

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

MARIANA AMARAL DE MATOS BARK

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO À LUZ DO
CONSENTIMENTO INFORMADO: OBRIGAÇÃO DE MEIO COM RESULTADO
APROXIMADO**

**Curitiba
2009**

MARIANA AMARAL DE MATOS BARK

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO À LUZ DO
CONSENTIMENTO INFORMADO: OBRIGAÇÃO DE MEIO COM RESULTADO
APROXIMADO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Kfourri Neto

**Curitiba
2009
TERMO DE APROVAÇÃO**

MARIANA AMARAL DE MATOS BARK

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO À LUZ DO
CONSENTIMENTO INFORMADO: OBRIGAÇÃO DE MEIO COM RESULTADO
APROXIMADO**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

Dedico a presente monografia a todos os médicos- cirurgiões plásticos- que lutam pela melhor compreensão de suas condutas e importância na sociedade. Em especial, ao meu marido e ao meu sogro, que sempre me motivaram a seguir adiante neste estudo.

AGRADECIMENTOS

Muitas são as pessoas a quem devemos agradecer quando da conclusão de um trabalho monográfico como o presente. Entretanto, especifico aqui apenas algumas das pessoas que fizeram com que este trabalho fosse passível de realização e conclusão. Agradeço as orientações, os estímulos e a cooperação, em especial do meu orientador Dr. Miguel Kfourri, pelos seus brilhantes ensinamentos doutrinários; ao Dr. Clayton Reis por dividir seus conhecimentos em sala de aula e dedicar-se a ler esta monografia; a Dra. Lenice Bodstein pela sua confiança, inspiração e modelo de vida. Agradeço à minha família, que está crescendo com a chegada do meu primeiro filho, que, ainda em meu ventre, com seus “pulos”, incentiva-me diariamente. Aos meus pais, fonte de toda a minha existência. Ao meu marido, que me apóia e incentiva sempre com seu amor inigualável. Sobretudo, agradeço a Deus, que com sua força sobrenatural, consegue iluminar-me para que eu possa trilhar meus caminhos em busca de um constante progresso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.2 CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	16
2.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva.....	16
3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
3.1 AÇÃO OU OMISSÃO.....	21
3.2 CULPA.....	23
3.2.1 Negligência.....	25
3.2.2 Imprudência.....	27
3.2.3 Imperícia.....	27
3.2.4 Erro grosseiro.....	28
3.3 DANO.....	28
3.3.1 Dano Material.....	30
3.3.2 Dano Moral.....	32
3.3.3 Dano Estético.....	34
3.4 NEXO CAUSAL.....	35
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO	37
5 CIRURGIA PLÁSTICA	41
5.1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA.....	41
5.2 CONCEITO.....	43
5.3 DISTINÇÃO ENTRE A CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA.....	44
6 CLASSIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO CIVIL	46
6.1 CONCEITO DE OBRIGAÇÃO.....	46
6.1.1 Da Dicotomia entre Obrigação de Meio e de Resultado.....	47
7 OBRIGAÇÃO CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO	52
7.1 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	53
7.2 DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	55

8 OBRIGAÇÃO CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO À LUZ DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	58
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os critérios para aferição da obrigação civil inerentes aos cirurgiões plásticos. Dessa forma, faz-se uma análise acerca do instituto da responsabilidade civil, seus pressupostos e aplicabilidade na seara médica. A par disso, o trabalho analisa a dicotomia entre a obrigação de meio e de resultado e sua interação com a diferença entre cirurgia plástica estética e reparadora. Analisa as implicações decorrentes de um procedimento cirúrgico e a inviabilidade de tais distinções. Promove uma reflexão acerca da impossibilidade da atribuição da obrigação de meio ao cirurgião plástico que atua em procedimento meramente estético, na medida em que, na cirurgia plástica, há sempre um fator reparador e embelezador. Comenta sobre o atual conceito de saúde, que engloba, além da funcionalidade plena dos órgãos, o bem-estar psíquico de cada um. Discorre sobre as imprevisibilidades de um organismo que influenciam sobremaneira o resultado esperado pelo paciente. Reclama pela atribuição da responsabilidade civil ao cirurgião plástico, como sendo de meio com resultado aproximado, desde que o médico demonstre que informou previamente o paciente sobre os riscos inerentes à cirurgia, bem como sopesou a vantagem de sua realização. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias. Foram, inclusive, mencionadas opiniões de doutrinadores estrangeiros e de médicos, a fim de enriquecer ainda mais a pesquisa, tornando este trabalho acessível no que tange a leitura e a compreensão por qualquer cidadão.

Palavras-chave: responsabilidade civil; responsabilidade civil do médico; cirurgia plástica; obrigação de meio e de resultado; consentimento informado.

1 INTRODUÇÃO

O tema “Responsabilidade Civil do Médico”, do qual muitas vezes, no passado, nem se ouvia falar, tem despertado grande interesse entre os juristas do Brasil. Ainda escasso em bibliografia, hoje, felizmente, já provoca inúmeras reflexões.

A Medicina e o Direito convivem há muito tempo. Com o passar dos anos, ambos evoluíram, influenciando sobremaneira as relações sociais e jurídicas na sociedade.

Outrora, os médicos eram tidos como superiores a outros profissionais, e qualquer infortúnio ocasionado ao paciente era considerado inesperado, oriundo de uma mera eventualidade. Não se questionavam as condutas dos médicos, posto que eram eles quem detinham os mais amplos conhecimentos técnicos necessários à solução das enfermidades.

Atualmente, essa visão vem se modificando. A globalização, o acesso irrestrito às informações, o crescente número de faculdades que ofertam o curso de Medicina, entre outros fatores, contribuem para que esses profissionais passem a ter suas condutas questionadas, enfraquecendo a relação médico-paciente.

Muito embora se reconheça que a medicina tem por finalidade intrínseca prevenir ou tratar doenças e promover o bem-estar do paciente, estando os médicos no centro deste escopo, hoje, devido ao crescente número de demandas de responsabilidade civil, esses profissionais estão cada vez mais atuando de modo preventivo.

Dentre as condutas preventivas adotadas pelos médicos, tem-se a realização de um consentimento esclarecido, também chamado de consentimento informado, no qual o médico, por escrito, esclarece aos pacientes os riscos inerentes a um determinado procedimento. Nesse documento, o paciente afirma estar consciente acerca dos riscos da intervenção, autorizando o médico a realizar o procedimento sugerido. Trata-se de uma relação contratual, na qual o médico é o prestador dos serviços e o paciente o consumidor.

Na especialidade médica de cirurgia plástica, a atuação preventiva tem, ainda, mais destaque. Os cirurgiões são constantemente questionados sobre suas condutas. A doutrina e a jurisprudência ainda se dividem, quando da interpretação de sua responsabilidade civil. Trata-se da atribuição e classificação da obrigação da intervenção cirúrgica como sendo de meio ou de resultado, por intermédio da diferenciação entre a cirurgia plástica meramente estética ou embelezadora e a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutora.

Partindo dessas premissas, e do atual conceito de saúde - que engloba não somente o funcionamento adequado dos órgãos, mas o bem-estar psíquico das pessoas - é que o presente trabalho aborda a idéia da responsabilidade civil do cirurgião plástico como sendo de meio com resultado aproximado. Isto, à luz do consentimento informado.

Nesse contexto, faz-se, então, uma crítica da diferenciação aplicada entre as duas espécies de cirurgia plástica: estética e reparadora. Enfatiza-se que, muitas vezes, uma cirurgia interpretada como meramente estética poderá ter conotações reparadoras, de modo a promover a reinserção do paciente à sociedade, motivo pelo qual desnecessária tal dicotomia.

Igualmente, aborda-se a dificuldade de se prever um resultado específico posto que a medicina não é uma ciência exata e, não raro, imprevisível, assim como o funcionamento do organismo e a atuação do paciente. O resultado esperado pelo paciente e certamente pretendido pelo médico pode não ocorrer, em determinadas situações, por fatores alheios a suas vontades, seja porque o organismo reagiu de modo inesperado, seja porque o paciente não respeitou adequadamente as prescrições recomendadas pelo médico.

Nesse contexto, à luz do consentimento informado, é que o presente trabalho aborda a responsabilidade civil do cirurgião plástico como sendo de meio com resultado aproximado.

A monografia está, destarte, estruturada em sete capítulos, além da introdução e da conclusão. O primeiro capítulo aborda as noções gerais de responsabilidade civil, e sua classificação em subjetiva e objetiva.

O segundo capítulo trata da responsabilidade civil do cirurgião plástico, sendo feita, num primeiro momento, uma breve introdução à responsabilidade civil dos médicos.

O terceiro capítulo versa sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Nesse capítulo, abordam-se as modalidades de culpa *stricto sensu*, o conceito de dano e de nexo causal.

O quarto capítulo compreende a especialidade médica da cirurgia plástica, numa breve noção histórica da sua evolução, conceito e diferenciação entre seus dois ramos: cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora.

O quinto capítulo discorre sobre a classificação da obrigação civil, quanto a sua finalidade, em obrigação de meio e de resultado.

O sexto capítulo trata da obrigação civil do cirurgião plástico, da relação médico-paciente, que deverá sempre ser pautada na confiança e no respeito, e do consentimento informado, conceituando sua finalidade e tecendo a importância de sua aplicabilidade na seara da responsabilidade civil do médico, em especial na do cirurgião plástico.

Oportunamente, no sétimo e no último capítulos, é registrado o tema central deste trabalho, qual seja: a responsabilidade civil do cirurgião plástico à luz do consentimento informado, ressaltando-se que esta deverá ser de meio devido à dificuldade de diferenciar um procedimento de cirurgia plástica meramente estética do reconstrutor. Salienta-se, ainda, o atual conceito de saúde, que engloba além do adequado funcionamento dos órgãos, a aceção que cada um tem de si próprio, estando nesta, sobretudo, inclusa a aparência física diante do qual o cirurgião plástico possui importante papel na sociedade.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Etimologicamente, a expressão “responsabilidade civil” deriva do latim *respondere*, que, em linhas gerais, significa responder por algo que se fez diferentemente daquilo que se deveria ter feito¹.

Diz-se, “em linhas gerais”, posto que a palavra “responsabilidade”² tem diversos significados. Salieta Rui Stocco que ela “tanto pode ser sinônimo de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico.”³ Igualmente, pode conduzir à idéia de uma relação obrigacional. Entretanto, ressalta esse mesmo autor:

(...) a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. [...] A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito.⁴

Em sendo assim, em princípio, toda conduta que implica um prejuízo a alguém gera responsabilidade ou dever de indenizar. Leciona Venosa:

¹ MATOS, Mariana Amaral de. *Responsabilidade médica e hospitalar por erro médico: Uma reflexão jurídica*. Revista Auto Estima. 26ª ed. Ano VII. p. 66.

² No dicionário Aurélio tem-se os seguintes significados para a palavra responsabilidade: 1. Qualidade ou condição de responsável; 2. Capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade. Responsabilidade Moral. 1. Situação de um agente consciente com relação aos atos que ele pratica voluntariamente; 2. Obrigação de reparar o mal que se causou aos outros. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 4ª Ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 1745.

³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.111.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 112.

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.⁵

A idéia de responsabilidade civil, no fenômeno jurídico, decorre da convivência conflituosa do homem em sociedade.⁶ Dessa forma, serve o Direito para restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico entre o agente e a vítima.

Para explicar tal fenômeno, José de Aguiar Dias diz que há certos fatos em sociedade que demandam mecanismo recuperatório da responsabilidade civil, os quais, em muitos casos, exigem a atuação do Estado para punir e reparar determinadas condutas. Para ele, a sociedade somente toma para si, à sua conta, aquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. Serve, nesse contexto, o Estado para restabelecer o desequilíbrio experimentado pela vítima.⁷

Importante destacar que a atividade do Estado, quando do exercício desta tutela jurisdicional, tem três objetivos: i) a composição de litígios, por intermédio da aplicação e especialização das normas gerais de conduta (direito) ao caso concreto (escopo jurídico); ii) a pacificação social (escopo social); e iii) a realização da justiça (escopo político).⁸

Tecendo a diferenciação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal⁹, Carlos Roberto Gonçalves assevera que “na responsabilidade civil, o

⁵ VENOSA, op. cit. p. 112.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. Vol. III, 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 10ªed. vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 8.

⁸ BARROS, Carlos Eduardo Ferraz de Matos. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

⁹ Para o autor Carlos Roberto Gonçalves “No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado pode pleitear ou não a reparação.”¹⁰

Observa-se, entretanto, que atualmente muito mais pessoas vão à busca da reparação de eventuais danos que tenham sofrido. Alude José de Aguiar Dias que “o sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é, agora, muito mais solicitado a manifestar-se e a intervir do que antigamente”.¹¹

À medida que a civilização se desenvolve, verifica-se que as relações entre os indivíduos em sociedade tornam-se mais complexas, sendo inevitável o conflito de interesses que acabam por desdobrar-se em problemas de responsabilidade civil e, conseqüentemente, há interpenetração do Estado na solução destes conflitos.¹²

Por tais razões, em que pese esteja o ordenamento jurídico trabalhando em prol da diminuição da quantidade de danos irressarcidos, quando do estudo e aplicação da responsabilidade civil, é imprescindível cautela, seja esta aplicável pelo magistrado ou pela vítima de eventual infortúnio. Deve-se, pois, analisar cuidadosamente que espécie de dano a vítima alega ter sofrido e se este é verdadeiramente passível de indenização.

Para melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil, importante tecer algumas considerações acerca das duas principais modalidades de responsabilidade civil existentes no Direito brasileiro, a saber: responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. Tais responsabilidades têm como foco a culpa do agente causador do dano.

¹⁰ GONÇALVES, op. cit. p. 24

¹¹ DIAS, op. cit. p.15.

¹² Id.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como finalidade verificar detalhadamente a conduta violadora de um dever jurídico, de modo que se faz possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém e qual é o elemento subjetivo dessa conduta.¹³

2.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Regra geral no Direito brasileiro, a responsabilidade subjetiva refere-se ao ser, sujeito, pessoa, na qual o núcleo é a culpa, sendo o sujeito responsável pelos atos danosos que causar a *outrem*. Assevera Carlos Roberto Gonçalves que “subjetiva” é a responsabilidade que se esteia na ideia de culpa do agente cuja prova passa a ser pressuposto necessário para que um dano seja indenizado.¹⁴ Para esse autor, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se este agir com dolo ou culpa.

A responsabilidade subjetiva condiciona o direito da vítima a obter a indenização, à prova de que o dano sofrido ocorreu por culpa do agente causador do dano. Culpa esta *latu sensu*, que inclui, além das três espécies de culpa *stricto sensu*: imperícia, imprudência e negligência, também o dolo.¹⁵

Inexiste no Código Civil qualquer artigo que prescreva o conceito de dolo e/ou culpa, cabendo esta tarefa a doutrina¹⁶.

¹³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 36.

¹⁴ GONÇALVES, op. cit. p. 30.

¹⁵ Para Rui Stocco, “dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato”. STOCO, op. cit. p. 130.

O artigo 186 do Código Civil prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A obrigação de indenizar decorre, então, via de regra, da prática de um ato ilícito, no qual é preciso haver uma ação ou omissão do agente (dolo), ou atuação culposa do agente que esteja relacionada ao fato capaz de ocasionar dano. Em outras palavras, é necessário haver um liame¹⁷ entre a conduta do agente e o dano ilícito efetivamente causado.

Já a culpa, em sentido estrito, refere-se ao comportamento equivocado da pessoa, sem intenção de lesar ou violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso. Trata-se da imperícia, imprudência e negligência.

A imperícia diz respeito à falta de habilidade para praticar determinados atos. A imprudência relaciona-se com um ato comissivo; é a pressa no agir, o agir sem cautela, sem pensar nas conseqüências. Já a negligência refere-se ao ato omissivo, demanda uma conduta negativa; é aquele “não fazer o que deveria ser feito” naquele determinado momento.

Adiante serão abordadas mais detalhadamente essas espécies de culpa.

Tem-se, dessa maneira, que a obrigação de indenizar, pautada na idéia da responsabilidade civil subjetiva, assenta-se no dever moral de não prejudicar ninguém, em face do *neminem laedere*, de modo que somente será responsabilizado civilmente aquele que, ao agir com culpa, causa dano a terceiro.

O fundamento original da responsabilidade foi, por muito tempo, exclusivamente subjetivo. Entretanto, a idéia de culpa foi sendo mitigada na medida em que os Tribunais foram percebendo que inúmeros danos não iriam ser

¹⁷ De acordo com o dicionário Aurélio, liame significa: 1. Aquilo que prende ou liga uma coisa a outra; ligação. FERREIRA, op. cit. p. 1203.

ressarcidos, se a noção de culpa fosse interpretada com rigor.¹⁸ Isso porque nem sempre as vítimas conseguiam provar a culpa do agente para a caracterização do dano.

Foi, então, criada a questão da culpa presumida¹⁹, na qual se inverte o ônus da prova e da teoria objetiva da culpa, esta última importante ao presente estudo.

Consubstanciada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil²⁰, diferentemente da responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade objetiva é aquela que determina o ressarcimento do dano independentemente de culpa.

Na responsabilidade civil objetiva leva em conta a potencialidade de ocasionar danos. Trata-se da atividade ou conduta do agente que, por si só, expõe outrem a perigo devendo, pois, ser responsabilizado independentemente de culpa.²¹ Neste caso, a obrigação de indenizar resulta unicamente do fato. Trata-se da teoria do risco.

Em linhas gerais, a responsabilidade objetiva é aquela que trata do objeto, da coisa, da pessoa jurídica, à qual é atribuída a responsabilidade independentemente de culpa; satisfaz-se, portanto, apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Para muitos autores²², a responsabilidade objetiva representa um avanço da responsabilidade civil, na medida em que aborda uma modalidade de responsabilidade civil que não exige culpa do agente causador do dano como pressuposto para configuração de sua responsabilidade. Há, então, a imposição da obrigação de reparar o dano independentemente de culpa nos casos especificados

¹⁸ VENOSA, op. cit. p. 12.

¹⁹ A culpa presumida é o estágio intermediário entre a teoria objetiva e a subjetiva. Haverá discussão da culpa, porém há inversão do ônus da prova. (artigo 951, Cc, artigo 6º, inciso VIII e artigo 14, parágrafo 4º do CDC.

²⁰ Art. 927 Código Civil - Aquele que por ato ilícito, (arts.186, 187) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

²¹ VENOSA, op. cit. p. 9/10

²² Dentre os autores que consideram a responsabilidade objetiva um avanço da responsabilidade civil estão: Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz e Washington de Barros Monteiro.

em lei, ou quando a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco aos direitos de outra pessoa.

No entanto, o que seria atividade de risco? Essa é uma dificuldade a ser enfrentada pelo magistrado, quando da análise de cada caso concreto.

Como inexistente no Código Civil qualquer definição para essa questão, cabe à jurisprudência tal trabalho, fato este que, segundo Venosa “talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa”.²³

Importante salientar que, quando o juiz concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina, deverá avaliar se a atividade do causador do dano é por ele normalmente exercida, afastando os riscos momentâneos oriundos de uma atividade esporádica.²⁴

Outrossim, relevante considerar que o Código Civil não adotou a teoria do risco integral e sim a teoria do risco moderado. Logo, ainda que estejamos diante de uma atividade considerada como sendo de risco, se comprovada alguma das excludentes de responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, caso fortuito ou de força maior), poderá haver uma isenção do dever de indenizar.²⁵

Feitas essas considerações, passa-se a análise dos pressupostos da responsabilidade civil

²³ VENOSA, op. cit. 11.

²⁴ Id.

²⁵ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme vimos no capítulo anterior, o artigo 186 do Código Civil consagra a regra de que todo aquele que causa dano a *outrem* fica obrigado a repará-lo.

Analisando mencionado artigo, constata-se que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil, a saber: i) ação ou omissão; ii) culpa ou dolo do agente; iii) relação de causalidade; e iv) a ocorrência do dano experimentado pela vítima.²⁶

Ação ou omissão refere-se à conduta do agente. “Pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam”.²⁷ Culpa ou dolo do agente diz respeito ao ato involuntário (culpa) ou voluntário ou de causar dano a *outrem*. Relação de causalidade, também chamado de nexos causal, é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e do dano verificado.²⁸

Por fim, o dano diz respeito ao prejuízo sofrido pela vítima. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, com ou sem repercussão na órbita financeira do ofendido.²⁹

Na seara médica os pressupostos de responsabilidade civil são: i) comportamento próprio, ativo ou passivo que viole o dever de atenção e cuidado próprio da profissão médica, tornando-se antijurídico; ii) presença do dolo ou culpa

²⁶ GONÇALVES, op. cit. p. 35.

²⁷ Id.

²⁸ Ibid. p. 36.

²⁹ Id.

nessa conduta; iii) existência de dano, material ou moral; iv) relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.³⁰

Na responsabilidade civil aplicável aos médicos, é imprescindível a comprovação da culpa. Trata-se, pois, de responsabilidade subjetiva (artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor e artigo 951 do Código Civil³¹), posto que a prestação de serviços médicos não consiste em uma operação matemática, em que o profissional pode afirmar que curará o indivíduo ou que obterá o resultado desejado.³²

A seguir, far-se-á análise mais minuciosa desses pressupostos.

3.1 AÇÃO OU OMISSÃO

Ação ou omissão do agente, também compreendida como ato ilícito pelos doutrinadores, refere-se à ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico.

Conceituando ato ilícito, Silvio de Salvo Venosa leciona que “os atos ilícitos são os que advêm direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos contrários ao ordenamento”.³³

Para esse autor, ainda, o ato voluntário é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Ressalta que aludido conceito de ato ilícito se prende ao de

³⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

³¹ Art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Art. 951 do Código Civil – O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

³² GAGLIANO, op. cit. p. 222.

³³ VENOSA, op. cit. p. 20.

imputabilidade, na medida em que se torna ineficaz quando o agente é juridicamente inimputável.³⁴

A imputabilidade corresponde, assim, ao elemento subjetivo. Significa atribuir a responsabilidade ao agente causador do dano. Implica o discernimento, que, por sua vez, exige maturidade e sanidade mental.

Ainda sobre o assunto, ensina Rui Stoco que “A imputabilidade confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento, tal como ocorre na doutrina penal”³⁵.

Para haver responsabilização é necessária, então, uma conduta (ação ou omissão) voluntária revestida de ilicitude. O ato ilícito registra, pois, um comportamento voluntário que viola um dever.

Silvio Rodrigues enfatiza que esse comportamento voluntário, que dá origem à indenização geralmente decorre da infração de um dever legal, contratual ou social.³⁶ E, ainda, conclui Marton, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

(...) a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta.³⁷

Entretanto, como foi visto, para a caracterização da responsabilidade civil, não basta a ação ou omissão do agente que viole o ordenamento jurídico. É forçoso estabelecer a relação de causalidade entre a ação ou omissão voluntária (culpa) ou intencional (dolo) e o dano experimentado pela vítima que acarreta o dever de indenizar.

³⁴ VENOSA, op. cit. p. 20.

³⁵ STOCO, op. cit. p. 113.

³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 20ª ed. v.4. p.62.

³⁷ MARTON. *Les fondements de La responsabilité civile*. Paris, 1938. p. 84. Apud, GONÇALVES, op. cit. p. 40.

3.2 CULPA

Para a doutrina clássica, culpa consiste no desvio de um modelo de conduta.³⁸ É, desse modo, em sentido amplo, a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar.³⁹ A noção de culpa está, pois, vinculada ao conceito de dever.⁴⁰

A legislação não definiu, nem conceituou a culpa, cabendo esta tarefa a doutrina. José de Aguiar Dias assim define:

A culpa genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa em sentido amplo.⁴¹

Silvio Venosa complementa: “A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo, mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito”.⁴²

Salientando a sua imprescindibilidade quando defronte aos casos de responsabilidade civil, Pablo Stolze defende que a culpa não é um elemento essencial, mas accidental, pelo que os pressupostos gerais da responsabilidade civil seriam apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.⁴³

³⁸ KFOURI, op. cit. p. 78.

³⁹ RODRIGUES, op. cit. p. 21.

⁴⁰ A palavra dever deriva do latim *debere*, e segundo o dicionário Aurélio significa, dentre outras coisas: 1. Ter obrigação de; 2. Obrigação moral determinada, expressa numa regra de ação. FERREIRA, op. cit. p.668.

⁴¹ DIAS, op. cit. p. 133/134.

⁴² VENOSA, op. cit. p. 22.

⁴³ GAGLIANO, op. cit. p. 34.

Em sentido estrito, Rui Stoco explica que a culpa reflete o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível.⁴⁴

Silvio Rodrigues enfatiza que, na culpa, o agente não visa a causar prejuízo à vítima, mas em virtude de sua conduta negligente, imprudente ou imperita causa dano.⁴⁵

O Código Civil trata expressamente de três espécies de culpa, a saber: negligência, imprudência e imperícia. No entanto, quando se fala nas espécies de culpa aplicáveis, à responsabilidade civil do médico acrescenta-se o erro grosseiro, que é o erro inescusável.

Na responsabilidade civil do médico, José de Aguiar Dias destaca, ainda, ser indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta cometida pelo médico que acarreta a responsabilidade.⁴⁶

Adiante trataremos do nexos causal e da indispensabilidade deste como pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, inclusive, dos médicos.

Importante salientar que os julgadores, em geral, são rigorosos quando da aferição de culpa médica, entendendo que esta somente poderá ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, pelo que, na ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, estas deverão ser devidamente demonstradas.⁴⁷

Deste modo, se se constatar que o médico utilizou-se de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados para obter a satisfação do objeto contratado, não há por que condená-lo a uma indenização. Em outras palavras, há

⁴⁴ STOCO, op. cit. p. 130.

⁴⁵ RODRIGUES, op. cit. p. 20/23.

⁴⁶ DIAS, op. cit. p. 334.

⁴⁷ KFOURI NETO, op. cit. 80.

que se demonstrar o nexo causal entre a cirurgia/atendimento médico prestado e o dano para que se tenha uma responsabilização do profissional.

Adverte-se: somente o médico que não revela o cuidado exigível em sua conduta é que incorrerá em responsabilidade civil.

Confirmam-se abaixo breves comentários acerca das modalidades de culpa *stricto sensu*: negligência, imprudência e imperícia.⁴⁸

3.2.1 Negligência

Consoante o que já foi comentado brevemente no item responsabilidade civil subjetiva e objetiva, a negligência é uma das modalidades de culpa previstas no artigo 186 do Código Civil. Trata-se de uma omissão de conduta. Deriva do latim *negligentia*, que significa desleixo, descuido, incúria, bem como desatenção, menosprezo.⁴⁹

Na esfera jurídica, conceitua Rui Stoco, que a negligência ocorre “quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo”.⁵⁰

Na seara médica, a negligência se caracteriza pela inércia, ou seja passividade do médico diante de dado paciente. Exemplificando esta espécie de culpa médica, Hildegard Giostri assinala:

⁴⁸ A culpa em sentido estrito, entretanto, traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*. Cuidando de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há que se falar em culpa *stricto sensu*. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.130.

⁴⁹ FERREIRA, op. cit. p. 1393.

⁵⁰ STOCO, op. cit. p. 130.

Será o anestesista responsabilizado por negligência, quando, por sua indolência, inércia, passividade, ou inação, deixar de proporcionar ao paciente os cuidados necessários para evitar ou resolver uma intercorrência, ou deixar de controlar o paciente em todas as fases do processo.⁵¹

A jurisprudência revela, igualmente, negligente o médico que não cumpre com seu dever de informar precisamente o paciente sobre determinado procedimento que venha a sofrer. Confira-se:

A responsabilidade civil e o respectivo dever de indenizar incidem desde que haja a caracterização da ação ou omissão da Apelante que, através de nexos de causalidade, tenha provocado nos Apelados os danos que alegam terem suportado. 2 - **Ao descumprir com a obrigação legal de informar precisamente os procedimentos anteriores à laqueadura o agente público agiu com negligência, permitindo que a apelada acreditasse que tivesse se submetido àquela cirurgia.** (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0488789-0 - Londrina - Rel.: Desª Maria Aparecida Blanco de Lima - Unanime - J. 23.06.2009) - (sem grifos no original).

Diversos são os casos de negligência médica, posto que a distração faz parte da natureza humana; no entanto é necessário atentar-se para a diferença existente entre negligência e imperícia.

Ressalta Miguel Kfoury: “Se, por exemplo, um médico injeta no paciente soro antitetânico sem o necessário teste, será negligente; mas, se assim se comporta porque não sabe que se deve proceder à referida prova, demonstrará imperícia.”

Vê-se, pois, que, na negligência, há uma voluntariedade conduta omissiva praticada pelo médico, enquanto na imperícia há a falta de habilidade técnica.

⁵¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá. 2003. p. 164.

3.2.2 Imprudência

Imprudência remete-se a um ato comissivo, demanda comportamento sem cautela, açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo⁵². Deriva do latim *imprudentia*, que significa qualidade de ser imprudente, ato contrário à prudência.⁵³

Na medicina, age imprudente, por exemplo, o cirurgião que não espera o anestesista, iniciando ele próprio a aplicação da anestesia, vindo o paciente a morrer de parada cardíaca.⁵⁴

Miguel Kfoury ressalta que “a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação”.⁵⁵

3.2.3 Imperícia

A imperícia diz respeito à falta de habilidade técnica, passível de desqualificar o resultado e, conseqüentemente, conduzir ao dano. Deriva do latim *imperitia* e significa qualidade ou ato de imperito; incompetência; inexperiência; inabilidade.⁵⁶

Refere-se à falta de observação das normas, ao despreparo prático, bem como à incapacidade de exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência do conhecimento técnico necessário ao exercício da profissão⁵⁷.

Revela-se imperito, por exemplo, o profissional da medicina que delega ato médico a pessoa não habilitada.

⁵² STOCO, op. cit. p. 130.

⁵³ FERREIRA, op. cit. p. 1082.

⁵⁴ KFOURI, NETO. op. cit. p. 95.

⁵⁵ Ibid. p. 93.

⁵⁶ FERREIRA, op. cit. p. 1077.

⁵⁷ KFOURI, NETO. op. cit. p. 97

3.2.4 Erro grosseiro

Erro grosseiro é representado pela “conduta do profissional que fere os mais elementares conhecimentos da matéria, aferível ao homem comum e condenável sob a forma da negligência em sua forma mais exarcebada”.⁵⁸ Trata-se, portanto, de erro imperdoável, que, em virtude do conhecimento técnico que se espera que o médico possua, ele não poderia errar, ou seja, erro inescusável.

É o caso do médico anestesista que provoca a morte do paciente por superdosagem, ou o profissional que, analisando uma radiografia invertida, promove a operação da perna não fraturada.⁵⁹

Será considerado, pois, erro grosseiro, aquele erro que não ocorreria se o médico tivesse um grau mínimo de zelo. Significa dizer que, se o médico pacientemente agisse de acordo com seus longos anos de estudo e juramento prestado, o erro não ocorreria. Por tal razão, quando configurado este erro, não há como o médico abster-se de uma condenação de responsabilidade civil, seja ela em danos materiais (perdas e danos), morais ou estéticos.

3.3 DANO

Outro pressuposto indispensável para configuração da responsabilidade civil é a existência do dano.

No dicionário Aurélio, a palavra “dano” possui as seguintes acepções: i) mal ou ofensa pessoal; ii) prejuízo moral; iii) prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus; iv) estrago, deterioração, danificação.⁶⁰

⁵⁸ MELO, op. cit, p. 83.

⁵⁹ Id.

⁶⁰

Na esfera jurídica, em linhas gerais, refere-se à lesão de um interesse jurídico tutelado (patrimonial ou não), causado por ação ou omissão voluntária.⁶¹ Sobre o tema, leciona Clayton Reis:

(...) a concepção normalmente aceita a respeito do dano envolve uma diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência, da ação lesiva de terceiros. A conceituação, nesse particular, é genérica. Não se refere, como é notório, a qual o patrimônio é suscetível de redução.⁶²

É imperioso, entretanto, compreender que nem sempre o dano passível de indenização decorre da violação de um patrimônio economicamente valorado, ou seja, há também prejuízos indenizáveis conseqüentes da vulnerabilidade dos direitos inerentes as pessoas.

A esse respeito, Luiz Edson Fachin destaca que o ser humano é o centro do sistema jurídico, e por tal razão necessita da mais ampla tutela da pessoa.⁶³ Todavia, para ser indenizável, o dano tem que ser real e efetivo. Não se indenizam danos imaginários ou abstratos, até porque tal conduta contrariaria todo o sistema jurídico, no tocante à necessidade de se fazer prova daquilo que se alega.

No presente trabalho far-se-á a análise de três espécies de dano mais presentes nas demandas judiciais em face dos médicos. São eles: dano material, dano moral e dano estético.

⁶⁰ FERREIRA, op. cit. p. 600.

⁶¹ GAGLIANO, op. cit. p. 70.

⁶² REIS, Clayton. *Dano moral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.p. 1.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 51.

3.3.1 Dano material

Também frequentemente chamado de dano patrimonial, o dano material é tradicionalmente definido como a diferença entre o que se tem e o que se teria se não houvesse ocorrido o evento danoso. É aquele dano que afeta o patrimônio da vítima.

Segundo Nehemias Domingos de Melo, dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, passível de ser quantificado e reparável por meio de uma indenização pecuniária.⁶⁴

Quando se fala em dano patrimonial, esclarece Sérgio Cavalieri Filho, faz-se referência ao gênero perdas e danos, que engloba dano emergente (prejuízo efetivo) e lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar).⁶⁵ Vale lembrar que o dano material abrange o patrimônio atual e futuro da vítima.

O critério para ressarcimento do dano material encontra-se prescrito no artigo 402 do Código Civil *verbis*: “Salvo exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

As perdas e danos devem cobrir todo o dano material, toda diminuição de patrimônio suportado pela vítima. Compreendem, pois o dano emergente e o lucro cessante.⁶⁶ Leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dano do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter

⁶⁴ MELO, op. cit. 30.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2ª ed, 3ª tiragem Rio de Janeiro: 1999. p. 81.

⁶⁶ GONÇALVES, op. cit. p. 342.

depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado.⁶⁷

O ideal da indenização por danos materiais é restaurar integralmente o bem lesionado, retornando a vítima ao seu *status* anterior. Trata-se do princípio da *restitutio in integrum*. Todavia, como isso, nem sempre é possível a fixação do *quantum* devido; a título de danos materiais, deve ponderar o valor dos bens deteriorados.⁶⁸

A indenização por danos materiais tem caráter de reparação, devolução daquilo que foi perdido ou que está passível de perda. Já, no dano moral, conforme se demonstrará, o caráter é de compensação pelo equivalente. No dano médico, Antônio Jeová Santos revela que:

O serviço médico de que estamos tratando tem o ser humano como o beneficiário da atividade. O descumprimento da obrigação atinge o homem em seus aspectos físico e psíquico. Assim, é comum que exsurjam a morte e lesões corporais oriundas da atividade do profissional da área médica. Tratando de lesão corporal, há de ser considerado que o dano pode causar perdas e ganhos, se a vítima trabalhava, por exemplo, e em razão das manobras médicas deixou de ganhar. Nesta hipótese, o prejuízo é material e a indenização se dá a título patrimonial.⁶⁹

A reparação do dano material deve, pois, ser integral.

No caso de homicídio, por exemplo, dispõe o artigo 948 do Código Civil⁷⁰ que a indenização abrangerá, sem prejuízo de outras reparações, o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, luto da família, bem como prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia.

⁶⁷ GONÇALVES, op. cit. p. 342/343

⁶⁸ MELO, op. cit. p. 31.

⁶⁹ SANTOS, op. cit. p. 269.

⁷⁰ Artigo 948 do Código Civil – No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os via, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Em caso de lesões à integridade física ou outra ofensa à saúde causada pelo médico, o ressarcimento abrangerá as despesas do tratamento e os lucros cessantes até a efetiva cura do paciente.⁷¹

3.3 DANO MORAL

Dano moral diz respeito ao dano que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, cuida da lesão do bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, entre outros. Refere-se à proteção de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, em seus artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso V e X.⁷²

Para Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral não é propriamente a ofensa aos sentimentos de angústia, dor, desgosto, mas sim a lesão a um interesse patrimonial que remete a uma perda de valor afetivo. Cuida-se da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.⁷³ “É aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima”.⁷⁴

⁷¹ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53.

⁷² Constituição Federal, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁷³ Para Alexandre de Moraes “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...]”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

⁷⁴ GONÇALVES, op. cit. p. 358.

Aduz Sérgio Cavalieri Filho que à luz da Constituição Federal pode-se conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo.

Em sentido estrito, dano moral corresponde à violação do direito à dignidade, não necessariamente vinculado a uma reação psíquica da vítima. “Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade”.⁷⁵

Em sentido amplo, dano moral cinge todas as ofensas à pessoa que não estão diretamente vinculados a sua dignidade. Configura-se, assim, a proteção à imagem, ao bom nome, à reputação, às aspirações, convicções políticas, religiosas, direitos autorais, entre outros “novos direitos da personalidade”.⁷⁶

Para a configuração do dano moral, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁷⁷, não é necessário comprovar a dor, o sofrimento, mas sim o fato passível de gerar esses sentimentos. É cabível, então, indenização por danos morais quando o fato for perfeitamente presumível de propiciar impacto emocional e moral.

Quando da fixação do *quantum* devido a título de danos morais, deve-se ater à sua dupla funcionalidade: i) compensatória; e ii) penalizante, sem ensejar enriquecimento ilícito. Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça do Paraná:

A indenização por danos morais deve ter a função de trazer conforto e amenizar a tristeza que infligiu a Apelante, mesmo que jamais seja apagado de sua memória o abalo psíquico suportado. Além disso, deve ter caráter educativo, de tal forma que venha a afetar o patrimônio do ofensor, inibindo-o de praticar atos semelhantes no futuro. E, ainda, significar uma

⁷⁵ CAVALIERI, op. cit. p. 101.

⁷⁶ Ibid. p. 102.

⁷⁷ AgRg no Ag 707.741/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26.06.2008, DJe 15.08.2008.

compensação à vítima, compatível com o seu o grau de culpa, posição na sociedade e a capacidade econômico-financeira do causador do dano. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 0456953-3 - Terra Rica - Rel.: Desª Maria Aparecida Blanco de Lima - Unanime - J. 16.12.2008) sem grifos no original

É imprescindível, deste modo, quando da fixação dos danos morais, que o julgador seja prudente - para advertir o ofensor sem propiciar ao ofendido enriquecimento sem causa.

Na área médica, Edmilson de Almeida Barros Júnior destaca: “Diante das possibilidades de um ganho fácil e desproporcional, pessoas se colocam como vítimas de danos morais e tudo fazem para lograr êxito na demanda indenizatória oriunda de suposto dano moral”.⁷⁸

Deve-se evitar, então, que a indenização, seja por dano material ou moral, constitua um elevado e desproporcional enriquecimento sem causa.⁷⁹ Visa-se compensar razoavelmente o dano sofrido com a penalização do agente causador do dano sem, entretanto, constituir à vítima um meio de enriquecimento ilícito.

3.3.3 Dano Estético

Para Miguel Kfoury Neto, dano estético é aquele caracterizado pela lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém⁸⁰. O conceito de belo, contudo, é relativo, de modo que cabe ao juiz fazer a análise da ocorrência desta espécie de dano, levando em consideração, por exemplo, a beleza ou o estado da paciente antes da cirurgia.

⁷⁸ BARROS JUNIOR, op. cit. p. 57.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ KFOURI, NETO, op. cit. p. 106.

Sobre o tema, a doutrina preleciona: “O dano estético, de forma resumida, é o prejuízo psicológico-social à forma corporal socialmente aceita que provoca desgosto, humilhação, vergonha ou enfeamento; uma “desformidade”.⁸¹

Na seara médica, a prioridade estética, em regra geral, é a última a ser observada pelo médico, sendo a vida, o funcionamento dos órgãos mais importantes que aquela.

No ramo da cirurgia plástica, muitas vezes mais do que mero embelezamento do paciente, o médico visa à sua reinserção à sociedade. É o caso, por exemplo, do paciente que após uma cirurgia bariátrica procura o cirurgião plástico para fazer uma intervenção cirúrgica para retirada do excesso de pele decorrente da grande perda de peso. Dessa forma, verifica-se que cabe sempre ao médico sopesar a necessidade de intervenção cirúrgica para cada paciente específico, entender suas prioridades, passando-lhe todas as informações devidas. Trata-se da realização de um consentimento informado, que será adiante abordado, no qual o paciente autoriza livremente o médico a intervir na busca de um fim comum.

3.4 NEXO CAUSAL

Refere-se ao elo existente entre o comportamento tomado pelo médico, quando do atendimento a um paciente, por exemplo, e o dano decorrente desta conduta. Trata-se do liame entre a conduta do agente e o dano provocado à vítima. Inexiste responsabilização civil quando ausente este pressuposto.

⁸¹ BARROS JUNIOR, op. cit. p. 58.

Dessa forma, “se a vítima sofre o dano, mas não se evidencia o liame de causalidade com o comportamento do réu, improcedente será o pleito indenizatório”.⁸²

O nexu causal é, pois, pressuposto essencial para a configuração da responsabilidade civil. Muito embora não seja sempre passível de imediato reconhecimento, a relação de causalidade não se interrompe pelo mero transcurso do tempo.

Na seara médica, especialmente, há pluralidade de causas que antecedem e aparentemente contribuem para a ocorrência de eventual dano, o que dificulta ainda mais a identificação da relação de causalidade.

Deste modo, aos juízes é dado o “dever” de dirimir as questões ligadas à causalidade diante de um caso concreto, levando em consideração todas as circunstâncias, para que assim possa decidir de maneira mais justa.⁸³

⁸² KFOURI, NETO, op. cit. p. 111.

⁸³ Ibid. p. 113.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Antes de iniciar-se o estudo acerca da responsabilidade civil inerente à especialidade da cirurgia plástica, faz-se importante tecer alguns ensinamentos acerca da responsabilidade civil do médico.

Ordinariamente, quando se fala em responsabilidade médica, presume-se que estamos falando da modalidade de responsabilidade civil subjetiva, haja vista a previsão do artigo 951 do Código Civil que expressamente trata da lesão provocada no exercício da atividade profissional por negligência, imprudência ou imperícia. Em que pese alguns autores possuam opiniões diversas sobre este assunto, a doutrina e jurisprudência, como regra, para caracterização da responsabilidade civil do médico determina a necessidade de que o paciente prove que este profissional agiu com culpa. É o que dispõe o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁸⁴. Subjetiva é, pois, sua responsabilidade.

Considerando que o contrato realizado entre médico e paciente é *sui generis*⁸⁵ quando configurado seu inadimplemento, deve o paciente provar que o médico não satisfaz a obrigação contratada. Nesse sentido encontram-se as prescrições contidas no artigo 186 e 951 do Código Civil⁸⁶, que regulam a atividade

⁸⁴ 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. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁸⁵ Por exigir a comprovação do inadimplemento contratual, segundo Neri Tadeu Camara há que se demonstrar um tipo especial de culpa que é aquela que possui ligação com a obrigação contratada. SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. Campinas, São Paulo: Servanda Editora, 2008. p. 65.

⁸⁶ Art. 186 do Código Civil – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 951 do Código Civil – O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por

médica, bem como no parágrafo 4º do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade do profissional médico, a luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, insere-se na responsabilidade subjetiva. Ensina Cavalieri Filho:

(...) algumas profissões, pelo risco que representam à sociedade, estão sujeitas a uma disciplina especial. O erro profissional, em certos casos pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher os requisitos legais para o exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição no órgão especial.⁸⁷

Neste diapasão, conclui-se que inexistem casos de responsabilidade civil objetiva do médico. O que ocorre, em certas ocasiões, é uma inversão do ônus da prova, quando então ao médico é atribuído o dever de provar que não agiu com culpa.

Resta, a partir disso, especialmente no que pertine à responsabilidade civil do médico, inafastável a aferição de culpa.⁸⁸

Feitas essas breves considerações, passa-se a análise da responsabilidade civil do cirurgião plástico.

Primeiramente importante mencionar que são aplicáveis a esta especialidade os mesmos princípios gerais vistos anteriormente. Trata-se, pois, de atividade profissional coberta pela responsabilidade subjetiva. No entanto, quando se trata da cirurgia plástica meramente estética – sem necessidade terapêutica - esta é, quase

aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed, 3ª tiragem Rio de Janeiro: 1999, p. 249.

⁸⁸ KFOURI NETO, op. cit. p. 33.

sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico, pelo que deve ser estudada com cuidado.⁸⁹

Nesse contexto, comentando sobre as peculiaridades inerentes à cirurgia plástica estética, José de Aguiar Dias destaca que:

(...) não a podemos condenar, até porque isso já agora seria sem sentido, dada a sua positiva incorporação à arte médica e o fato de que, não sendo proibida, como de fato não pode ser, pela lei penal, também é incivil catalogá-la em si mesma como ato ilícito, só porque não produziu o esperado sucesso.⁹⁰

A aplicabilidade e interpretação da responsabilidade civil inerente aos cirurgiões plásticos, quanto à sua obrigação (meio ou resultado) possui divergências na doutrina e na jurisprudência, posto que para tal tece-se a diferenciação entre os dois ramos da cirurgia plástica: a estética e a reparadora.

Como esta matéria será objeto de estudo no sexto capítulo, neste momento importante se ter em mente tão somente que a responsabilidade civil aplicável ao cirurgião plástico deve “ser apreciada do ponto de vista subjetivo”⁹¹, diante do qual, na eminência de um dano ao paciente, a priori, incumbe-lhe o dever de provar que o médico agiu com culpa, ou seja, que não foi diligente o suficiente quando da intervenção cirúrgica.

A conduta médica não deve, ainda e inclusive, no ramo da cirurgia plástica, seja esta reparadora ou reconstrutora ou meramente estética/embelezadora, ser encarada como uma atividade que por si só produz riscos aos pacientes. Deve-se compreender a importância desta especialidade na sociedade e de alguma forma equilibrá-la para que os direitos de ambos, pacientes e médicos, sejam resguardados. Por outro lado, cumpre ao médico sopesar a necessidade da intervenção cirúrgica e os riscos específicos inerentes a cada paciente para,

⁸⁹ KFOURI NETO, op. cit. p. 171.

⁹⁰ DIAS, op. cit. p. 377.

⁹¹ Id.

consoante sua capacidade técnica, decidir sobre a adequação da operação ao paciente.

Dessa forma, caso o médico verifique a desnecessidade de uma intervenção cirúrgica, é seu dever recusar-se a realizar tal procedimento, sob pena de fazendo-o responder por ele civilmente.

Sobre o assunto, José de Aguiar Dias enfatiza que, sempre, em todos os casos, compete ao médico a prova de que a vantagem que o paciente pode ter com a cirurgia é maior do que o risco inerente a ela. Não se valendo, nesse caso, para nenhum efeito a prova do consentimento informado.⁹²

⁹² DIAS, op. cit. p. 379

5 CIRURGIA PLÁSTICA

A cirurgia plástica é uma das áreas da medicina que exigem grande tempo e esforço na preparação de seus profissionais, sendo necessários, no mínimo, 5 (cinco) anos de especialização para uma formação adequada.

Isso porque a cirurgia plástica não se restringe a um órgão. Ao contrário, o cirurgião pode atuar praticamente em todo do corpo humano, o que acaba por exigir desse profissional um conhecimento extenso da anatomia, fisiologia dos diversos segmentos corpóreos, entre outros.⁹³

A cirurgia plástica compreende a cirurgia plástica reparadora e a estética. A reparadora tende a correção de defeitos congênitos ou adquiridos - por exemplo, lábio leporino, queimaduras, cicatrizes. A estética, que será a de maior atenção neste trabalho quando do estudo da obrigação do cirurgião plástico, possui por finalidade o embelezamento do indivíduo.⁹⁴

5.1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA

Os primórdios da cirurgia plástica remontam às origens das civilizações. Já nos papiros egípcios, considerados um dos documentos médicos mais antigos de que se tem notícia, existia referência ao tratamento de fraturas nasais. Isso porque as mutilações dos narizes era forma de punir aquelas pessoas que se comportavam

⁹³ MÉLAGA, José Marcos. *Cirurgia plástica Fundamentos e Arte: Princípios Gerais*. Rio de Janeiro: MEDSI, 2002. p. 5.

⁹⁴ BUERES, Alberto J. *Responsabilidade civil de los médicos*. 3ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p.701.

em desacordo com as regras da sociedade.⁹⁵ As técnicas de reconstrução nasal representam as primeiras cirurgias reparadoras descritas.⁹⁶

A primeira Grande Guerra Mundial produziu um grande número de pessoas com mutilações de face, membros etc., impulsionando o aparecimento de hospitais especializados no tratamento das seqüelas físicas produzidas pelos traumas das batalhas, aumentando, assim, a quantidade de cirurgiões gerais que passaram a se dedicar exclusivamente à cirurgia reparadora.⁹⁷ Esta Guerra foi, então, o marco da cirurgia plástica moderna, que progrediu primeiramente na Europa e de lá se espalhou para o mundo. Relata Wanderby Lacerda de Panasco:

(...) a partir de 1950, os Tribunais Franceses, Espanhóis, Italianos, admitiram as cirurgias a embelezar o corpo como atividade médica legalmente justificada. É o direito abraçando o fato social, adotado como regra, pelas maiores democracias. Percebe-se, assim, que a finalidade da cirurgia plástica não é a garantia de uma vaidade fútil como a têm alguma vez visto os tribunais. Prestam-se assim, tanto a cirurgia plástica corretiva como a estética, a corrigir não somente defeitos físicos como também àqueles que atingem a mais complexa alma humana.⁹⁸

Nessa época, entretanto, ainda era difícil encontrar literatura abordando referida especialidade. Mas, como o passar dos anos e com o desenvolvimento da cirurgia plástica nos Estados Unidos, esta dificuldade se foi amenizando.⁹⁹

Hoje, felizmente, são publicados mensalmente livros de todos os setores da cirurgia plástica e quase sempre livros norte-americanos. E, não há dúvida de que a cirurgia plástica se impôs mundialmente.

É freqüente o acesso à reportagens, publicidades e demais meios de comunicação, que tratam da cirurgia plástica, seja porque surge uma nova técnica,

⁹⁵ MÉLAGA, op. cit. p. 4.

⁹⁶ PANISA, Patrícia. *O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica: e a responsabilidade civil médica*. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 115.

⁹⁷ MÉLAGA, op. cit. p. 4.

⁹⁸ PANASCO, Wanderby Lacerda de. Apud PANISA, op. cit. p. 116.

⁹⁹ MÉLAGA, op. cit. prefácio.

menos invasiva, para embelezamento ou porque houve um infortúnio com um paciente. Nesta mesma trilha, Patrícia Panisa destaca a área da especialidade médica de cirurgia plástica dentre as mais procuradas.

Observa-se, portanto, que hoje a cirurgia plástica está em constante aprimoramento e crescimento, chegando ao ponto de alguns autores como Mélega dizer que “o Brasil está no século da cirurgia plástica e que nenhuma especialidade médica ou cirúrgica se desenvolveu tanto”.¹⁰⁰

5.2 CONCEITO

A origem da denominação “cirurgia plástica” deriva da palavra grega *plastikós*, que significa moldar, plasmar, reparar.¹⁰¹

A cirurgia plástica tem, pois, como objetivo reconstituir uma parte do corpo humano, seja por questões de fratura (reparadora) ou meramente embelezadora (estética).

No dicionário de cirurgia plástica, disponível no site da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, conceitua-se esta área da medicina da seguinte forma:

Especialidade cirúrgica encarregada de reconstruir tecido corporal e facial que, devido a doenças, defeitos ou transtornos, requeiram remodelação ou remodelado, seja proporcionando ao paciente uma aparência o mais aproximada possível do normal, seja reparando sua capacidade de funcionamento.¹⁰²

¹⁰⁰ MÉLAGA, op. cit. prefácio.

¹⁰¹ Ibid. p. 1.

¹⁰² DICIONÁRIO de A a Z de Cirurgia plástica. p. 7. Disponível em: <http://www.cirurgioplastica.org.br/novosite/publico/dic/dicionario.html>. Acesso em: 20/08/2009.

Para melhor conceituar cirurgia plástica se faz necessário tecer a diferenciação entre as duas facetas em que se desenvolve a cirurgia plástica: a reparadora ou reconstrutiva e a estética ou cosmética.

5.3 DISTINÇÃO ENTRE A CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

A cirurgia plástica reparadora ou reconstrutiva, segundo José Marcos Mélega, “compromete-se com a reparação de tecidos, recomposição de substâncias perdidas, reabilitação das funções dos órgãos”.¹⁰³ Em geral, esta reparação advém de traumas, doenças ou defeitos congênitos.¹⁰⁴

Por outro lado, a cirurgia plástica estética ou cosmética é aquela com a qual, mediante um determinado procedimento, se pretende trazer o padrão de beleza de uma determinada cultura, em um dado momento, além de promover o rejuvenescimento.

A divisão entre esses dois ramos, no entanto, é bastante tênue, posto que freqüentemente os médicos se deparam com situações em que distúrbios da função são acompanhados de grandes alterações estéticas.¹⁰⁵

Em linhas gerais, a cirurgia plástica reparadora visa a corrigir lesões congênitas ou adquiridas, enquanto a cirurgia plástica estética tem como intuito remodelar as estruturas normais do corpo, principalmente para melhor a aparência e a autoestima do paciente.¹⁰⁶

¹⁰³ DICIONÁRIO, op. cit. p. 7.

¹⁰⁴ PANISA, op.cit. 121.

¹⁰⁵ VENOSA, op. cit. 136.

¹⁰⁶ DICIONÁRIO, op. cit. p. 7.

A divisão entre cirurgia plástica estética e reparadora, segundo Patrícia Panisa, explica-se no fato de se considerar como necessária a intervenção cirúrgica no caso da cirurgia plástica reparadora, e desnecessária na puramente estética. Igualmente, justifica-se para efeito da classificação da modalidade obrigacional assumida pelo médico.¹⁰⁷

¹⁰⁷ PANISA, op. cit. 121.

6 CLASSIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO CIVIL

6.1 CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

A palavra “obrigação” deriva do latim *obligatione*. De acordo com a definição expressa no dicionário de língua portuguesa, este vocábulo refere-se a um dever, encargo ou compromisso; juridicamente diz respeito ao vínculo jurídico oriundo da lei ou de ato de vontade, que compete a alguém a dar, a fazer algo economicamente apreciável em nome de *outrem*.¹⁰⁸

O termo obrigação não encontra definição na lei, cabendo esta tarefa a doutrina. A mais conhecida e preferida definição pelos doutrinadores é a de Clóvis Bevilacqua, *verbis*:

Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.¹⁰⁹

Como muitos são os significados dados a esta palavra, juridicamente ela é empregada em diferentes acepções e certamente é pessoal a preferência das inúmeras definições atribuídas. Para Washington de Barros Monteiro, a definição atribuída por Clóvis Bevilacqua não é completa, tendo em vista que omite a questão de responsabilidade inerente ao termo, então destaca:

¹⁰⁸ FERREIRA, op. cit. 1422.

¹⁰⁹ BEVILACQUA, Clóvis. *Obrigações parágrafo 1o*. In: DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2º vol. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 28

Obrigaç o   a rela o jur dica, de car ter transit rio, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa presta o pessoal econ mica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento atrav s do seu patrim nio.¹¹⁰

Nessa linha de racioc nio, Maria Helena Diniz apresenta a seguinte defini o:

(...) a obriga o   uma rela o jur dica, excluindo deveres alheios ao direito, como o de gratid o ou cortesia, visto que o devedor pode ser compelido a realizar a presta o. Possui car ter transit rio, porque n o h  obriga es perp tuas; satisfeita a presta o prometida, amig vel ou judicialmente, exaure-se a obriga o.¹¹¹

Conclui-se, ent o, que obriga o  , em linhas gerais, uma rela o transit ria unindo duas ou mais pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma presta o   outra (credor).¹¹²

A palavra “obriga o” pode, ainda, ser classificada em diversas formas, sendo a mais importante para o presente estudo a que se refere   aferi o do descumprimento das obriga es, qual seja: obriga o de meio e de resultado.

6.1.1 Da Dicotomia entre a Obriga o de Meio e de Resultado

Na obriga o de meio   analisado se o devedor foi diligente no cumprimento de sua obriga o, enquanto que na obriga o de resultado verifica-se se o resultado colimado foi alcan ado.¹¹³

Para Maria Helena Diniz, obriga o de meio “  aquela em que o devedor se obriga t o somente a usar de prud ncia e dilig ncia normais na presta o de certo servi o para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obt -lo”.¹¹⁴

¹¹⁰ BARROS, op. cit. p. 8.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obriga es*. 2  vol. 23  ed. S o Paulo: Saraiva, 2008. p. 193.

¹¹² VENOSA, S lvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obriga es e teoria geral dos contratos*. 6  ed. S o Paulo: Atlas, 2006. p. 5.

¹¹³ Ibid. p. 59.

Já na obrigação de resultado, o credor tem direito de exigir do devedor a produção de um resultado específico, sem o qual haverá o inadimplemento da relação obrigacional.¹¹⁵

Evidencia-se, pois, que, na obrigação de meio, não há obrigatoriedade no atendimento de um resultado certo e determinado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente, enquanto que, na obrigação de resultado, visa-se ao resultado em si mesmo.

Por tal razão, havendo inadimplemento, na obrigação de meio é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento. Por outro lado, na obrigação de resultado basta que o resultado não seja alcançado para que surja a obrigação de indenizar.¹¹⁶

Na seara médica, em quase todas as especialidades, é aplicável a obrigação de meio (de prudência, diligência ou atividade), posto que, na atuação médica, fatores aleatórios impedem o médico de assegurar, previamente, o atingimento do objetivo colimado, visto que, nas obrigações de resultado, o imponderável está ausente ou deve ser desconsiderado.¹¹⁷

O médico, portanto, não está obrigado a restituir a saúde do paciente, “mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo”.¹¹⁸

¹¹⁴ DINIZ, op. cit. p. 194.

¹¹⁵ Ibid. p. 195.

¹¹⁶ Ibid. p. 194/195.

¹¹⁷ KFOURI Neto. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 235.

¹¹⁸ Cf. CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil: responsabilidade civil*. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 396. Apud. MELO, op. cit. p. 78.

Neste diapasão, o Código de Ética da Atividade Médica, estabelece em seu artigo 1º, *in verbis*:

Artigo 1º: A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa, racial, política ou social, e colaborar para a prevenção da doença, o aperfeiçoamento da espécie, a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade.¹¹⁹

Desta feita, verifica-se que o médico está norteado a melhorar a qualidade de vida de seus pacientes, que, se reagirem da maneira prevista, bem como realizar as prescrições recomendadas, o resultado desejado será alcançado. Caso contrário, seria injusto imputar responsabilidade ao médico por eventual reação imprevista do organismo do paciente.

Por tais razões, como profissional liberal que presta serviço, consoante prescrição do parágrafo 4º, artigo 14¹²⁰, do Código de Defesa do Consumidor, bem como do artigo 951¹²¹ do Código Civil, como já fora visto, o médico somente será responsabilizado civilmente se comprovado que agiu com culpa, ou seja, com negligência, imprudência, imperícia e/ou erro grosseiro.

Importante salientar que, diferentemente do que ocorre em outras áreas, na medicina o resultado almejado é conseqüência do binômio: conhecimento técnico do profissional e fatores externos e aleatórios provocados pelo paciente, como, por exemplo, funcionamento do organismo.

Na cirurgia plástica, entretanto, especialmente na cirurgia estética, a doutrina e a jurisprudência reclamam pela incidência da obrigação de resultado. Confira-se:

¹¹⁹ Disponível em: [www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_etica_amb\(1953\).pdf](http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_etica_amb(1953).pdf). Acesso em: 20/08/09. p. 1.

¹²⁰ 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. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹²¹ Art. 951 – O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. JULGAMENTO EM SINTONIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. CULPA DO PROFISSIONAL. FUNDAMENTO INATAcado. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RAZOABILIDADE.I - **A jurisprudência desta Corte orienta que a obrigação é de resultado em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos.** (AgRg no Ag 1132743/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 25/06/2009) sem grifos no original

(...) **cumprir não perder de perspectiva que a obrigação contratual assumida por este, por se tratar de cirurgia estética, possui natureza sui generis, cuja prestação vai além da garantia de aplicar conhecimentos terapêuticos técnicos com prudência e diligência, de modo que o profissional se compromete a atingir os resultados esperados.** (...) (TJPR - 8ª C.Cível - AC 0475756-6 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Guimarães da Costa - Unânime - J. 17.07.2008) sem grifos no original

(...) 3. **Dado o atual grau de evolução da ciência na área da cirurgia plástica embelezadora, a perfeita condição de saúde do paciente ao procurar tal serviço, e as características dos contratos firmados neste âmbito, a obrigação assumida pelo cirurgião da especialidade é resultado, e não de meios, pelo que responde objetivamente pelo fim não atingido e os demais danos daí decorrentes.** 4. No entanto, não se aplica este mesmo regime jurídico à lesão inesperada e anormal causada à paciente por força da cirurgia realizada, pois o dever de manutenção de sua saúde é acessório e implícito no contrato por força do princípio da boa-fé, não se diferenciando, em nada, das obrigações assumidas pelos médicos de outras áreas da medicina, em regra, de meio. (TJPR - 8ª C.Cível - AC 0370039-8 - Campo Mourão - Rel.: Juiz Subst. 2º G. José Sebastiao Fagundes Cunha - Unânime - J. 09.08.2007)

Constata-se, destarte, que a jurisprudência interpreta a cirurgia plástica embelezadora como aquela em que o paciente não se submeteria se fosse para obter resultado diverso do esperado.

A doutrina não se distancia deste entendimento, a exemplo do que se extrai da obra de Carlos Roberto Gonçalves que sinaliza no sentido de que a obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos é de resultado, considerando que os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito ou um problema estético, pelo que lhes interessa, precipuamente, o resultado.

Acompanham este entendimento os doutrinadores Caio Mário da Silva Pereira, Alberto Bueres, Jurandir Sebastião, entre outros.

Entretanto, importante considerar que caso o médico informe previamente a paciente sobre os riscos e complicações inerentes a cirurgia e algo ocorra em virtude de fatores alheios a vontade do médico, este não deverá ser responsabilizado, mormente porque se desincumbiu do seu dever de informação ao paciente, sendo, dessa forma, imperiosa a análise cuidadosa de cada caso concreto.

7 OBRIGAÇÃO CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A obrigação civil atribuída ao cirurgião plástico, em especial quando do caso de uma cirurgia meramente estética, é um tema ainda bem controvertido.

Salientando a importância da distinção entre obrigação de meio e de resultado assumida pelo médico, Miguel Kfoury revela que esta se relaciona essencialmente ao ônus da prova. Explica:

A cirurgia plástica estética, tradicionalmente, consubstancia obrigação de resultado. Se o cirurgião não alcança o êxito esperado, é compelido a responder pelo descontentamento do cliente: custeio de uma nova cirurgia – se possível a reparação; compensação de dano moral ou estético; ressarcimento de próteses e outras formas de recomposição do dano. O cirurgião plástico somente estará isento do dever de indenizar se provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito.¹²²

Por outro lado, destacando o conceito moderno de saúde que remete à ideia de que, para que o ser humano se sinta bem, hoje, é imprescindível a “satisfação” com a sua aparência física, Jurandir Sebastião declara que o cerne do contrato de fim reside na assunção, pelo médico, do risco pelo resultado.¹²³ Ou seja, cabe ao médico desestimular a cirurgia desnecessária e naquela, cujos riscos se sobrepõem, informar devidamente o paciente sobre estes.

Para Alberto Bueres, em geral a obrigação assumida na cirurgia estética é de resultado, já que ninguém se submeteria a uma cirurgia estética se não fosse para a obtenção de um resultado melhor.¹²⁴

¹²² KFOURI, Neto. *Culpa médica e ônus da prova (...)* op. cit. p. 244.

¹²³ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 71.

¹²⁴ BUERES, op. cit. p.707.

É indiscutível que ninguém contrata uma cirurgia plástica estética, clinicamente desnecessária, para piorar sua aparência. Está intrínseco na conduta voluntária do paciente ao procurar um cirurgião plástico o desejo de elevar sua autoestima.

No entanto, em que pese haja afirmação, inclusive, na jurisprudência de que a cirurgia plástica com finalidade meramente embelezadora deve ser de resultado, importante ter em mente que qualquer intervenção cirúrgica comporta riscos. Logo, esses devem ser sopesados em todos os casos de atuação médica e, por conseguinte, considerados pelo magistrado quando da análise de um caso de responsabilidade civil do cirurgião plástico.

Ademais, há que ser ponderada a conduta do médico e o cumprimento de seus deveres inafastáveis, como o alerta prévio dos riscos possíveis e improváveis, assim como a obtenção do pleno consentimento do paciente, após a demonstração de tê-los compreendido.¹²⁵

7.1 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente é, em tese, contratual, pautada no respeito e na confiança mútua. Nessa relação há direitos e deveres que devem ser integralmente cumpridos por ambas as partes.

É claro, por exemplo, que o paciente tem direito a recorrer ao Poder Judiciário para pleitear a reparação de algum dano que eventualmente tenha sofrido em virtude de uma conduta culposa do médico. Além de ter, igualmente, o direito de obter todas as informações sobre seu caso, procedimento a ser adotado, entre

¹²⁵ SEBASTIÃO, op. cit. p. 72.

outros. Devem, ainda, essas informações serem prestadas em vocabulário de fácil compreensão e sem ambiguidades.

O paciente tem direito, também, de acessar seus prontuários¹²⁶ e recusar tratamentos, internações e intervenções cirúrgicas. Por outro lado, o paciente tem o dever de remunerar o médico, direta ou indiretamente, seguir os conselhos do profissional e realizar rigorosamente as prescrições¹²⁷. O paciente deve, ainda, responder a todos os questionamentos feitos pelo médico, de maneira clara, completa e verídica.

A relação médico-paciente é, portanto, extremamente importante quando da aferição da responsabilidade civil. Deve-se verificar se houve o cumprimento dos deveres por ambas as partes, médico e paciente, posto que é histórico o enfraquecimento dessa relação.

Com a globalização, evolução da medicina e mitigação da força cristã, os médicos que antes eram considerados como deuses passaram a ser vistos como meros cidadãos prestadores de serviços. Assim se fez porque, atualmente, quando uma pessoa acredita ter uma doença ou precisa de uma determinada intervenção médica, ela facilmente pode ir a um site da internet e procurar informações a respeito daquele apontado procedimento desejado.

Dessa maneira, quando o paciente se dirigir pessoalmente a um consultório, em busca de uma melhoria de sua qualidade de vida, e o médico não concordar com sua aspiração, ele naturalmente procurará outro profissional que esteja disposto a ajudá-lo a atingir seus anseios.

¹²⁶ De acordo com o artigo 63 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico, dentre outras coisas: Deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente.

¹²⁷ KFOURI, NETO, *Culpa médica e ônus da prova* (...) op. cit. p.29.

Sobre esse assunto destaca Nehemias Domingos de Melo, utilizando-se da opinião de Miguel Reale:

Até início do século passado, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência¹²⁸, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (do paciente) e uma consciência (do próprio médico).¹²⁹

Tudo isso, somado ao desvirtuamento do conceito primordial de medicina, gerado pelo absurdo aumento das universidades que ofertam o curso de medicina, deve o magistrado sempre estar atento a essas questões e sopesá-las quando da análise de um caso de responsabilidade civil do médico.

7.2 DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Também comumente chamado de consentimento esclarecido, o consentimento informado é direito de todo paciente. Garantido, inclusive, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.

É o ato pelo qual o paciente autoriza o médico a realizar determinado procedimento, bem como obter informações pelos serviços prestados, sendo, pois, medida indispensável aos médicos que pretendem se prevenir de futuras e indesejáveis demandas judiciais.

Toda relação médico-paciente deve ter como fundamento básico a autonomia do paciente que se perfaz por intermédio do consentimento informado.

¹²⁸ De acordo com o dicionário Aurélio Onisciência significa: 1. Saber de tudo. 2 Advém de onisciente que significa: 1. Aquele que sabe de tudo. FERREIRA, op. cit. p. 592.

¹²⁹ MELO, op. cit. p. 77.

Corroborado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XIV¹³⁰, que assegura a todos o direito à informação, o consentimento informado, na relação médico-paciente, torna esta, quando presente, ética e legitimamente jurídica¹³¹.

O Código de Ética Médica, igualmente, trata sobre o consentimento informado em seu artigo 46, ao dizer que “É vedado ao médico: efetuar qualquer procedimento médico sem o consentimento esclarecido e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida”.

Por tal razão, a não realização do consentimento informado constitui afronta à autonomia da vontade do paciente e aos seus direitos da personalidade. Assim se diz porque o médico é quem detém o conhecimento técnico sobre o estado de saúde do paciente e sobre qual será o procedimento indicado para ele. Dessa forma, somente após a prestação de informações claras sobre esse procedimento recomendado, é que o paciente poderá optar por realizá-lo ou não¹³².

Dessa forma, caso o médico não faça o consentimento informado e proceda com a realização de um determinado procedimento que não foi previamente autorizado pelo paciente, ele será responsabilizado e condenado na eventual hipótese de ser demandado em juízo. Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

É perfeitamente presumível que o fato ocorrido poderia proporcionar impacto emocional e moral narrados pela Autora já que uma parte do seu corpo foi retirada sem seu consentimento, tendo sido, dessa forma, violado seu direito a integridade física previsto no artigo 13 do Código Civil. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 0456953-3 - Terra Rica - Rel.: Desª Maria Aparecida Blanco de Lima - Unanime - J. 16.12.2008).

¹³⁰ Art. 5º - Constituição Federal - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

¹³¹ BARROS JUNIOR, op. cit. p. 81.

¹³² Ibid. p. 83.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. (Ag Rg no Ag 818.144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007).

O consentimento informado deve ser fornecido sempre de forma oral. Todavia, para que o médico possa estar protegido legalmente recomenda-se que este seja realizado também por escrito. Sobre o assunto, Edmilson de Barros Junior leciona:

Ainda que sujeita às imperfeições, é importante que a relação médico-paciente se fundamente no incremento da informação, na capacidade crítica e na autonomia do paciente nas decisões sobre o seu tratamento. O paciente deve assumir a condição de sujeito e não mais objeto, sendo essencial a existência de diálogo franco e aberto entre o médico e o paciente, para que as prerrogativas do enfermo sejam resguardadas.¹³³

Na cirurgia estética, a realização do consentimento informado é ainda mais rigorosa. Para Julio César Galán Cortés, a informação prestada pelo médico deve ser exaustiva, tanto dos riscos e alternativas existentes como de eventuais fracassos e possibilidade de revisões cirúrgicas posteriores.¹³⁴

Conclui Miguel Kfourí que as obrigações do cirurgião na especialidade da cirurgia plástica são agravadas, devendo ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente para depois sopesar os riscos a enfrentar e os resultados por ele esperados. Após, verificar a oportunidade da cirurgia.¹³⁵

¹³³ BARROS JUNIOR, op. cit. p. 83.

¹³⁴ CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. 1ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 267/268.

¹³⁵ KFOURI, NETO. *Responsabilidade (...)* op. cit. p. 181.

8 OBRIGAÇÃO CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO À LUZ DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Uma vez compreendida a importância e o conceito do consentimento informado prestado pelo médico, faz-se a análise da sua obrigação à luz deste documento.

Primeiramente, cumpre registrar que o senso de aparência que cada um tem de si integra, hoje, o conceito de saúde. Não basta que o ser humano esteja com todos os seus órgãos vitais em pleno e perfeito funcionamento, é necessário que se sinta bem com sua aparência física.¹³⁶

Dessa forma, em que pese exista a dicotomia entre a cirurgia plástica de cunho estético e a de cunho reconstrutor, em ambas a obrigação atribuída ao médico deveria ser de meio, posto que ambas cuidam da saúde do paciente em todos os seus níveis.

Em qualquer cirurgia plástica há superposição dos dois aspectos: o recuperatório e o estético, de modo que qual seria a diferença entre uma pessoa que se submete a uma cirurgia de redução de mamas por ser portadora de hipertrofia mamaria de outra que se submeta a rinoplastia para diminuição do nariz proeminente? Enfatiza Patrícia Panisa: ambas se sujeitam a mesma sensação de rejeição social, posto que não se deve considerar a primeira cirurgia como reparadora porque “necessária” e a segunda como meramente estética sob pena de se estar relegando à saúde a função meramente orgânica, afrontando, pois, a concepção mundial, aceita inclusive pela Constituição Federal, deste conceito.¹³⁷

¹³⁶ SEBASTIÃO, op. cit. p. 71.

¹³⁷ PANISA, op. cit. p. 123/125.

Deve, pois, a atuação do médico, quando da realização de um procedimento estético, ser igualmente entendida como aquela apta a ensejar um resultado aproximado e não específico.

O médico relaciona-se com o corpo humano apto a ter reações imprevisíveis, de modo que tanto na cirurgia estética quanto na reparadora podem surgir resultados nem sempre estimados por ambos: médicos e pacientes, muito embora tenha o profissional agido com toda a cautela esperada.

Nessa linha de raciocínio, toda e qualquer intervenção cirúrgica que tenha por finalidade o restabelecimento da saúde, em suas múltiplas facetas, poderia ser considerada reparatória, não podendo e tampouco devendo se prender a critérios como necessidade terapêutica.¹³⁸

Cumprido, entretanto, ao médico, em qualquer circunstância, e ainda com mais rigor na cirurgia plástica, informar o paciente sobre os riscos da cirurgia, suas possíveis intercorrências e a probabilidade da realização de um segundo tempo cirúrgico (também chamado de retoque). A ele é atribuído o dever de sopesar a necessidade da intervenção cirúrgica, recusando-se a fazer aquelas cujas vantagens não se sobreponham aos riscos.

Somente após estar o médico convencido da necessidade da intervenção, apreciando a veracidade das informações prestadas pelo paciente, é que lhe deve expor as vantagens e desvantagens, a fim de obter o seu consentimento.

À guisa de conclusão, asseverando a impossibilidade do atingimento de um resultado específico na cirurgia plástica, o respeitável médico e professor Juarez Moraes Avelar destaca a peculiaridade dos componentes da constituição orgânica de cada pessoa, bem como as reações teciduais que cada um pode ter, de modo a

¹³⁸ PANISA, op. cit. p. 125.

obedecer ou não à técnica cirúrgica empregada.¹³⁹ Por outro lado, Wilson Rubens Andreoni complementa:

A cirurgia estética, aliás, como qualquer outro tipo de cirurgia, também está sujeita a casos fortuitos e intercorrências no pós-operatório imediato ou tardio, tais como: inflamações, infecções, reações alérgicas, cicatrizações e outras suscetíveis de alterarem o resultado final da cirurgia.¹⁴⁰

Desse modo, quando da aferição da responsabilidade civil do médico, em especial do cirurgião plástico, devem ser investigadas todas as condutas empregadas naquele procedimento. A essa análise inclui-se a constatação da conduta médica e do paciente, no pós-operatório, quando do cumprimento das prescrições médicas.

O Poder Judiciário, felizmente, em alguns casos já se apresentou com o entendimento de que a cirurgia plástica, ainda a de cunho estética, pode ser entendida como sendo de meio.

O grande e primeiro exemplo citado pelos livros foi o proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

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

¹³⁹ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*. São Paulo: Hipócrates, 2000.p.405.

¹⁴⁰ Ibid. p. 422.

conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.

Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.¹⁴¹

Observa-se, pois, que a atribuição da responsabilidade civil do cirurgião plástico como sendo de meio e não de resultado é o entendimento mais acertado posto que a toda cirurgia existem riscos que sobre ela recaem, bem como situações imprevisíveis.

Ademais, considerando o moderno conceito de saúde e o papel do cirurgião plástico na sociedade sua obrigação deveria ser interpretado como sendo de meio com resultado meramente aproximado, diante a qual se analisa tão somente se o médico usou da prudência e diligência normais na prestação do serviço.

¹⁴¹ AVELAR, op. cit. p.427/428.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora se reconheça que a doutrina e a jurisprudência se empenham constantemente na atualização de seus conhecimentos a fim de se adequar às constantes mudanças da sociedade, na esfera da responsabilidade civil, em especial do médico, esta ainda carece de conteúdo.

Muitos são os livros que abordam o tema responsabilidade civil do médico, tornando exaustivas as ponderações acerca dos conceitos básicos de responsabilidade civil. Entretanto, quando se trata da classificação da responsabilidade civil do cirurgião plástico, verifica-se, ainda, que há divergência de pensamentos e conclusões que tornam difícil a assimilação desta matéria.

O instituto da responsabilidade civil, em linhas gerais, visa à reparação de eventuais danos sofridos pela vítima, oriundo de um ato ilícito. Classifica-se em: objetiva e subjetiva. Naquela há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, enquanto nesta se exige a comprovação da intenção de que o dano sofrido ocorreu por culpa do agente.

Na responsabilidade civil do médico, é necessária a comprovação de culpa, posto que o médico já preencheu determinados requisitos para o exercício da sua profissão, como diplomação em curso universitário e especialização. Subjetiva é, pois, sua responsabilidade.

Desse modo, caso ocorra eventual inadimplemento do médico quando do cumprimento da obrigação contratada, cabe ao paciente, via de regra, provar que este profissional não satisfaz a obrigação contratada.

Em se tratando de cirurgia plástica, esta responsabilidade é igualmente subjetiva. A divergência aparece, entretanto, quando da classificação da obrigação civil inerente à cirurgia plástica.

Na maioria das especialidades médicas, a obrigação é de meio, ou seja, o médico é obrigado tão somente a usar prudência e diligência normais na prestação do serviço. Eventual inadimplemento, neste caso, não gera automaticamente o dever de indenizar. Faz-se necessário a comprovação da culpa.

Na cirurgia plástica estética (embelezadora), todavia, a obrigação que a maioria da doutrina e jurisprudência atribui ao médico é a de resultado, por intermédio da qual o paciente tem o direito de exigir do médico a produção de um resultado específico, que se não obtido, enseja o inadimplemento contratual e, por conseguinte, o dever de indenizar.

Ocorre que a medicina não é exata. A ciência médica é imprecisa, em face da sua intervenção no corpo humano. Há inúmeros fatores alheios à vontade dos pacientes e dos médicos que são importantíssimos para o alcance de um resultado previsto e esperado.

Isso porque, diferentemente do que ocorre em outras áreas, na medicina o resultado almejado é conseqüência do binômio: conhecimento técnico do profissional e fatores aleatórios provocados pelo paciente que dependem do funcionamento de cada organismo.

Por outro lado, muito embora exista a dicotomia entre a cirurgia plástica estética e a reparadora, importante considerar que ambas cuidam da saúde do paciente em todos os seus níveis, motivo pelo qual injusta é a atribuição da obrigação como sendo de meio para as cirurgias plásticas reparadoras e de resultado para as de cunho estético.

A conduta do médico deve, pois, independentemente do resultado, ser aferida com certa cautela. Não se pode atribuir vontade ou competência ao médico, por exemplo, cujo paciente não obedeceu às prescrições ou cujo organismo reagiu de forma diferente da esperada, mormente quando se verificar que o médico cumpriu com o seu dever de informar.

O dever de informação na relação médico-paciente é fundamental e se perfaz por intermédio do consentimento informado. Também chamado de consentimento esclarecido, este documento registra as informações referentes aos riscos e complicações inerentes a um determinado procedimento cirúrgico, possibilitando ao paciente, por intermédio de sua autonomia, consentir ou não com a realização do serviço.

Dessa forma, a interpretação mais correta e justa da obrigação aplicável ao cirurgião plástico, em ambas as suas atuações, embelezamento ou reconstrução, deve ser a de meio, na qual se exige atuação prudente deste profissional, que certamente busca o melhor para seu paciente. Aceitar sua obrigação como sendo de resultado seria menosprezar a ciência, já que, conforme foi visto, a reação de cada organismo influencia sobremaneira no alcance de um resultado previsto e esperado.

É certo que ninguém procura um cirurgião plástico para ficar com aparência pior. Contudo, exigir resultado específico, exato, daquele que trabalha com algo inexato, é ilógico, pelo que se deve refletir sobre a funcionalidade da medicina, o papel do médico na sociedade, em especial do cirurgião plástico, sopesando sua responsabilidade e obrigação, quando da análise de um caso concreto de responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*. São Paulo: Hipócrates, 2000.

BARROS, Carlos Eduardo Ferraz de Matos. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS, Washington Monteiro de. *Curso de Direito Civil*. V.3 e 4. São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20/08/2009.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 23/05/2009.

BRASIL. *Lei 8078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 23/05/2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ªed. São Paulo: Malheiros, 2003;

BUERES, Alberto J. *Responsabilidade civil de los médicos*. 3ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed, 3ª tiragem Rio de Janeiro: 1999.

CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. 1ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2º vol. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DICIONÁRIO de A a Z de Cirurgia plástica. p. 7. Disponível em: <http://www.cirurgiaplastica.org.br/novosite/publico/dic/dicionario.html>. Acesso em: 20/08/2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 4ª Ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. Vol. III, 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica - As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª Ed, 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *O erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Ed. Juruá. Curitiba/PR: Juruá Editora, 2004.

_____. *Sobre o Consentimento Informado: sua história, seu valor*. In: Jorge R. Ribas Timi; Patrick G. Mercer; Marcelo Marquardt. (Org.). *A influência do Direito no exercício da Medicina*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIPPMANN, Ernesto. *Manual dos direitos do médico*. São Paulo; Segmento Farma, 2008.

MATHES, Stephen J. *Plastic Surgery: General Principles*. Vol.1, 2a ed. Philadelphia: Elsevier, 2006.

MATOS, Mariana Amaral de. *Responsabilidade médica e hospitalar por erro médico: Uma reflexão jurídica*. Revista Auto Estima. 26ª ed. Ano VII.

MÉLAGA, José Marcos. *Cirurgia plástica Fundamentos e Arte: Princípios Gerais*. Rio de Janeiro: MEDSI, 2002.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PANISA, Patrícia. *O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica: e a responsabilidade civil médica*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 4ª. ed Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 20ª ed. v.4.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Editora Jurídica Senador, 1997.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil médico & Erro Diagnóstico*. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Alex Pereira e Couto Filho, Antonio Ferreira. *Instituições de Direito Médico*. Ed. Forense, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2004.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. Campinas, São Paulo: Servanda Editora, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A responsabilidade civil dos profissionais médicos na área da cirurgia plástica*. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). *Grandes temas da atualidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.