrito pelo disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 24, que veda cláusula contratual exonerativa da garantia legal, seja em razão dos vícios do produto ou do serviço.

2.5 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO MÉDICO

2.5.1 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXII, que o Estado irá promover a defesa do consumidor, e o seu artigo 170, V, erigiu a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Em cumprimento a norma constitucional, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, expresso pela Lei n. 8.078/90, com início da vigência em março de 1991, para a proteção do consumidor, que até então estava desamparado de um instrumento que defendesse os seus interesses materiais e morais.

Em decorrência da origem constitucional dessa lei, o seu artigo primeiro “autodefine suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória”⁶⁷, e o seu artigo segundo define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”⁶⁸

O Código de Defesa do Consumidor existe para que a parte presumivelmente mais fraca das relações de consumo, o consumidor, tenha uma igualdade jurídica que compense a desigualdade econômica frente ao fornecedor.

Os direitos protegidos pelo Código Consumerista garantem o equilíbrio das prestações entre profissional e consumidor, garantindo meios eficientes de defesa e informação para a coletividade, e por serem esses direitos de ordem pública, são irrenunciáveis e indisponíveis.

Para esclarecer o assunto, Sergio Cavalieri Filho assenta:

[...]. Em outras palavras, a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do nosso Código do Consumidor; ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor. E foi justamente em razão dessa vulnerabilidade que o Código consagrou uma nova concepção do contrato – um conceito social, no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único essencial

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, ob. cit. p. 40.

⁶⁸ Código de Defesa do Consumidor, art. 2º.

elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram.[...] ⁶⁹

Em seus artigos 12⁷⁰ e 14⁷¹, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor, estipulando a reparação de danos patrimoniais ou morais.

Assim, deve prevalecer a responsabilidade do fabricante ou produtor, que prevendo os efeitos danosos que o produto ou serviço irá acarretar, dispensa o prejudicado de produzir prova. Contudo, “só haverá tal responsabilidade se o defeito do produto elaborado for a causa do evento danoso”. ⁷²

2.5.2 Teoria do risco do empreendimento

Os riscos do consumo, antes do Código do Consumidor, eram por conta do consumidor, enquanto o fornecedor respondia somente no caso de dolo ou culpa, após sua vigência, o risco foi transferido do consumidor para o fornecedor, sendo que a responsabilidade é objetiva para todos os casos de acidente de consumo.

Cavaliere Filho define a teoria do risco do empreendimento:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 486.

⁷⁰ CDC, art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁷¹ CDC, 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 pode dele 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.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 418.

como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.⁷³

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo de fornecimento de serviços ou produtos, tem o dever de responder pelos fatos resultantes do empreendimento, independentemente de culpa.

2.5.3 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

Tanto a responsabilidade pelo fato do produto como do serviço decorrem de um defeito que compromete a segurança do produto ou serviço. O vício é um defeito que lhe é inerente que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.

O fato do produto é um acontecimento externo, que causa dano moral ou material ao consumidor tendo sempre como fato gerador um defeito do produto.

Sobre o fato do produto, Sergio Cavalieri Filho discorre da seguinte forma:

À luz do art 12 do Código de Defesa do Consumidor, esse defeito pode ser de *concepção* (criação, projeto, fórmula), de *produção* (fabricação, construção, montagem) e ainda de *comercialização* (informações, publicidade, apresentação etc.). São os chamados *acidentes de consumo*, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.⁷⁴

No artigo 8º do Código do Consumidor, está descrito o princípio da segurança, que estabelece o dever do fornecedor de não colocar no mercado produtos ou serviços com defeito ou que coloquem em risco a saúde ou segurança do consumidor.

Um serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que o consumidor deveria esperar, levando em conta o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente são esperados e a época em que foi fornecido.

Os artigos 12 e 14 do Código do Consumidor têm como principal diferença a designação dos agentes responsáveis. A responsabilidade pelo fato do produto tem como responsáveis o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante em via principal. Já na responsabilidade pelo fato do serviço, que fala somente em fornecedor, inclui todos os partícipes da cadeia produtiva, respondendo solidariamente.

⁷³ CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 497.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 498.

2.5.4 Inversão do ônus da Prova

Observando os parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, nota-se a inversão do ônus da prova quanto ao nexo causal, cabendo ao fornecedor provar que o defeito não existe ou qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade. Ocorre por força da lei, eximindo o consumidor de um ônus e criando novo ônus probatório à parte contrária.

Assim, acerca da produção de prova de defeito no produto, Cavalieri Filho ensina:

Conforme já ressaltado, ocorrido o acidente de consumo e havendo a chamada prova de *primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, o Código do Consumidor presume o defeito do produto ou serviço, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar – ônus seu – que o defeito não existe (arts. 12, parágrafo 3º, II e 14, parágrafo 3º, I). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário, havendo aí, portanto, inversão do ônus da prova *ope legis*, e não *ope iudicis*.⁷⁵

Deste modo, uma vez concedida a inversão do ônus da prova, o consumidor ficará desincumbido de provar o dano e o nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o evento danoso, cabendo ao fornecedor provar que o seu produto não tem defeito.

No terceiro capítulo desta monografia este assunto será abordado novamente com maior ênfase.

2.5.5 Responsabilidade dos profissionais liberais

Os agentes que figuram na relação jurídica de consumo são o consumidor e o fornecedor. Entre os fornecedores, conforme disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, estão os prestadores de serviços, onde são encontrados os profissionais liberais, como os advogados, médicos, pintores e engenheiros.

Os profissionais liberais são aqueles que prestam serviço por conta própria, sem subordinação, independentemente do grau de escolaridade.

Estes profissionais, apesar de prestarem serviços, não respondem objetivamente, e sim subjetivamente, conforme exceção disposta no artigo 14, parágrafo 4º.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 517.

A questão da exclusão do profissional liberal do sistema geral da responsabilidade objetiva é esclarecida por Cavaliere Filho:

[...]. A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca. Trata-se, portanto, de serviços negociados, e não contratados por adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série. Em suma, não se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço em massa.⁷⁶

Este dispositivo não será aplicado para serviços prestados por pessoas jurídicas, somente cabe à pessoa natural.

A maior parte dos serviços prestados por profissionais liberais é para atingir uma obrigação de meio, onde ele deverá apenas empregar todos os métodos necessários para alcançar o objetivo. Neste caso restará ao consumidor provar a culpa do profissional.

Sendo a obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova é automática, ocorre uma presunção de culpa do fornecedor, pela razão de que os contratos prevêm um resultado a ser alcançado.

Extrai-se do texto de Luís Fernando Barbosa Pasquini:

Conclui-se, portanto, que em relação ao fato do serviço, a responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante verificação de culpa, devendo, para tanto, distinguir a obrigação assumida. Sendo de meio, deverá o consumidor provar a culpa do profissional liberal, salvo se for caso de inversão do ônus da prova; já se a obrigação for de resultado, a inversão se dá automaticamente, devendo o profissional provar que não laborou com culpa.⁷⁷

2.5.6 Responsabilidade Médica e o Código do Consumidor

Como visto, a prestação de serviço pelo médico é contratual e se divide em atividade de meio e de resultado. Na obrigação de meio, o médico deve prestar um serviço diligente e prudente, para que a cura do paciente seja alcançada, contudo, não existe um resultado esperado. Já na obrigação de resultado, o médico deve agir com a mesma diligência e prudência, porém aqui há um resultado esperado.

⁷⁶ CAVALIERE FILHO, ob. cit., p. 518.

⁷⁷ PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços. Jus Navegandi, 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574&p=5>>. Acesso em: 27 out. 2008.

A responsabilidade dos profissionais liberais, inclusive a do médico, está prevista no artigo 14, parágrafo 4º do Código do Consumidor.

Baseia-se na culpa a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, assim, se o profissional da medicina trabalha num hospital, ele responderá apenas pela culpa, enquanto o hospital responderá de forma objetiva. No entanto, o médico cirurgião responde independente de culpa por tratar-se de acidente de consumo.

Nas relações consumeristas foi adotada a teoria do risco, não mais se discutindo se houve ou não culpa do agente. Contudo, o médico só não será obrigado a indenizar se provar de meio hábil que não houve nexo de causalidade.

Na responsabilidade subjetiva a responsabilidade nascerá caso seja demonstrada culpa em grau mínimo, médio ou máximo.

Grácia Cristina Moreira do Rosário comenta sobre a importância dos contratos médicos após o Código de Defesa do Consumidor:

Com o surgimento da Lei nº 8.078 de 1990, passou a ser de suma importância a atenção especial dos médicos em relação à redação dos contratos, discriminando, detalhadamente, os serviços pactuados, incluindo, nas cláusulas, a possibilidade da ocorrência de efeitos colaterais que poderão suceder ao longo do tratamento. Essas instruções são importantes, caso ocorra algum problema com o paciente vindo a originar uma demanda judicial, a fim de o julgador poder captar a existência ou não de culpa médica.⁷⁸

2.5.7 Decadência e Prescrição

O Código do Consumidor disciplina, nas relações de consumo, a decadência e a prescrição separadamente, nos seus artigos 26 e 27.

As duas causam a perda do direito pelo decurso do tempo, mas a prescrição exonera o dever jurídico, e não extingue o direito subjetivo. “Sobre alguém caía o dever; o devedor, por conseguinte, é que se exonera com a prescrição; cabe-lhe dizer ao juiz que a prescrição decorreu e que ele, portanto, não está mais obrigado ao cumprimento do dever”. Na decadência, a faculdade jurídica está condicionada ao tempo. “É como se fosse um direito a termo resolutivo imposto pela própria lei. Durante aquele prazo pode ser exercido, depois dele não mais: é a decadência”.⁷⁹

Arrematando, Cavalieri Filho afirma:

⁷⁸ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 100 – 101.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 522.

De se concluir, portanto, que só há prescrição de direito subjetivo, isto é, quando ao direito do titular corresponde um dever jurídico para que, pela violação deste, surja a lesão e, conseqüentemente, a prescrição. Onde não tiver um direito subjetivo, mas tão-somente uma faculdade jurídica (ou direito potestativo) à qual não corresponda um dever de outrem, não se pode ter lesão de direito e nem prescrição. Aí só pode ocorrer decadência.⁸⁰

Quanto aos prazos, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que a decadência ocorrerá em 30 dias, tratando-se de vício de produto ou serviço não-durável, e de 90 dias tratando-se de produto ou serviço durável. Tanto os vícios ocultos como os aparentes têm o mesmo prazo, o que os diferencia é o momento em que esse prazo passa a fluir.

Estão previstas duas causas de suspensão nesse caso, “a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produto e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca, e a instauração do inquérito civil, até seu encerramento”.⁸¹

No caso da prescrição, o Código do Consumidor estabeleceu prazo único de cinco anos para todos os casos de acidente de consumo. Este prazo começa a correr a partir do conhecimento do dano e da sua autoria.

As causas que impedem ou suspendem o prazo prescricional estão elencadas nos arts. 197 a 201 e as que interrompem estão nos arts. 202 a 204 previstas no Código Civil.

Após análise da responsabilidade do médico e um breve estudo sobre o contrato e sua relação com o Código de Defesa do Consumidor, passar-se-á para a responsabilidade civil do cirurgião plástico e suas principais conseqüências.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, *ob. cit.*, p. 523 – 524.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O caso da responsabilidade civil originada de cirurgia plástica é, na maior parte das vezes, analisada de maneira desfavorecedora ao médico.

Todavia, a cirurgia estética abrange duas finalidades, uma delas é a de alterar a aparência, e a outra é a de restaurar ou reparar a aparência.

Enquanto na cirurgia de reparação o médico busca restaurar a aparência e função física do paciente que foi acometido por doença deformadora ou por um acidente, tentando reintegrar o indivíduo à sociedade, e na cirurgia estética, a finalidade do paciente é mudar a aparência, destinada exclusivamente ao embelezamento e que não tendo reflexo na saúde do paciente.

Há de ressaltar-se que a saúde do paciente é mais importante que a valorização da beleza e da vaidade, por isso, Kfoury Neto, utilizando o ensinamento de Chammard, expõe a regra em matéria de cirurgia estética:

A regra de ouro, que convém respeitar em matéria de cirurgia 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”.⁸²

A cirurgia plástica com finalidade estética, por ser de simples embelezamento e não porque a saúde do paciente exigiu, impõe a obrigação de resultado resultante do contrato celebrado entre o médico e o paciente.

Miguel Kfoury Neto faz referência ao pronunciamento do STJ acerca do tema, o qual discorre que,

contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo dano moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito.⁸³

No caso da cirurgia plástica com finalidade reparadora, diz-se que há obrigação de meio, ou seja, o médico lança mão de todos os recursos que a medicina possui, necessários

⁸² KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 157.

⁸³ Idem, p. 160.

para obter o melhor resultado, mas sem o compromisso de que este ocorra e sim realizar um trabalho que não venha caracterizar culpa.

3.1.1 Cirurgia Plástica

A cirurgia estética pode ser definida como “procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia, do ponto de vista estético,”⁸⁴ porém, pode-se entender como saúde, não somente o bem-estar físico, mas o psíquico e social também.

Há que se ressaltar que o senso de aparência pessoal que cada um tem de si também integra o conceito de saúde, pois não é suficiente o perfeito funcionamento dos órgãos vitais para que o ser humano se sinta bem.

Nesse contexto, é admissível a feição curativa que advém da cirurgia estética, pois ela pode amenizar ou até mesmo eliminar alguma doença mental ou perturbação psíquica desencadeada não por uma doença ou degeneração física, e sim por um mal-estar moral.

Importante observação acerca do assunto é feita por Jurandir Sebastião:

[...]. Para que o ser humano se sinta bem é imprescindível que esteja “satisfeito” ou conformedo com a sua aparência física. Essa sensação tem por parâmetro os “valores” sociais comuns, relativos à *proporção de peso* e de *tamanho* de cada qual dos órgãos físicos externos. Mas eventual *desproporção* tanto pode ser *mínima*, como absolutamente acentuada ou *intolerável*. A linha divisória entre esses conceitos situa-se apenas na *vontade* e *desejo* de cada ser humano.[...]⁸⁵

Ante as considerações acima, urge salientar que a auto-estima pessoal é um ponto fundamental para que possa haver um equilíbrio psíquico e saúde mental.

Dessa forma, importante seja analisado cada caso individualmente para que se possa identificar, para os efeitos de culpa, qual o tipo de cirurgia está ocorrendo, se de cirurgia reparadora.

O médico deverá sopesar se a cirurgia faz-se realmente necessária, através do bom-senso, e, se for o caso, desestimular o paciente cujo risco não compensa correr apenas por um excesso de atenção a detalhes irrelevantes de sua aparência.

⁸⁴ KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 166.

⁸⁵ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica civil, criminal e ética**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71.

Quando o profissional da medicina “desses deveres descuro, a ponto de ver no paciente apenas oportunidade de ganhar dinheiro fácil, deve pagar pelo mau resultado – se ocorrer. Em tais casos, presume-se que o médico assumiu o *risco* pelo resultado.”⁸⁶

Complementando tal entendimento, Kfoury Neto discorre acerca do equilíbrio com o qual deve agir o médico utilizando as seguintes palavras:

É inquestionável, porém, que incorrerá em responsabilidade o médico que, conhecendo o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera obter, executar uma intervenção desse tipo, ainda que conte com o consentimento do paciente e mesmo que tal assentimento tenha sido manifestado após uma correta e completa informação.⁸⁷

O médico deverá utilizar todos os meios, inclusive assumindo riscos, quando a vida do paciente está em perigo, contudo, quando não é este o caso, o profissional deverá ponderar razoavelmente os riscos assumidos e os benefícios esperados pela cirurgia.

Tendo o médico assumido o risco pelo resultado, através de um contrato de fim, e havendo o descumprimento do mesmo, o profissional deverá provar a impossibilidade da adimplência pelos meios legais admissíveis como forma de extinção da obrigação.

Ainda, se da tentativa de melhora estética vier a acarretar outros danos, o médico poderá ser responsabilizado material e moralmente.

3.1.2 Liceidade e Legitimidade na Cirurgia Plástica

Antes de ser analisado o objeto do contrato médico da cirurgia plástica, deve-se observar sua liceidade e legitimidade.

Ao contrário da crença anterior de que intervir num organismo saudável resultaria numa falta, hoje não há nenhuma incerteza acerca da legitimidade de uma cirurgia puramente estética.

Pelo aumento do número de profissionais na especialidade estética, e a necessidade das pessoas em melhorarem sua aparência, admite-se a cirurgia plástica como acontecimento normal do quotidiano. Portanto, fica clara sua liceidade, pois é uma especialidade médica como outra qualquer.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 167.

Caio Mário da Silva Pereira divide o estudo da cirurgia estética em três fases⁸⁸, que são a da rejeição, da aceitação com reservas e da admissão ampla.

A primeira fase ou da rejeição surgiu na França, e admitia que todas as cirurgias estéticas, pelo simples fato de realizar-se uma operação sem necessidade para a saúde, em caso de lesão resultariam em responsabilidade médica.

A segunda fase ou da aceitação com reservas também advém da Corte francesa, a qual considerou a questão da culpa observando se esta ocorreria sempre ou se dependeria das circunstâncias de cada caso para estabelecer a responsabilidade do médico.

A terceira fase ou da admissão ampla é a atual inclusive no Brasil. Como a realização da cirurgia plástica é uma atividade normal e acontecimento do cotidiano,

afasta-se totalmente a idéia de iliceidade, de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isso se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo.”⁸⁹

A atividade médica possui regras e impõe ao profissional normas de conduta médica e até mesmo de comportamento pessoal, as quais encontram-se estabelecidas no Código de Ética Médica, posto em vigor pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.246, de 08.01.1988.

O Código de Ética Médica em vigor prevê a possibilidade de mudanças nas regras de conduta profissional de acordo com os avanços da medicina e das novas necessidades do Estado. As modificações são feitas mediante resoluções normativas e baixadas pelo Conselho Federal de Medicina a qualquer momento e são normas de cumprimento obrigatório, porém devem ser interpretadas restritivamente.

Pela resolução 1.499/99, os médicos só podem utilizar prática terapêutica reconhecida pela comunidade científica, e a cirurgia plástica está regulamentada na resolução do Conselho Federal de Medicina 1.161/2001.

3.1.3 Código de ética médica

⁸⁸ Apud OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 58 - 59.

⁸⁹ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de, ob. cit. p. 59.

A ética ou moral define diretrizes no exercício de uma profissão através dos princípios da conduta humana, que podem ser assumidos diante de si ou de uma comunidade, ou, ainda, impostos por Códigos legais.

O atual Código de Ética Médica contém uma série de normas de conduta referindo-se aos direitos e deveres do profissional, de proibição ou de obrigação e, ainda, o rol de prerrogativas individuais ou em grupo. “O que é vedado ao médico corresponde ao que é direito do paciente.”⁹⁰

As Comissões de Ética foram criadas para apoiar os Conselhos Regionais de Medicina, que existem desde os anos 50, tendo como função fiscalizar o exercício ético da medicina.

O Conselho Federal de Medicina exerce função delegada do Estado, sendo incumbido o dever de regulamentar e disciplinar a atividade médica através de Resoluções Normativas. Funciona também como órgão consultivo, tendo os pareceres força normativa.

Compete ao Conselho Federal de Medicina “definir especialidades profissionais em medicina e, em especial, exercer a função de instância revisora nos processos ético-profissionais.”⁹¹

3.1.4 Responsabilidade contratual do cirurgião plástico

A cirurgia plástica surgiu para a readaptação funcional das pessoas traumatizadas na guerra, em 1914. Contudo, somente em 1930 foi criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética, segundo Grácia Cristina.⁹²

A relação contratual entre o cirurgião plástico e o cliente gera uma obrigação que deve ser cumprida pelo médico e ser considerada plenamente satisfatória pelo paciente. Esta cirurgia que visa à melhora da aparência física deve, no mínimo não resultar em danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos.

Ademais, Grácia Cristina destaca a cirurgia estética com fins exclusivamente estéticos, bem como suas causas de exclusão, assim:

A cirurgia plástica, com fins exclusivamente estéticos, é cirurgia de embelezamento. No caso do resultado não se positivar, em virtude das estipulações contratuais, a culpa profissional do médico cirurgião é presumida até que prova

⁹⁰ Comissão de Ética Médica e COREME – Curso sobre aspectos práticos da ética médica para residentes. Disponível em: < http://www.unifesp.br/spdm/hsp/comite_etica/curso1006.htm>. Acesso em: 02 nov. 2008.

⁹¹ SEBASTIÃO, Jurandir, ob. cit. p. 227.

⁹² ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 61.

a isenção de culpa ou qualquer outra causa de exoneração, como caso fortuito ou força maior.⁹³

E continua, ao afirmar que:

Como é sabido, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima formam causas de exclusão tanto da responsabilidade extracontratual como contratual, pois quebram o nexo da causalidade.⁹⁴

Portanto, na cirurgia embelezadora, a culpa profissional do médico é presumida até que ele prova a isenção de culpa ou qualquer outra causa de exclusão da responsabilidade.

O paciente, ao se submeter a uma cirurgia estética presume a existência de garantias afirmando que não sofrerá danos capazes de lhe causar lesão deformante, assim, o médico deverá ter as condições para assegurar o resultado pretendido pelo paciente sem lhe causar prejuízos.

Como dito, sendo o risco do contratado, no caso o cirurgião plástico, cumpre a este provar que a responsabilidade, no caso de um insucesso, é do próprio contratante ou por força maior ou caso fortuito. Esta distinção destina-se à distribuição do ônus da prova na demanda judicial.

No contrato, quando a obrigação é de meio, o ônus da prova será do paciente contratante, demonstrando a culpa do médico contratado, para exigir a reparação do dano.

Quando o contrato é de resultado ou de fim, cabe ao médico provar o cumprimento da obrigação ou a impossibilidade de realizá-la.

Os contratos de meio envolvem prestação de serviços, já os contratos de resultado além da prestação de serviços envolvem também entrega material, visando atingir o fim desejado.

3.1.5 Cirurgia Plástica e obrigação de meio e de resultado

Segundo Mariana Massara,⁹⁵ é dado a René Demogue, jurista francês, o mérito da divisão das obrigações em obrigação de meio e de resultado. Na obrigação de resultado o devedor se compromete a uma determinada prestação, na de meio, o devedor apenas se obriga a usar de todo o seu empenho na realização do esperado.

⁹³ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 61.

⁹⁴ Idem, ibidem.

⁹⁵ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de, ob. cit. p. 69.

Sendo a obrigação do médico de meio e não de resultado, “ele é responsável pelo insucesso de uma intervenção clínica ou cirúrgica apenas quando resta provada a sua conduta culposa.”⁹⁶

Contudo, no tangente à cirurgia plástica estética, também chamada de embelezadora ou cosmetológica, insere-se na modalidade obrigação de resultado.

Distingue-se na especialidade de cirurgia plástica estética a propriamente dita, que se destina a corrigir imperfeições da natureza; e a reparadora, que é utilizada para corrigir enfermidades congênitas ou adquiridas.

Na obrigação de resultado, necessariamente deverá existir um contrato possuindo um fim socioeconômico, por isso, a cirurgia estética cabe nessa classificação, pois o paciente contrata o médico cirurgião para determinado fim, mesmo sem haver patologia a ser combatida.

Na cirurgia estética “o cliente visa à correção de uma imperfeição ou melhoria de sua aparência. Não é uma situação emergencial. O paciente, em princípio, não corre risco.”⁹⁷

Segundo Kfoury Neto⁹⁸, a cirurgia estética propriamente dita se subdivide em cirurgia de caráter estritamente estético e *lato sensu*.

A cirurgia de caráter estritamente estético é aquela na qual o paciente visa modificar alguma parte do seu corpo, que já é harmonioso, mas pode não ser considerado um ideal de beleza. No caso “onde se expõe o paciente a riscos de certa gravidade, o médico se obriga a um resultado determinado e se submete à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção.”⁹⁹

Já a cirurgia estética *lato sensu*, na qual não há risco relevante ao paciente, está destinada a corrigir pequenas imperfeições do paciente, que estão em absoluta desarmonia estética e ocasionam mal-estar psíquico a esta pessoa.

Na obrigação de meios, como já afirmado anteriormente, o médico se compromete a prestar assistência de forma diligente, prudente e eficiente utilizando todos os meios disponíveis para atingir o melhor resultado possível na restauração da saúde do paciente.

⁹⁶ Idem, ob. cit. p. 73.

⁹⁷ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do, ob. cit. p. 89.

⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 169.

⁹⁹ Idem, ibidem.

Quando a prestação não exigir um determinado resultado e o médico oferta todos os seus esforços e utiliza todos os meios indispensáveis para a obtenção da cura do paciente, decorre obrigação de meio.

Trata-se de obrigação de meio a cirurgia reparadora, que busca a reparação da aparência do paciente em razão do acontecimento de uma doença grave deformadora ou gerada por acidente.

3.1.6 Alguns institutos quanto à prova

O objetivo das provas é dar ao juiz a possibilidade de formar uma opinião sobre o que foi afirmado em juízo pelas partes, e para estas, a possibilidade de demonstrar que suas afirmações são verdadeiras. As provas têm por finalidade chegar à verdade.

Os fatos pertinentes e relevantes ao processo são os objetos da prova, que irão influenciar o julgador em sua decisão.

É regra geral que a prova cabe a quem alega, contudo, na medida em que as relações sociais se modificam, o direito processual civil as acompanha.

Jurandir Sebastião explica como isso acontece na relação médica:

Por isso, nos conflitos nascidos da relação médica envolvendo obrigação de fazer, o contratado (médico) carrega consigo o dever de levar para os autos os elementos de prova que só ele possui, a exemplo de cópia do prontuário médico, cópia dos registros hospitalares, controle de receituário etc., para o melhor julgamento da causa.¹⁰⁰

O ônus da prova se trata de uma faculdade, uma vez que a parte que deverá fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão.

Segundo Greco Filho, o ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios:¹⁰¹

O primeiro é o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, quando o juiz atual não pode declinar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa.

O segundo é o princípio dispositivo segundo o qual será das partes a iniciativa da ação e das provas, cabendo ao juiz a complementação. Cabe às partes produzir as provas que formarão a convicção do juiz.

¹⁰⁰ SEBASTIÃO, Jurandir, ob. cit. p. 237.

¹⁰¹ Apud OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de, ob. cit. p. 148.

O terceiro é o princípio da persuasão racional no qual o juiz deverá decidir conforme o alegado e provado nos autos e não segundo sua própria convicção.

Quando se trata de contrato de meios a prova é positiva, cabendo ao médico e ao paciente a obrigação de levar para os autos os elementos que estão ao seu alcance. Aqui será aplicado o princípio da carga probatória dinâmica, que é a transferência da carga probatória ao profissional em razão de encontrar-se em melhor condição de apresentá-las.

Quando incumbe à parte o ônus da prova de determinados fatos fala-se de ônus subjetivo, enquanto no ônus objetivo, ou princípio da comunhão da prova, o juiz levará em consideração todos os fatos constantes nos autos sem indagar a qual das partes pertencem as provas. A prova vale para ambas as partes, independentemente de quem as tenha produzido.

O ônus probatório, segundo o artigo 333¹⁰² do Código de Processo Civil, prevê que ao autor cabe provar o fato jurídico em que se funda a sua pretensão aludida no processo. E caberá ao réu, se este admitir a ocorrência do fato alegado pelo autor, provar o fato superveniente que impeça, modifique ou extinga a constituição do efeito pretendido pela outra parte.

A inversão do ônus da prova está prevista no Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que a atividade médica é prestação de serviços, e por assim ser, se sujeita às normas do código consumerista, que, em seu artigo 6º, VIII dispõe sobre os direitos básicos do consumidor.¹⁰³

Tendo em vista que o médico é considerado prestador de serviço, deve-se entender que a sua relação com o paciente é de consumo.

Pondera Caldeira¹⁰⁴, que para se entender a inversão do ônus da prova, o princípio da isonomia, ou da igualdade, deve ser considerado e este só é possível quando os desiguais são tratados de forma desigual, na medida de suas desigualdades. No caso do médico estar em melhores condições de realizar a prova de um fato, este deverá apresentá-las.

A inversão se restringe àquele ponto onde há disparidade entre o fornecedor e o consumidor.

São duas as possibilidades de inversão do ônus da prova no caso de erro médico, a verossimilhança da alegação ou caso seja verificada a hipossuficiência do paciente.

¹⁰² CPC, art. 333: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁰³ CDC. 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;

¹⁰⁴ SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do ônus da Prova**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 118.

A verossimilhança “contempla aquelas alegações que realmente trazem um elevado grau de proximidade da verdade ao juiz da causa. Assim, na hipótese de os fatos alegados pelo paciente serem acreditáveis, pode o juiz inverter o ônus da prova, de tal forma que ao médico incumbirá provar sua inocência.”¹⁰⁵

Heitor Vitor Mendonça Sica, faz importante conceituação acerca da verossimilhança:

Trata-se de um conceito em cujo âmago acha-se um *juízo comparativo* entre o fato alegado e o que “ordinariamente acontece”, de maneira que a análise do primeiro permita ao observador extrair, mesmo sem provas e por simples raciocínio dedutivo, uma probabilidade razoável de que sua conseqüência será a mesma presenciada em casos similares.¹⁰⁶

Na hipossuficiência, a inversão do ônus da prova se dá nos casos em que o consumidor é a parte mais fraca econômica ou tecnicamente.

A hipossuficiência técnica tem se mostrado mais freqüente, ela diz respeito às informações que o médico transmite ao paciente sobre um tratamento ou cirurgia à qual será submetido, contudo, na maioria dos casos, estas informações são prestadas de maneira extremamente técnica, dificultando o entendimento de leigos.

Essa hipossuficiência a que se refere o dispositivo legal é técnica, e está ligada à posse de conhecimento e informação. A idéia de assimetria de informação advém da análise das relações de consumo, onde o fornecedor, invariavelmente, detém mais informações que o consumidor.

3.1.7 Dano moral e estético na cirurgia plástica

A reparação do dano moral deu-se inicialmente, em acórdão no Supremo em 1966, tendo como relator o Ministro Aliomar Baleeiro, que conferiu o direito de ressarcimento aos pais que perderam dois filhos de 4 e 9 anos de idade em acidente cuja culpa foi atribuída a uma empresa de ônibus, portanto, reconhecia que a conduta da mesma é que dera causa à morte dos menores.

Após a Constituição Federal de 1988, o dano moral veio disposto em dois incisos do artigo 5º, o V e o X, além do artigo 186 do Código Civil.

¹⁰⁵ Idem, p. 121.

¹⁰⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)**. São Paulo: Revista de Processo, v. 32, n. 146, abr. 2007, p. 55.

O inciso V do referido dispositivo aduz que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e o inciso X afirma que “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”. Esse rol é exemplificativo, podendo a lei designar outros direitos a serem protegidos.

No dano moral a vítima deverá receber uma quantia compensatória pelo sofrimento ocasionado. O valor atribuído na decisão não poderá retratar enriquecimento sem causa, sendo de suma importância verificar a situação econômica do ofensor para quantificá-lo. O pagamento da indenização é um suavizador para a vítima e uma punição para o autor do dano.

No caso de indenização por dano moral no erro médico, Grácia Cristina Moreira do Rosário afirma que:

Para a configuração do erro médico, é necessário que se caracterize falta de cuidado, se o resultado foi previsto pelo agente que não o evitou ou se, ao menos, era previsível. E é diante da falta de cautela que se viola o dever de cuidar que é a própria essência da culpa. Assim, o médico que agir com negligência e imperícia ensejará o dever de indenizar a vítima.¹⁰⁷

O dano extrapatrimonial será ressarcido quando o ato resultar de conduta culpável, onde o médico tenha desprezado ou ignorado seus deveres, pela negligência, imprudência ou imperícia, causando prejuízos materiais e causando sofrimentos de dano moral, atingindo os aspectos mais íntimos da personalidade humana ou os da valoração da pessoa no meio em que vive e atua.

O dano estético, por sua vez, é a modificação permanente ou duradoura de uma pessoa causando-lhe um “enfeamento”, o qual repercute em humilhações e desgostos, dando origem a constrangimento perpétuo. Tornam-se, ainda, mais difíceis para a vítima suas condições de trabalho, diminuindo sua colocação na atividade laboral à qual se dedica.

A busca pela aparência perfeita faz com que as pessoas se submetam aos tratamentos estéticos, esquecendo-se da possibilidade de insucesso do mesmo, acarretando um prejuízo com a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era.

O dever do médico deriva da responsabilidade ética e jurídica, e este deverá analisar, opinar, aconselhar e evitar que simples correções possam encontrar fatores que desabonem uma vida profissional em operações desnecessárias.

¹⁰⁷ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do, ob. cit. p. 71.

Mais uma vez, Grácia Cristina Moreira do Rosário faz importante consideração:

O dano estético ofende os direitos da personalidade, que é o direito da pessoa humana de ser respeitada e protegida em todos os seus atos dignos de proteção jurídica, bem como na sua esfera privada e íntima.¹⁰⁸

O artigo 51 do Código de Ética Médica dispõe que “são lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajustamento psíquico”.

A produção do dano estético, para que haja indenização, necessita de uma marca ou sinal, além de sua permanência, ou ao menos um dano alongado.

3.2 JURISPRUDÊNCIA

Vista a posição doutrinária majoritária sobre as questões relacionadas à responsabilidade civil do cirurgião plástico, será observada agora a posição dos Tribunais, através de algumas ementas.

Do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina extrai-se:

Apelação cível. Ação de indenização por erro médico. Alegados prejuízos (morais, estéticos e materiais) provocados pelo demandado em cirurgia plástica. Sentença de procedência.

Agravo retido. Análise postulada na apelação. Pretensa nulidade da decisão definitiva. Realização de nova prova pericial. Desnecessidade. Material cognitivo encartado nos autos suficiente para a composição do litígio. Providência do artigo 437 do Código de Processo Civil. Faculdade do magistrado, observado o seu livre convencimento. Partes devidamente intimadas para se manifestar sobre os laudos apresentados pelos peritos. Hipótese de cerceamento de defesa não configurada. Desprovimento.

Mérito. Intervenção cirúrgica no nariz. Melhora estética pretendida pelo autor. Obrigação, no caso, de resultado. Apontada deformação confirmada pelas provas existentes nos autos. Responsabilidade civil verificada. Ocorrência de causa excludente não comprovada pelo requerido. Obrigação de indenizar caracterizada. Condenação por danos morais e estéticos devida. Critérios de fixação das verbas reparatórias. Razoabilidade e proporcionalidade. Preservação. Reparação dos danos materiais. Admissibilidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.¹⁰⁹

Como observado, o magistrado *ad quem* entendeu que a obrigação da intervenção cirúrgica visando o embelezamento é de resultado, dispensando a prova pericial, condenando, assim, o profissional a indenizar o paciente por danos morais e estéticos.

¹⁰⁸ Idem, p. 74.

¹⁰⁹ TJSC. Recurso de Apelação nº. 2005.003266-2. Criciúma, Rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, decidido em 31 out. 2008. Disponível em: < <http://tjsc6.tj.sc.gov.br> >. Acesso em: 08 nov. 2008.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - CIRURGIA PLÁSTICA - SEQUÊLAS FÍSICAS (CICATRIZ EXTENSA) DEIXADA NO ABDOME DA AUTORA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - POSSIBILIDADE - MÉDICO NÃO ESPECIALIZADO - CLÍNICO GERAL - IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA - EXEGESE DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO CONSUMERISTA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - NÃO COMPROVAÇÃO DE CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - RECURSO PROVIDO.

I - Em regra, os contratos de prestação de serviços médicos originam obrigações de meio e não de resultado.

Exceção a esta regra são os casos de cirurgia plástica, na exata medida em que ela tem por escopo, entre outros, o embelezamento estético do paciente, razão pela qual é considerada obrigação de resultado.

Nessa linha, deixando a intervenção cirúrgica dessa natureza de atingir o escopo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, responde o médico, objetivamente, pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo demonstrada de maneira cabal alguma causa de exclusão de culpa (existência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame.

III - Age com manifesta negligência o médico não especialista (clínico geral) que aceita contrato verbal de prestação de serviços para submeter a autora à cirurgia de extirpação de hérnia incisional, e, simultaneamente, à cirurgia plástica destinada à remoção de excesso de tecido da região abdominal decorrente da perda de peso.

Negligente ainda o médico que não adverte a paciente de suas limitações técnicas e de conhecimentos científicos especializados, assim como não se acautela em obter previamente e por escrito, a ciência da consumidora acerca desses fatos e dos resultados objetivados com a intervenção cirúrgica.

IV - Por outro lado, manifesta a imperícia do réu materializada na ausência de consecução dos resultados pretendidos com a cirurgia plástica, acrescida das seqüelas físicas de ordem estética que acometeram a infeliz vítima.

V - Eventual absolvição do réu na esfera administrativa (CREMESC) não reflete no julgamento desta lide, tendo em vista a separação e independência das diversas formas de responsabilidade (civil, penal e administrativa).

VI - Havendo provas suficientes acerca dos danos suportados pela autora, e, diante da ausência de exclusão do nexo de causalidade formado entre o ilícito e o serviço prestado ou de excludente de culpabilidade, resta configurada a responsabilidade civil do réu e, conseqüentemente, o dever de indenizar pelos danos materiais suportados pela vítima e de compensar pelos danos morais experimentados.

VII - Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, servindo também como medida punitiva, pedagógica e inibidora.

Servem de abalizamento para a quantificação da importância devida à título de danos morais, entre outros elementos, a dor física, o sofrimento e a angústia

experimentadas pela vítima, além dos danos estéticos, no caso, representados pelas sérias seqüelas deixadas no abdome da vítima, somando-se ainda a necessidade de submeter-se a outra (ou outras) intervenções cirúrgicas plásticas reparadoras, com todas as dores e aflições naturalmente decorrentes.

Nessa linha, afigura-se equânime a fixação da verba compensatória em R\$ 50.000,00.

VIII - Necessitando a autora submeter-se à cirurgia plástica reparadora da cicatriz deixada em seu abdome, como decorrência das complicações encetadas pelo procedimento realizado pelo Réu, mister se faz a sua condenação ao custeio das respectivas despesas, sob pena de descumprimento de ordem judicial, com a incidência de multa e configuração da prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, V e p. único do CPC).

IX - Em sentenças dotadas de eficácia condenatória preponderante, devem os honorários advocatícios ser fixados em sintonia com as disposições insculpidas no art. 20, § 3º do CPC.¹¹⁰

Vale ressaltar que nesta decisão também há o entendimento de que a cirurgia plástica é obrigação de resultado com responsabilidade objetiva do médico, salvo se demonstrada por ele alguma das hipóteses de exclusões de culpa.

Ainda, observa-se que o médico agiu com negligência e imperícia, tendo em vista que o mesmo não está habilitado para realizar cirurgias plásticas, já que é apenas clínico geral.

Diante do exposto, restou ao médico o dever de indenizar pelos danos materiais e compensar pelos danos morais suportados pela vítima.

Do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. PRÓTESE MAMÁRIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1. CIRURGIA ESTÉTICA MAMÁRIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. Sendo o procedimento uma cirurgia plástica estética, a natureza da responsabilidade do profissional de saúde é de resultado. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

2. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. Possível a determinação judicial em inverter o ônus da prova, a partir da constatação de hipossuficiência técnica da paciente, mesmo diante da responsabilidade subjetiva da profissional liberal. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável na espécie. Ademais, o recorrente não interpôs o recurso cabível contra a decisão interlocutória que determinou a inversão do ônus probatório, caracterizando-se a preclusão do direito de insurgir-se contra a referida decisão.

3. RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO. RESULTADO INSATISFATÓRIO. Na hipótese a paciente objetiva a reparação dos danos morais e

¹¹⁰ TJSC. Recurso de Apelação nº. 2003.009568-3. Palmitos, Rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, decidido em 14 nov. 2006. Disponível em: < <http://tjsc6.tj.sc.gov.br> >. Acesso em: 08 nov. 2008.

materiais que teria suportado, em razão de erro médico decorrente de cirurgia plástica de mamas. Tratando-se de cirurgia estéticas, de forma geral, se presume a culpa do cirurgião pelo não obtenção do resultado esperado, pois esta intervenção objetiva a mudança de padrão estético da paciente. A imperícia no procedimento cirúrgico revela-se evidenciada, pois que é a única justificativa para a imperfeição estética produzida e para os percalços suportados pela paciente. A análise do conjunto probatório permite concluir ter sido insatisfatório o resultado obtido pela paciente através da cirurgia plástica de mamas realizada, o que acarretou assimetria dos seios, sangramento e vazamento de líquidos corporais. Defeito na prestação do serviço. Dever de indenizar caracterizado em razão do insucesso do ato cirúrgico.

4. DANOS MORAIS. Valor da condenação fixado na origem que se mostra acertada, pois que adequado aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. Juros de mora fixados a partir da publicação da sentença, já que o valor principal da condenação foi arbitrado naquela oportunidade.

5. DANOS MATERIAIS. Manutenção da sentença no que tange a condenação ao ressarcimento dos danos materiais comprovados pela paciente.

APELO DESPROVIDO.¹¹¹

Também aqui o magistrado *ad quem* entende ser obrigação de resultado o procedimento de cirurgia plástica estética.

Utiliza-se do Código consumerista para aplicação da inversão do ônus da prova, tendo em vista a hipossuficiência técnica da paciente, além de observado o defeito na prestação do serviço.

Em razão do resultado insatisfatório da cirurgia plástica, ficou demonstrado o dever de indenizar do médico. O valor da condenação pelos danos morais foi adequado aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e a condenação por danos materiais é o ressarcimento do mesmo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DEVER DE INFORMAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO. DANOS MORAIS.

O paciente (consumidor) deve ser informado a respeito do procedimento a ser realizado, bem como sobre o pré e pós-operatório. Ônus probatório que compete ao médico, prestador de serviços. Inexistindo esclarecimento imparcial a respeito do que havia sido contratado, este deve responder pelos danos morais causados aquele, que esperava por um procedimento enquanto outro teria sido realizado.

APELO PROVIDO.¹¹²

Neste julgado é observado o dever de informar, que é gerado numa relação de consumo, a qual não foi respeitada, sendo, dessa forma, o ônus probatório competente ao médico prestador de serviços.

¹¹¹ TJRS. Recurso de Apelação nº. 70022772537. São Borja, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, decidido em 10 set. 2008. Disponível em: < http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php >. Acesso em: 08 nov. 2008.

¹¹² TJRS. Recurso de Apelação nº. 70017676206. Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, decidido em 12 abr. 2007. Disponível em: < http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php >. Acesso em: 08 nov. 2008.

Pela falta de esclarecimento sobre qual procedimento cirúrgico estava sendo realizado, ficou evidenciado o dever de indenizar do profissional os danos morais sofridos pelo paciente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DEVER ÉTICO DE INFORMAÇÃO SOBRE POSSÍVEIS RISCOS. DANOS MORAIS. *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. A responsabilidade civil decorre do contrato de prestação de serviços pactuado entre as partes, onde restou avençado procedimento cirúrgico de ordem estética, sendo uníssono na jurisprudência que, nesta situação, a responsabilidade do médico é de resultado. A obrigação de resultado encerra outra acessória consistente no dever de informar (artigos 30 e 31 do CDC), tendo por fundamento o princípio da boa-fé, que se traduz na honestidade e lealdade da relação jurídica. O paciente deve ter exata compreensão das vantagens e desvantagens que a intervenção cirúrgica estética envolve, para poder decidir-se sobre a submissão ao tratamento. O descumprimento desse dever dá lugar à indenização.

2. No caso, o médico faltou com o seu dever de informação, seja no período prévio à cirurgia, seja no posterior ao procedimento, quanto à precaução por ele não observada, no sentido de alertar para eventuais conseqüências indesejadas do procedimento, como, por exemplo, a coleção líquida que pode ocorrer quando realizada uma lipoaspiração abdominal, e para a necessidade de repouso durante a convalescença.

3. A indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão de proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante ao causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a manutenção do montante indenizatório fixado no Juízo *a quo*.

NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO COM EXPLICITAÇÃO DA SENTENÇA. UNÂNIME. ¹¹³

Mais uma vez, o magistrado faz observações acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico, que por ser contrato de prestação de serviços, atinge a obrigação de resultado, na qual o médico tem o dever de informar. Tendo faltado com seu dever ético de informação, foi mantida a indenização por dano moral.

Vale destacar do Tribunal de Justiça de São Paulo as seguintes ementas:

INDENIZAÇÃO – Cirurgia Plástica – Erro Médico – Configuração (seqüelas físicas e psíquicas graves) – Prova pericial conclusiva – Obrigação de resultado – Danos material estético e moral – Recurso parcialmente provido, desprovido o adesivo. ¹¹⁴

¹¹³ TJRS. Recurso de Apelação nº. 70016948077. Porto Alegre, Rel. Des. Odone Sanguiné, decidido em 14 fev. 2007. Disponível em: < http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹¹⁴ TJSP. Recurso de Apelação nº. 3592584500. São Paulo, Rel. Des. Vicentini Barroso, decidido em 22 abr. 2008. Disponível em: < <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

Observa-se que o recurso restou em indenização por dano material estético além de dano moral, posto que provado por prova documental a imprudência do médico em realizar o procedimento de cirurgia estética, que é obrigação de resultado.

DEFESA – Prazo – Contagem em dobro para contestar e recorrer – Litisconsortes passivos – Réus com advogados próprios – Irrelevância do fato de os procuradores diversos conhecidos só na fase de apresentação das contestação – Contestações tempestivas – Aplicação do art. 191 do CPC – Preliminar repelida.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Lei ° 8.078 de 1990 – Aplicabilidade – Inversão do ônus da prova determinada, “ex officio” – Possibilidade – O usuário de serviços médicos é consumidor para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor – Recurso provido.

DECLARATÓRIA – Danos materiais e morais – Prestador de serviços – Consumidora que é submetida a cirurgia plástica de colocação de prótese de silicone nos seios e lipoaspiração abdominal e correção no nariz – Serviços prestados deficientemente e sem qualquer resultado prático – Inteligência do art. 14, do CDC – Incidiram os Réus em má prestação dos serviços médicos, pois deu causa, sem motivo plausível, às frustradas cirurgias plásticas na Autora – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos – Forçoso concluir que, pelas provas dos autos, as cirurgias plásticas foram um verdadeiro “fracasso” no bom sentido profissional – Condenação em danos morais arbitrados em R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), para cada um dos Réus, corrigidos desta data – Danos materiais de R\$ 8.246,09 – Recurso provido.

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ato ilícito – Juros moratórios são devidos a partir do evento danoso – Súmula nº 54 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Até 10-01-2003 de acordo com o artigo 1062 do Código Civil de 1916 e a partir de 11-01-2003, conforme disposto no artigo 406 do Código Civil de 2002 - Recurso provido.¹¹⁵

Importante evidenciar desse julgado a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no tocante à inversão do ônus da prova que, sendo o usuário dos serviços médicos do cirurgião plástico um consumidor, a prova cabe ao médico.

Além disso, pela finalidade de fornecedor de serviços, o profissional liberal médico responde pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes sobre os riscos da intervenção cirúrgica.

Por fim, colaciona-se ementa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em

¹¹⁵ TJSP. Recurso de Apelação nº. 7160068900. São Bernardo do Campo, Rel. Des. Paulo Hatanaka, decidido em 29 jan. 2008. Disponível em: < <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido.¹¹⁶

Neste julgado é visto o dever de indenizar do médico quando este não cumprir com sua obrigação de informar o paciente sobre os riscos da cirurgia à qual pretende se submeter, sendo, desse modo, negligente.

CIVIL E PROCESSUAL – CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) – INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

II – Cabível a inversão do ônus da prova.

III – Recurso conhecido e provido.¹¹⁷

Portanto, observa-se que tanto a posição doutrinária como a jurisprudência, em sua maioria, admitem a responsabilidade civil do cirurgião plástico como sendo de resultado, indenizável e também, pelo Código do Consumidor, a inversão do ônus da prova.

¹¹⁶ STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 2006/0194230-5. São Paulo, Rel. Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler, decidido em 09 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹¹⁷ STJ. Recurso Especial nº. 1995/0063170-9. Paraná, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, decidido em 31 mai. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do médico deriva do disposto no nosso ordenamento jurídico brasileiro de que aquele que causar dano a outrem deverá ressarcir-lo por estes prejuízos. Assim, deve ser indenizado aquele que por tratamento médico vier a sofrer prejuízo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Para o entendimento da necessidade de indenizar, foram vistos os conceitos e diferenciações entre relação contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, obrigação de meios e de resultado e dano.

Foi visto que a relação contratual é aquela decorrente de acordo entre as partes, tornando-se norma aquilo que foi convencionado. Já a relação extracontratual decorre de lei, independente da vontade das partes.

A responsabilidade subjetiva se caracteriza quando, além do ato lesivo do agente, do dano e do nexos causal, é observada a culpa do agente causador do dano, e a responsabilidade objetiva não há que se falar em culpa para que fique caracterizada à necessidade de indenizar o lesado.

Em relação a obrigação de meios, observou-se que ocorre quando o contratado obriga-se a utilizar, no cumprimento da obrigação, toda sua diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais, para o procedimento ao qual se submeteu, o que, em regra, é aplicado para os médicos. A obrigação de resultado compromete o contratado a atingir determinado resultado. A cirurgia plástica com finalidade estética, por ser de simples embelezamento, mas não porque a saúde do paciente exigiu, impõe a obrigação de resultado resultante do contrato celebrado entre o médico e o paciente.

Viu-se que a culpa do médico somente é observada quando comprovada a imprudência, a imperícia ou a negligência. Além da culpa o vínculo causal ligando a conduta do agente ao dano deverá ser observado. O dano é um pressuposto da obrigação de indenizar, e está dividido em dano estético e dano moral.

O dano estético exige que a situação de deformidade, aleijão ou que a lesão a qual enfeiou determinada pessoa seja duradoura e cause um permanente motivo de exposição ao ridículo para que esta seja reparada, e o dano moral é a lesão de pessoas em que houve um prejuízo sentido como dor, angústia ou sofrimento, que podem provocar complexos à vítima.

Quanto ao aspecto contratual, importante ressaltar a cláusula de não-indenizar que é aquela pela qual o contratante que normalmente estaria obrigado a indenizar prejuízos

futuros, tenta se eximir desta reparação através de cláusula contratual. Porém, foi visto que esta cláusula não exime o agente da responsabilidade, e nem elide a obrigação.

A relação contratual entre o cirurgião plástico e o cliente gera uma obrigação que deve ser cumprida pelo médico e ser considerada plenamente satisfatória pelo paciente e, o médico deverá ter as condições para assegurar o resultado pretendido pelo paciente sem lhe causar prejuízos.

Ainda no tocante ao contrato, observou-se que quando este for de meio, o ônus da prova será do paciente contratante, demonstrando a culpa do médico contratado, para exigir a reparação do dano, e quando o contrato for de resultado ou de fim, cabe ao médico provar o cumprimento da obrigação ou a impossibilidade de realizá-la.

A inversão do ônus da prova está prevista no Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que a atividade médica é prestação de serviços, e por assim ser, se sujeita às normas do código consumerista, que, em seu artigo 6º, VIII dispõe sobre os direitos básicos do consumidor e, artigos 12, e 14, ambos nos seus parágrafos terceiros.

São duas as possibilidades de inversão do ônus da prova descritas no artigo 6º, VIII do Código do Consumidor no caso de erro médico, a verossimilhança da alegação ou caso seja verificada a hipossuficiência do paciente. Essa hipossuficiência a que se refere o dispositivo legal é técnica, e está ligada à posse de conhecimento e informação.

Sobre o dano e o dever de indenizar nota-se que o dano extrapatrimonial será ressarcido quando o ato resultar de conduta culpável, na qual o médico tenha desprezado ou ignorado seus deveres, pela negligência, imprudência ou imperícia, causando prejuízos materiais e causando sofrimentos de dano moral. O dano estético deverá ser ressarcido quando uma modificação permanente ou duradoura de uma pessoa causa-lhe um “enfeamento”, o qual repercute em humilhações e desgostos.

Por fim, foram colhidos julgados a fim de serem observados os atuais entendimentos sobre danos causados por cirurgiões plásticos nas cirurgias embelezadoras, onde se percebeu que os Tribunais têm decidido, freqüentemente, em favor das alegações de obrigação de resultado, e aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor quanto à inversão do ônus da prova por entenderem ser uma relação de consumo entre o cirurgião plástico e o paciente. Assim sendo, também se observou o cabimento de danos morais e materiais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Comissão de Ética Médica e COREME – Curso sobre aspectos práticos da ética médica para residentes. Disponível em: <http://www.unifesp.br/spdm/hsp/comite_etica/curso1006.htm>. Acesso em: 02 nov. 2008.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, IV volume: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, volume V: fontes acontratuais das Obrigações, Responsabilidade Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços. Jus Navegandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574&p=5>>. Acesso em: 27 out. 2008.
- RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT v.7, jul. 2001.
- ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do ônus da Prova**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica civil, criminal e ética**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)**. São Paulo: Revista de Processo, v. 32, n. 146, abr. 2007.

_____. STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 2006/0194230-5. São Paulo, Rel. Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler, decidido em 09 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. STJ. Recurso Especial nº. 1995/0063170-9. Paraná, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, decidido em 31 mai. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. TJRS. Recurso de Apelação nº. 70022772537. São Borja, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, decidido em 10 set. 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 08 nov. 2008.

_____. TJRS. Recurso de Apelação nº. 70017676206. Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, decidido em 12 abr. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 08 nov. 2008.

_____. TJRS. Recurso de Apelação nº. 70016948077. Porto Alegre, Rel. Des. Odone Sanguiné, decidido em 14 fev. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 10 nov. 2008

_____. TJSC. Recurso de Apelação nº. 2001.006604-1. Blumenau, decidido em 24 out. 2002. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegraAvancada.do>>. Acesso em: 14 out. 2008.

_____. TJSC. Recurso de Apelação nº. 49.126. Balneário Camboriú, publicado em 28 maio 1996. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAAHAAAAyaAAA&p_query=dano+moral+erro+m%E9dico&corH=FF0000>. Acesso em: 16 out. 2008.

_____. TJSC. Recurso de Apelação nº. 2005.003266-2. Criciúma, Rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, decidido em 31 out. 2008. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

_____. TJSC. Recurso de Apelação nº. 2003.009568-3. Palmitos, Rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, decidido em 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

_____. TJSP. Recurso de Apelação nº. 3592584500. São Paulo, Rel. Des. Vicentini Barroso, decidido em 22 abr. 2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. TJSP. Recurso de Apelação nº. 7160068900. São Bernardo do Campo, Rel. Des. Paulo Hatanaka, decidido em 29 jan. 2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 10 nov. 2008.