

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

PAULO ANDRÉ DE LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

**CURITIBA
2007**

PAULO ANDRÉ DE LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

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. Clayton Reis

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO ANDRÉ DE LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

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 2007.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pela paciência, compreensão e apoio, para esta realização, apesar do tempo desviado do nosso convívio familiar.

Aos eminentes mestres da Escola da Magistratura do Paraná, do Núcleo de Curitiba, que na sua missão de disseminar o saber, prestaram irrefutável contribuição durante toda a pós-graduação.

Ao professor Dr. Clayton Reis pela sua orientação colocando sua experiência e seu conhecimento à minha disposição nesta jornada.

Aos amigos que muito me auxiliaram para a realização desta empreitada com sua amizade e compreensão e a todas as pessoas que me ajudaram nesta caminhada.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO	10
2.1	BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS	10
2.2	CONCEITOS E ASPECTOS LEGAIS	14
2.3	REQUISITOS	15
2.4	TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	16
2.5	RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL	17
2.6	RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL	18
2.7	TIPOS DE CONTRATOS E OS POSSÍVEIS ERROS	19
2.8	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA	26
2.9	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO	31
3	CIRURGIAS PLÁSTICAS	39
3.1	TIPOS	39
3.2	O RISCO INERENTE: DEVER DE INFORMAÇÃO	41
3.3	DANO MORAL E DANO ESTÉTICO	46
4	SERVIÇOS MÉDICOS: OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO	56
4.1	CONCEITO DE OBRIGAÇÃO	56
4.2	OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO	59
4.3	OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO	61
5	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	73

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção, mesmo que de forma superficial pela abrangência e complexidade do tema, de analisar a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, a partir de breves noções históricas, comentando conceitos e aspectos legais relacionados à responsabilidade civil. Aponta também os requisitos referentes à reparação de danos, a responsabilidade civil contratual e extracontratual, tipos de contratos e os possíveis erros, além da responsabilidade civil do médico cirurgião, das cirurgias plásticas: tipos, risco inerente: dever de informação, dano moral e dano estético. Avalia ainda, se os serviços médicos relativos ao procedimento médico da cirurgia plástica é obrigação de meio ou obrigação de resultado.

Palavras-chave: responsabilidade civil; erro médico; cirurgia plástica;

1 INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo desta monografia analisa-se a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, levando-se em consideração noções históricas, tecendo considerações sobre os conceitos e aspectos legais relacionados à responsabilidade civil. Assinalando também os requisitos referentes à reparação de danos, a responsabilidade civil contratual e extracontratual, tipos de contratos e os possíveis erros, além da responsabilidade civil do médico cirurgião. No segundo capítulo, estuda-se a questão das cirurgias plásticas: tipos, risco inerente: dever de informação, dano moral e dano estético. No terceiro capítulo, avalia-se por fim, se os serviços médicos relativos ao procedimento médico da cirurgia plástica é obrigação de meio ou obrigação de resultado.

Segundo Miguel Kfoury Neto o Direito Civil, no que concerne a responsabilidade civil, passa a se preocupar cada vez mais com a pessoa ... “é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.”¹

“O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos... O dano, ou prejuízo, que acarreta a responsabilidade, não é apenas o material. O direito não deve deixar sem proteção as vítimas de ofensas morais”.²

Assim já que a responsabilidade civil faz parte do direito obrigacional, opinião corroborada pelo autor da citação acima, cabe saber se a responsabilidade civil do

¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 16.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: revista de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2 - 4.

médico cirurgião plástico é vista atualmente como obrigação de meio ou como obrigação de resultado.

A constatação de um aumento cada dia maior de ações indenizatórias, envolvendo profissionais da medicina é um tema que merece atenção e reflexão. No Brasil, essa tendência em pleitear indenizações, em virtude de erros médicos, não é tão grande como nos Estados Unidos da América, em que o número de demandas é muito grande e assustador. Os médicos americanos andam fazendo até mesmo seguros, visando garantir a satisfação de possíveis futuras indenizações em que os valores calculados são realmente muito altos. Naquele país mais da metade dos cirurgiões plásticos já responderam ou respondem por um processo dessa natureza.³

No Brasil existem atualmente 116 (cento e dezesseis) escolas de Medicina, e menos de 33% dos alunos conseguem residência médica. No ano de 2000, o MEC (Ministério da Educação e Cultura) obrigou a fechar, no mês de agosto, 5 (cinco) universidades, em razão de suas avaliações negativas.⁴

Para ser um cirurgião plástico no Brasil, o aluno deve passar pelos 6 (seis) anos de graduação, mais 2 (dois) anos de residência em cirurgia geral e mais (três) anos na residência em cirurgia plástica, ou seja, são onze anos dedicados ao estudo. Deve-se lembrar que não existe especialidade regional, ou seja, não existe cirurgião só de nariz, ou só de barriga, o que pode existir é a preferência do cirurgião em realizar essa ou aquela cirurgia.

Existe uma Confederação Mundial de Cirurgia Plástica que tem como representante no Brasil a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. É essa

³ SHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2003. p.14.

⁴ COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de direito médico: responsabilidade civil à luz do Código civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3 - 4

sociedade que responde perante o órgão máximo que é o Conselho Federal de Medicina, pela qualificação, formação, fiscalização e atualização dos cirurgiões plásticos brasileiros.⁵

Trata-se, então, de especialidade médica registrada e reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e pela Associação Médica Brasileira. O atrativo financeiro que essa área da medicina oferece é realmente tentador, mas acontece que, ao sair da faculdade de medicina, o médico está legalmente habilitado a fazer o que queira na área médica, apesar de essa prática ser eticamente incorreta.⁶

O crescente aumento de casos em que as intervenções médicas vão parar em cartórios judiciais se deve não somente à má qualificação de muitos profissionais, mas também ao aumento de informações que os populares recebem dos meios de comunicação, nos quais o erro médico tem um apelo sensacionalista.

Há que se lembrar que o sistema jurídico pátrio proíbe o enriquecimento ilícito e, sendo assim, as indenizações devem ser calculadas de forma a reparar ou compensar o dano físico ou moral concebido por uma falha médica, não sendo, no entanto, uma maneira de se enriquecer às custas de uma ação judicial, até mesmo, por esse não ser seu escopo. Essa deve ser medida pela extensão do dano e deve chegar a um valor que vise coibir de forma exemplar, para que tais fatos não se repitam e, ao mesmo tempo, satisfaça a dor física e/ou psíquica causada.

O médico tem o dever de atuar com consciência, dignidade e, acima de tudo, muito cuidado ao exercer seu ofício, utilizando-se de todos os meios conhecidos, até então, da ciência e da prática para ajudar seu paciente. Porém, aquele é acima de

⁵ Portanto, qualquer informação sobre cirurgia plástica está no site da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, disponível em: www.cirurgiaplástica.org.br. (N.A.).

⁶ Convém esclarecer que, ainda que haja um crescente no número de médicos sem especialização em atividade, o Brasil é referência mundial nessa área da medicina. Isso se deve a nomes como os de Ivo Pitanguy, Ronaldo Pontes, Paulo Muller e outros. (N.A.).

tudo um ser humano, e, sendo assim, falível. Portanto, não se pode esperar a cura ou a perfeição oriundas de toda intervenção médica.

O lado positivo que se pode perceber é que os pacientes têm buscado seus direitos, não admitindo erros grosseiros e graves, e os profissionais da medicina têm se esmerado cada vez mais e estão também mais cautelosos e atenciosos para evitar que um dia tenham que responder por um “erro” profissional seu em Juízo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

2.1 BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS

Sempre existiu a idéia de que os danos causados deveriam ser reparados. De acordo com Washington de Barros Monteiro; “a responsabilidade civil é um dos mais relevantes capítulos de toda a ciência jurídica e, o seu estudo tende a ocupar o centro do Direito Civil”.⁷

Não é, todavia, um instituto moderno, pois na antiguidade já se visualizava os seus primeiros traços, quando o dano provocava, via de regra, a imediata reação, brutal e instintiva do ofendido, sem quaisquer regras. Aqui temos que referir-nos obrigatoriamente à famosa Lei de Talião, do “olho por olho e dente por dente”.

Mais tarde, a vingança foi substituída pela composição, esta com natureza econômica voluntária a ser obrigatória e mediante tarifa própria, reportamo-nos, por exemplo, ao Código de Manu e à Lei das Doze Tábuas.

É, entretanto, com a Lei Aquília que se materializa um princípio regulador da reparação do dano, em bases mais racionais e lógicas, com o surgimento tímido da noção de culpa.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999; p. 395 v.5.

O Direito Francês, ao aperfeiçoar essas idéias, estabeleceu um princípio geral da responsabilidade civil, de forma mais nítida. Não eram mais enumerados os casos em que a reparação era obrigatória, havia certos princípios gerais estabelecidos a serem respeitados: o direito à reparação sempre que houvesse culpa, independentemente do grau, além da chamada culpa contratual.

A noção de culpa e suas distinções foram inseridas no famoso Código de Napoleão e, a partir daí, a idéia da responsabilidade civil baseada na culpa se espalhou pelas legislações de todo o mundo.

Evidentemente que, com o decorrer do tempo e com o progresso das sociedades e, concomitantemente do Direito, surgiram novas teorias da responsabilidade civil, com o objetivo de dar maior proteção a vítima.

Os profissionais da medicina sempre foram rigorosamente punidos, segundo dados da história, quando um erro seu era praticado em relação a seus pacientes.

Em tempos mais antigos, a medicina era exercida por pessoas que detinham o conhecimento através de ensinamentos passados de geração a geração, como é o caso de curandeiros, pajés, magos, sacerdotes, feiticeiros, boticários e, até mesmo, de bruxas, escravos, benzedeiras e barbeiros. Talvez, por esse motivo, é que as sanções aplicadas eram mais de cunho religioso do que penal.⁸

Quando se começou a punir pela obrigação de ressarcir de alguma forma a vítima ou seus familiares, confundia-se a responsabilidade civil com responsabilidade penal, pois percebiam sanções de caráter repressivo e punitivo.

Na medida em que as sociedades evoluíram, a distinção entre as responsabilidades civil e penal foram ficando evidentes. Individualizaram a pena

⁸ SHAEFER, op. cit. p.17.

somente a quem cometeu o ilícito, e surgiram também as noções de dano individual e social.⁹

Quanto à cirurgia plástica, essa não é uma intervenção nova, embora sua especialização o seja.

PLASTIKOS deriva do grego e significa formar, moldar, plasmar, reparar.

A cirurgia plástica teve sua origem na Índia antiga, onde era costume punir as mulheres adultas com a amputação do nariz, e havia uma casa em que se faziam reconstruções rudimentares de nariz. Aí começaram os interesses pela cirurgia plástica, que se expandiu para a Pérsia, Grécia, Arábia, Itália e França. Na Roma antiga, houve um retalho de avanço. No Egito foram encontrados papiros em que se descrevia a reconstrução de nariz.

Mas foi no século XX que o termo cirurgia plástica foi, pela primeira vez, utilizado, no inglês “plastic surgery”, por Nelaton e Omburdame.

Após a II Grande Guerra é que a cirurgia plástica surgiu como subespecialidade da cirurgia geral. Os muitos feridos que essa tragédia deixava contribuiu para que os médicos percebessem a necessidade de uma intervenção estética. O que também contribuiu para o aumento da procura por cirurgias plásticas foi a evolução da indústria de automotores, que teve como conseqüência o aumento de sinistros no trânsito.

Em 1930 foi criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Plástica Reparadora e Estética.

Para muitos, o conceito de saúde é a ausência de enfermidade ou doença, o que, obviamente, é um conceito ultrapassado. Hoje, no século XXI, saúde é a capacidade do indivíduo de ter condições de viver plenamente a sua vida social,

⁹ Idem.

conjugal, sexual, profissional, etc. A própria Organização Mundial de Saúde afirma ser a saúde um estado completo de bem-estar físico, mental e social.

O pai da psicanálise, S. FREUD, disse certa vez: “O ego humano é primordialmente o ego corporal”. Ou seja, nossa imagem é algo que internalizamos desde que nascemos. Percebemos como somos e notamos também as diferenças que o outro tem em relação a nós. Quando acontece algum fato que prejudica essa imagem, em qualquer fase da vida, isso se torna um problema, e, assim, a pessoa vai buscar satisfação na cirurgia plástica.

O que motiva alguém a procurar uma intervenção cirúrgica pode ser de caráter interno, por exemplo, a “orelha de abano”, um nariz muito grande ou até mesmo, no caso das mulheres, de mamas muito exuberantes, ou seja, problemas que incomodam. Pode ser de motivação externa também, como é o caso de uma pessoa querer salvar seu casamento em crise ou daquela que adoraria se parecer com uma estrela de cinema ou televisão.

Essas motivações podem gerar expectativas reais ou irreais, como é o caso daquele paciente que chega ao consultório e deseja ficar com o rosto de uma atriz famosa, tendo a natureza o feito como um homem de traços nada delicados.

Sendo assim, a cirurgia plástica tem como escopo ser um instrumento para a saúde, com aquele conceito social, afetivo, profissional, sexual, enfim, humano. Ela busca a auto-estima e não a vaidade ou o narcisismo.

Tal noção histórica foi exposta pelo cirurgião plástico Dr. Julio Wilson FERNANDES, que dissertou com propriedade sobre o assunto. Na mesma

oportunidade, a advogada Dr^a Hildegard Taggesell GIOSTRI também discorreu sobre o tema.¹⁰

2.2 CONCEITOS E ASPECTOS LEGAIS

A premissa moral de que todo o dano decorrente de um ato ilícito deve ser reparado pelo seu causador, deu surgimento à Teoria da Responsabilidade Civil, com os mais diversos e interessantes conceitos sobre ela, não existindo uma definição formal para tal instituto.

Para Caio Mário da Silva Pereira¹¹, responsabilidade civil é a imputação do resultado da conduta antijurídica e implica, necessariamente, a obrigação de indenizar o mal causado.

Maria Helena Diniz¹², conceitua responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Já o código civil brasileiro de 2002, nos seus artigos 186 e 187, definiu de maneira diversa ao Código de 1916, o que seria ato ilícito. De acordo com o Novo Diploma Legal, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral,

¹⁰ FERNANDES, Julio Wilson. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **O direito na cirurgia plástica**. Palestra realizada no dia 11 de outubro de 2005, no auditório John Henry Newman (Biblioteca Central) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; 1998. p. 420. v. 1.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva; 2003. p. 36. v. 7.

comete ato ilícito”.¹³ , bem como “o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.¹⁴

Esses artigos da citada lei de 2002, apenas conceituaram o ato ilícito. A obrigatoriedade da reparação do dano decorrente deste ato está no Título IX, Capítulo I, dessa lei e o art. 927, assim determina:” Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.¹⁵

2.3 REQUISITOS

Depreende-se, ao analisar os conceitos, que para que haja a obrigação de reparar, três requisitos são fundamentais. Primeiro, deve, haver um ato ilícito, uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, por omissão, negligência ou imprudência. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “é necessário que se comprove, de forma efetiva, o dano, a lesão a um bem jurídico, podendo ser de ordem moral ou material, patrimonial ou não”.¹⁶

Finalmente, deve-se verificar se existe um nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido, nas palavras do jurista Caio Mário da Silva Pereira: “...de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico”.¹⁷

¹³ ANGLER, Anne Joyce. (org). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2006. p. 200.

¹⁴ ANGLER, op. cit. p. 200.

¹⁵ Idem, p. 233.

¹⁶ PEREIRA, op. cit. , p. 30.

¹⁷ Idem. p. 11.

Entende, este mesmo doutrinador, todavia que, para o Direito, esses três requisitos não bastam. Para que haja responsabilidade civil, o autor do dano deve ser identificado e consistindo a responsabilidade civil na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma, compõem o binômio da responsabilidade civil a reparação e o sujeito passivo. Assim sendo, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

2.4 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O que impõe a obrigatoriedade da reparação? Em torno dessa questão, surgiram duas teorias, a subjetiva (clássica), ou da culpa e a teoria objetiva. Para a primeira, o fundamento da reparação do dano causado é a culpa, enquanto a segunda faz uma abstração desta.

A teoria da culpa satisfaz por muitos anos os doutrinadores e, ainda hoje, é bastante influente. Entretanto, mostrou-se insuficiente para suprir as necessidades criadas pela vida moderna, razão pela qual vem sendo contestada.

Essa teoria é incapaz, por exemplo, de resolver o problema da responsabilidade por fato de outrem.

Além do mais, conforme registra Washington de Barros Monteiro¹⁸, a teoria subjetiva é passível de crítica por três motivos: o conceito de culpa é por demais impreciso, a vida moderna cria cada vez mais casos de responsabilidade sem culpa e, por fim, porque traduz o individualismo jurídico, fonte de tantos males.

¹⁸ MONTEIRO, op.cit. , p. 398.

Em virtude de tais falhas, nasceu a teoria da responsabilidade objetiva, que se funda na equidade, apresentando-se sob duas formas: a teoria do risco e a do dano objetivo. Ambas, expressamente citadas, no art. 927, parágrafo único do Código Civil – “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.¹⁹

Antes, porém, do estudo das teorias, faz-se necessário, para uma melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil, que se diferencie a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

A responsabilidade civil contratual é a que provém da falta de cumprimento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação ou de um dever jurídico especial.

É essencial que haja a violação de uma obrigação em sentido técnico, podendo a obrigação infringida resultar de contrato, negócio jurídico unilateral ou diretamente da lei, existindo uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida.

Há, portanto, um vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, quando este, pratica o ato ilícito.

Segundo Silvio Rodrigues²⁰, ocorre a responsabilidade contratual quando alguém descumpre uma obrigação contratual, pratica um ilícito contratual e seu ato provoca reação da ordenação jurídica, que impõe ao inadimplente a obrigação de reparar o prejuízo causado.

¹⁹ ANGLER, op. cit. , p. 233.

²⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** \ parte geral\ . 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 300. v. 1.

No código civil de 2002, a responsabilidade contratual passa a ser regulada pelos artigos 395 e 389:

“Art. 395 – Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, exigir a satisfação das perdas e danos”.²¹

“Art. 389 – Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado”.²²

Ampliou-se com o Novo Código Civil a responsabilidade pelo descumprimento de uma disposição contratual já que foram acrescentados os juros, a correção monetária e os honorários de advogado à já existente responsabilidade por perdas e danos.

Quanto ao ônus da prova, o credor só está obrigado a demonstrar o descumprimento da prestação. O devedor só conseguirá se esquivar da responsabilidade pela reparação do dano se provar a ocorrência de uma das hipóteses excludentes admitidas em lei, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima o caso fortuito ou a força maior, a ele incumbindo o ônus da prova.

2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é aquela resultante da violação de um dever genérico de abstenção ou de um dever jurídico geral, como aqueles que correspondem aos direitos de personalidade.

Inexiste, neste tipo de responsabilidade, um vínculo jurídico anterior entre as partes, surgindo, este, no momento em que o ato ilícito é perpetrado.

²¹ ANGLER, op. cit. , p. 210.

²² Idem.

Maria Helena Diniz, conceitua a responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana como: “a resultante de violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado”.²³

Esse tipo de responsabilidade está previsto nos artigos 186, 187 e 942 do código civil brasileiro.

Em regra geral, a responsabilidade extracontratual está fundada na culpa, o lesado deverá demonstrar, para que obtenha reparação do dano sofrido, que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Pode, entretanto, abranger a responsabilidade sem culpa, ou objetiva, baseada na idéia do risco.

Assim, duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual: a subjetiva e a objetiva, a primeira ligada à culpa e a segunda ao risco.

2.7 TIPOS DE CONTRATOS E OS POSSÍVEIS ERROS

A relação médico–paciente é, sem dúvida, contratual, sendo extracontratual somente por exceção, quando, por exemplo, uma emergência para atender pessoas em estado grave ou inconscientes.

Explica Humberto Theodoro Junior que: “É possível que o médico venha a incorrer em responsabilidade extracontratual, pois pode acontecer que a prestação profissional ocorra em situação de emergência, sem que antes tenha havido qualquer acordo de vontades entre o paciente e o facultativo.”²⁴

²³ DINIZ, op. cit. , p. 460.

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.114

Porém, mesmo considerando que a relação entre médico e paciente é, via de regra, contratual, para alguns autores isto não significa dizer que a culpa do primeiro é presumida, como se verá mais adiante.

Apesar de situada no capítulo da liquidação dos danos decorrentes de atos ilícitos, por uma imprecisão da lei, não parece haver motivo maior para haver divergência sobre a responsabilidade médica poder ser extracontratual, haja vista a maioria da doutrina entender que a responsabilidade do médico é, via de regra, contratual. Tal entendimento – de que se trata de relação contratual – baseia-se em que sempre o objeto do pacto entre médico e paciente será lícito, sendo, por exceção, extracontratual, o que se dá nas hipóteses em que pode ocorrer o ilícito.²⁵

Quanto à exceção, conclui Roberto Wider que “a relação do médico (cirurgião plástico) e o paciente, em alguns casos pode ser extracontratual, e mesmo nessas hipóteses, impõe-se a inversão do ônus da prova, considerando a hipossuficiência deste, que pode ser econômica ou técnica, frente àquele.”²⁶

Muitos doutrinadores nacionais acreditam que ambas têm a mesma natureza de culpa, o que as diferencia é o caráter secundário, técnico ou acidental. E, em assim sendo, quando se fala em responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, é o reclamante que detém o ônus da prova e é ele quem deve apurar o dano, mostrar a infração e, conseqüentemente, o nexo de causalidade. Faz-se imprescindível invocar o dever negativo, ou seja, demonstrar que não era seu o dever, o que se faz comprovando a atividade antijurídica e seu reflexo na esfera jurídica do lesado.

²⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.p.187.

²⁶WIDER, Roberto. Responsabilidade civil médica: cirurgia plástica **Revista da EMERJ**. v.5, n.20, 2002, p.140.

Mostrando em seqüência a existência de uma norma de comportamento, qual seja, o dever de não causar dano, de não lesionar e a infração a essa norma.²⁷

Portanto, na modalidade extracontratual, ou aquiliana, ao autor da ação de danos cabe provar o dolo ou culpa *strictu sensu* do réu, ou seja, a imprudência negligência ou imperícia.²⁸

O ônus da prova é invertido na responsabilidade contratual. Cabe ao credor somente colher e levar a prova do descumprimento do acordado, que já é o suficiente. Fernanda Shaefer ainda argumenta que:

“Há presunção de contrato preexistente, do dever de adimplir, do dano e do nexos causal, restando ao faltoso apenas a possibilidade de provar que a razão do descumprimento foi lícita ou demonstrar que houve culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou alguma outra excludente de responsabilidade”.²⁹

Como na responsabilidade contratual existe a livre iniciativa de contratar quem e o que bem entender, ou seja, objeto (conteúdo) e partes contratantes, haverá então a coexistência do princípio da obrigatoriedade e da irreversibilidade unilateral do contrato. Se ficar demonstrada a inadimplência, resta àquele que o fez responder pelo desequilíbrio econômico-contratual.³⁰

O *pacta sunt servanda* e a teoria da boa-fé objetiva podem ser aplicados nesse contrato entre médico e paciente, já que ambos os contratantes conhecem os riscos abertamente.

Percebe-se, dessa maneira, que o não cumprimento desse dever de informação e a ausência do consentimento do paciente, quando não expressamente avençado, podem dar lugar a uma indenização.

²⁷ SHAEFER, Fernanda. op. cit. , p.29

²⁸ TEIXEIRA, op. cit. , p. 187.

²⁹ SHAEFER, Fernanda. op. cit. , p.30.

³⁰ SHAEFER, op. cit., p.30.

Quanto à natureza dessa avença, não há consenso na doutrina, nem na jurisprudência. Permanece, assim, a dúvida se tal contrato é típico, nominado, ou, ainda, *sui generis*.

Miguel Kfouri Neto expõe sua opinião: “As principais correntes doutrinárias, entre nós, assemelham o contrato médico a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inominado ou contrato multiforme.”³¹

Parece que a maioria doutrinária vem apontando para a natureza *sui generis*, inominada ou atípica.

Em verdade, a análise da natureza contratual só traz importância prática em relação ao profissional e seu paciente se entendermos a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado. Em se tratando de obrigação de meio, é ao paciente prejudicado que incumbe o ônus da prova, quer seja na responsabilidade delitual (falta de atenção, diligência e cuidados), quer seja na responsabilidade contratual. Se se tratar de obrigação de resultado, basta ao autor demonstrar o inadimplemento, e ao réu, uma excludente de responsabilidade.³²

Ver-se-á mais adiante que existe certa parte dos operadores do direito que acreditam existir algumas intervenções médicas com característica de obrigação de resultado.

Quanto ao erro médico, Hildegard Taggesell Giostri o define da seguinte maneira:

“Erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional. Às vezes, é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta, ou por não deixar seqüelas, passa despercebido ao cliente. Todavia,

³¹ KFOURI NETO, op. cit., p.72

³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.140.

quando da ação ou da omissão do profissional advier um dano ao paciente, com o claro e indispensável nexos de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado”.³³

Hildegard Taggesell Giostri elenca os principais erros possíveis dentro da relação médico–paciente. São eles: erro profissional, erro médico, insucesso, erro de diagnóstico, erro de conduta, erro grosseiro e erro do paciente.

O erro profissional também é chamado de escusável. É aquele que não depende somente do profissional, e sim do estado em que se encontra o avanço tecnológico da ciência médica, das limitações da medicina. Se o cirurgião fez bom uso das técnicas disponíveis no momento ele estará diante de um erro escusável. Portanto, o erro escusável é aquele que independe tanto do médico quanto do paciente. Ele ocorreria de qualquer forma, mesmo se utilizando de todo o profissionalismo e cautela, diferentemente do que ocorre com o erro inescusável, em que se poderia alcançar o resultado esperado, não fosse a ausência de atitudes de precaução e cautela da parte do profissional. Ou seja, o dano poderia ser evitado.³⁴

Maria Leonor de Souza Kuhn lembra os casos de falhas em equipamento de diagnóstico, que, mediante interpretação extensiva, podem servir também em casos de falhas de equipamentos cirúrgicos:

“No caso de falha de equipamento de diagnóstico, pode-se atribuir a responsabilidade ao médico que utiliza o equipamento, cabendo ação de regresso contra o construtor ou revendedor do aparelho. Isto se o médico for profissional liberal, pois sua situação é diferente nos caso de trabalhar em uma estrutura pública, utilizando equipamentos que estão sob a responsabilidade de terceiros”.³⁵

³³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999. p.136.

³⁴ GIOSTRI, **Erro médico...** op. cit. p. 136.

³⁵ KUHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente**. São Paulo: Manole, 2002. p 86

Já o insucesso é um fracasso que não deriva de culpa do médico nem do paciente, mas, sim, de causas orgânicas que não tem relação com os cuidados do paciente no pós-operatório, nem com a habilidade do profissional antes e depois do ato cirúrgico.³⁶

O erro de diagnóstico também pode ser dividido em evitável e inevitável. Este último diz respeito a causas que não possibilitam responsabilizar o profissional, como comentado nos parágrafos anteriores, seja devido ao estágio em que se encontra a tecnologia e a medicina, seja pelas informações prestadas pelo paciente e até pelos inúmeros males ainda não catalogados que, porventura, impeçam o médico de chegar a um diagnóstico preciso.

Fernanda Shaefer elenca alguns erros comuns de diagnósticos:

“A operação de cesariana realizada em mulher com gravidez psicológica; diagnosticar como simples indisposição um acidente vascular cerebral, quando o paciente já sofria de problemas cardíacos graves e tinha colesterol altíssimo; tratar uma arterite química como se fosse fratura; proceder à intervenção cirúrgica em caso de litíase ureteral, pensando ser apendicite, sem realizar exames prévios básicos; aplicar tratamento de uma doença que o paciente não tinha e não tentar descobrir qual era a enfermidade que o acometia; diagnosticar de forma leviana ou inexata, quando os exames indicam claramente a existência de outra moléstia; diagnosticar AIDS, quando na realidade as amostras de sangue foram trocadas etc”.³⁷

O erro de diagnóstico evitável é que gera uma obrigação de ressarcir o eventual dano ao paciente, pois, neste caso, o profissional detinha todos os instrumentos possíveis para acertar no diagnóstico e não tomou as medidas providenciais e as devidas precauções que seriam cabíveis e que qualquer outro profissional da medicina posto no seu lugar teria tomado.

³⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A responsabilidade médico-hospitalar e o código de defesa do consumidor. In: Capaverde, Aldaci do Carmo; Conrado Marcelo (org.) **Repensando o direito do consumidor**. Curitiba: OAB/PR, 2005, p. 166.

³⁷ SHAEFER, op. cit., p.68.

Ocorre o erro de conduta quando o médico percebe, pelos exames ou pelo tratamento, que o paciente não está obtendo o resultado desejado e, mesmo assim, não tenta procurar uma via alternativa, seja submetendo-o a um novo tipo de tratamento, seja indicando profissional de outra área, ou, até mesmo, pedindo novos testes. Enfim, demonstrar interesse por nova conduta que vise ao benefício de ambos.

O erro culposo difere-se do erro grosseiro na medida em que, neste último, não se faz necessário o parecer de um *expert* da área para se verificar a culpa do médico, pois qualquer indivíduo consegue notar o erro. O melhor exemplo para se entender tal erro é quando há no hospital alguém internado com problemas na perna direita e tem sua perna esquerda sadia amputada.

Já o erro do paciente é quando este se demonstra insatisfeito com o fim do tratamento por ter criado uma expectativa muito grande ou fantasiosa sobre o resultado final, “face ao que a medicina pode proporcionar, ao que o seu médico pode fazer e ao tipo de resposta que seu organismo pode dar”.³⁸

Para Sálvio de Figueredo Teixeira:

“O que muitas vezes se considera *erro*, na verdade, é *acidente* ou *complicação*. *Acidente* é a ocorrência não esperada, mas previsível. Não há distinção ontológica entre acidente na Medicina e acidente no trânsito. Não se espera, não se deseja, mas é previsível que possa ocorrer. *Complicação* é o surgimento de nova condição mórbida no decorrer de uma doença, resultante ou não da mesma causa”.³⁹

³⁸ GIOSTRI, **A responsabilidade médico...**, op. cit., p.167.

³⁹ TEIXEIRA, op. cit., p.195.

2.8 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

Antes de tudo cumpre transcrever o artigo 927, *caput*, do Código Civil em vigor: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁴⁰.

O Novo Código Civil não afastou a teoria subjetiva consubstanciada no revogado Código de 1916. Agora a matéria é trazida pelos artigos 186 e 951 do novo diploma legal.

“Tem-se então que aquele que, no exercício da atividade profissional, por imprudência, negligência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho comete ato ilícito e, portanto, está sujeito a indenização. Esse é o respaldo legal que gera a obrigação de indenizar do médico”.⁴¹

Ou seja, percebe-se, ainda hoje, que a responsabilidade do profissional cirurgião em indenizar está na demonstração da culpa. Cumpre lembrar, no entanto, que o magistrado pode, com base no artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, inverter o ônus da prova quando ficar provada a hipossuficiência da parte, que, segundo alguns entendimentos jurisprudenciais, pode ser de caráter material, cognitivo-social ou intelectual, ou quando for verossímil a alegação.⁴²

Há, todavia, autores que discordam da inversão do ônus da prova em processos em que se verifica a culpa médica, como Miguel KFOURI NETO, que afirma ser “... equívoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face de médicos,

⁴⁰ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o código civil. Publicado no DOU de 11.01.2002. In: FIGUEIREDO, Antônio Carlos. **Vade-mecum Acadêmico da Legislação Brasileira**. São Paulo: Primeira impressão, 2006.

⁴¹ FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? **Revista dos Tribunais**, ano 86, n. 738, p.83 Abr. /1997.

⁴² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica** : as obrigações de meio e de resultado, avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2001. p.184.

autorizar a inversão do ônus da prova, o que se faz de costume, com respaldo no art. 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor”.⁴³

Hildegard Taggesell GIOSTRI diferencia os casos de inversão ou não do ônus da prova, partindo das obrigações de meio e de resultado para chegar à responsabilidade objetiva:

- “a) Obrigação de meio – ônus da prova é do autor;
- b) Obrigação de resultado – há a inversão do ônus da prova, mas sem que isso represente presunção de culpa;
- c) Responsabilidade subjetiva – a culpa há que ser provada (ônus do autor); se houver a inversão do ônus da prova, não se caracterizaria presunção de culpa, pois esta inversão pode estar alicerçada apenas e tão somente na hipossuficiência da parte e não na suposição de culpa do profissional; ou, ainda, a inversão pode estar alicerçada na dúvida do julgador, que não só pode inverter este ônus, como dispensá-lo;
- d) Responsabilidade objetiva – a culpa nessa modalidade de responsabilidade é de tal maneira presumida que já está embutida, sendo simplesmente dispensada de ser provada: - ela prescinde o elemento culpa (responsabilidade objetiva irrestrita), para impor o dever de indenizar, porque vem embasada na teoria do risco”.⁴⁴

Dessa forma, a responsabilidade civil necessita de dois ou mais sujeitos e culmina numa obrigação de reparação de danos, que pode ser definida pela culpa ou por definição legislativa.

Esclarece Silvio de Salvo Venosa:

“No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de Ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor”.⁴⁵

⁴³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002 p.151

⁴⁴ GIOSTRI, op. cit., p.157 - 158.

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.12. v. 4.

A lei, portanto, prevê hipóteses de responsabilidade objetiva, ou sem prova de culpa. Como explicita o parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁴⁶

Na responsabilidade objetiva, a culpa do agente é presumida pela lei ou sua demonstração não se faz necessária para que este se obrigue a reparar os danos causados. Sendo assim, em ações de responsabilidade objetiva deve apenas o autor provar que a ação ou omissão do réu resultou o dano.

Miguel Kfoury Neto sintetiza: A responsabilidade objetiva é presumida e, nela, não se cogita de culpa, por isso transfere-se ao causador do dano o ônus de provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, circunstâncias que arredam o nexo de causalidade, visando a eximir-se da obrigação de indenizar.⁴⁷

A Carta Magna consagrou a teoria objetivista no seu art. 37, parágrafo 6.º, mas, como já dito, aplica-se somente a casos específicos, como nos artigos 43, 929, 930, 937 e 938 do Novo Código Civil.

É com base na responsabilidade objetiva que um cidadão que quebrou a perna num bueiro mal conservado da cidade vai pedir indenização à Prefeitura, pois, a manutenção dos bueiros é responsabilidade do Estado. Cabe inclusive cumular danos morais com materiais.

Lembre-se que, nas cirurgias plásticas reparadoras, é difícil visualizar presunção de culpa ou de responsabilidade objetiva do médico, em caso de piora ou morte do paciente, porque, muitas vezes este chega ao hospital em situação muito

⁴⁶ BRASIL. **Novo código civil brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.p.267

⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual, à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: RT, 2003. p. 62.

complicada, fazendo do ato cirúrgico a única tentativa para reverter o quadro clínico precário.

Cumpre trazer algumas teorias objetivistas que podem ser vistas aplicadas na jurisprudência pátria, como a teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura. Tal teoria deriva do direito francês, "*perte d' une chance*", surgida por volta de 1965.⁴⁸

Fernanda Shaefer define muito bem a referida teoria:

“É uma teoria desenvolvida na França que caracteriza a perda de uma chance como um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade. Admite-se, portanto, a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão comprometa as chances de vida ou de integridade do paciente”.⁴⁹

Nesta teoria entende-se que o agir do médico, seja por omissão ou por ato comissivo, diminui as chances da cura desejada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aplicou, recentemente (2004), a referida teoria num julgado de apelação cível e reexame necessário, em que se verificou a culpa do médico e a responsabilidade objetiva do município de Ponta Grossa por contribuir com a morte de uma paciente queixosa de dores no peito, no pronto socorro da cidade, mantendo a sentença *a quo* de danos morais devidos.

Figurou como relator Pericles Bellusci de Batista Pereira, e como revisor Waldomiro Namur.

O acórdão nº 24.916, da 1.ª Câmara Cível, tem a seguinte ementa:

Ementa: Responsabilidade civil. Pronto socorro municipal. Morte de paciente. Atendimento inadequado. Culpa comprovada. Perda de uma chance. Danos morais devidos. O município é responsável pelo ressarcimento dos danos morais perpetrados por médico que, na qualidade de agente público de pronto socorro municipal, não fornece atendimento adequado a paciente que

⁴⁸ WIDER, op. cit., p.126.

⁴⁹ SHAEFER, op. cit., p. 75.

apresenta fortes dores no peito, e logo após vem a falecer por infarto agudo do miocárdio. Para o caso, revela-se manifesta a culpa do médico que, agindo negligente e imprudentemente, contribui para a perda de uma chance de sobrevivência da paciente. Recurso não provido. Sentença mantida.⁵⁰

Percebe-se, assim, que não se faz necessária a convicção da culpa, a obscuridade, a dúvida. Basta, pois, não ter atendido ou dado ao paciente todas as chances que poderia de sobrevivência, isso já é o suficiente. O profissional da medicina tem o dever jurídico de atuar obstruindo a consequência natural da fragilidade do paciente.

A teoria retro exposta dá margem a muitas críticas, da magistratura à advocacia, pois, em muitos casos, a solução da lide é dificultada pelos muitos laudos controversos e colidentes. O magistrado não tem preparo, nem condições técnicas, e muito menos poder-se-á exigir que os tenha. Conseqüentemente, irá se apoiar em “juízos” emitidos pelos *experts* da área. Ocorre, portanto, ser possível que não se garanta a aplicação do princípio da segurança jurídica, se ao juiz em dúvida se permitisse emitir sentença condenatória.⁵¹

A responsabilidade objetiva traz ainda as noções do chamado risco-proveito, ou seja, quem exerceu o ato que causou dano e dele absorveu proveito deve indenizar. A dificuldade está em evidenciar o risco proveito da atividade. Há ainda o chamado risco criado, pois, pelo fato de agir no seu meio, o ser humano cria riscos para a sociedade, gerando, portanto, a obrigação da reparação do dano.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão n.º 24.916 1.º Câmara Civil Responsabilidade objetiva do município. Morte Médico – omissão. Teoria da perda de uma chance. Danos morais. Cabimento. Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira. **Diário da Justiça do Estado** 30/11/04.

⁵¹ WIDER, op. cit., p.126.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.17. v. 4.

2.9 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO-CIRURGIÃO

Qualquer tipo de intervenção médica pode gerar dano ao paciente. Porém, o objetivo do médico é, por óbvio, a cura ou o melhor resultado possível. Os profissionais liberais têm, portanto, em regra, responsabilidade subjetiva.

O Código de defesa do consumidor estabelece que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços.⁵³

Contudo, o referido diploma legal, no artigo 14, § 4.º, prevê uma exceção dessa responsabilidade: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.⁵⁴

Constata-se, portanto, que o paciente enquadra-se no conceito de consumidor, consoante art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, que diz: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.⁵⁵

E o médico se enquadra na definição de fornecedor, expresso no art. 3.º do mesmo *codex*: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”⁵⁶

Cabe salientar que o serviço prestado é remunerado, encaixando-se na hipótese prevista no parágrafo 2.º do mesmo artigo mencionado.

⁵³ GIOSTRI, **Erro medico...** op. cit., p.106.

⁵⁴ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.58

⁵⁵ *Ibid.*, p.5.

⁵⁶ SILVA, op. cit., p.9.

Roberto Wider confirma que “a responsabilidade civil do cirurgião plástico é de natureza subjetiva e baseada na culpa. A culpa, como tal caracterizada, ainda que “levíssima” é condição suficiente para estabelecer a obrigação de indenizar. Caberá sempre ao médico (cirurgião plástico) fazer a prova da ausência de sua culpa ou de dano indenizável.”⁵⁷

A responsabilização dos profissionais liberais, prescindindo a existência de culpa, justifica-se pelo caráter *intuito personae* dos serviços por eles prestados, dada a existência de confiança e escolha do próprio cliente.

Sendo a responsabilidade dos profissionais da medicina subjetiva, cumpre àqueles que pretendem o ressarcimento demonstrarem a culpa *stricto sensu* por meio da prova de imprudência, negligência ou imperícia, bem como do nexo causal.

Imprudência, negligência e imperícia, nas palavras de Plácido e Silva:

Imprudência:

“... na terminologia jurídica, possui uma acepção própria, que distingue de outros vocábulos, compreendidos na classe das imprevisões, tal como negligência.

Assim resulta da imprevisão do agente ou da pessoa, em relação às conseqüências de seu ato ou ação, quando devia e podia prevêê-las.

Funda-se, pois, na desatenção culpável, em virtude da qual se ocorreu um mal, que podia e deveria ser atendido ou previsto pelo imprudente.”⁵⁸

Negligência:

“A negligência, evidencia-se pela falta decorrente de não se acompanhar o ato com a atenção com que deveria ser acompanhado. É a falta de diligência necessária à execução do ato. Nesta razão a negligência implica na omissão ou inobservância de dever que competia ao agente, objetivando nas precauções que lhe eram ordenadas ou

⁵⁷ WIDER, op. cit., p.140.

⁵⁸ SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. forense, Rio de Janeiro: 2000. p.417.

aconselhadas pela prudência e vistas como necessárias, para se evitar males não queridos e evitáveis”.⁵⁹

Imperícia:

“... a falta de prática ou ausência de conhecimentos, que se mostram necessários para o exercício de uma profissão ou de uma arte qualquer. A imperícia assim se revela na ignorância, como na inexperiência ou inabilidade acerca da matéria, que deveria ser conhecida, para que se leve a bom termo ou se execute com eficiência o encargo ou serviço, que foi confiado a alguém.

... A imperícia é erro próprio aos profissionais ou técnicos, de cuja inabilidade se manifestou. Ou de todo aquele que se diz hábil para um serviço e não o faz com habilidade, que seria mister, porque lhe falecem os conhecimentos necessários.

A imperícia conduz o agente à culpa, responsabilizando-o civilmente ou criminalmente, pelos danos que sejam calculados por seu erro ou falta”.⁶⁰

A imperícia, na opinião de autores como Aníbal Bruno e Genival Velloso de França, não deve ser atribuída ao médico habilitado legalmente, já que este passou por uma escola de medicina e detém um diploma que lhe confere a legalidade da profissão. Pode-se cogitar a idéia de erro escusável quando há, por exemplo, um erro de diagnóstico e o doutor aplicou todo seu zelo e conhecimento.⁶¹

Para Silvio Rodrigues, existem graus de culpa, a partir de uma divisão tradicional.

Divide-se a culpa em grave, leve e levíssima.

“A culpa grave é a decorrente da imprudência ou negligência grosseira, como a do motorista que dirige em excesso de velocidade, atravessa um sinal de trânsito fechado. Costuma-se dizer que a culpa grave ao dolo se equipara. A culpa leve é aquela na qual um homem de prudência normal pode incorrer. E a culpa levíssima é aquela da qual mesmo um homem de extrema cautela não poderia deixar de escapar”.⁶²

⁵⁹ SILVA, op. cit., p.553.

⁶⁰ Ibid, p.412.

⁶¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Vol.I, t.2, p. 472. FRANÇA, Genival Velloso de. **Direito médico**. 2. ed. São Paulo: Fundo editorial Byk-Prociencx, 1978. p.137 Apud. MAGRINI, Rosane Jane. **Médico** – cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. RT. Ano 92, março de 2003. p.148 - 149. v. 809.

⁶² RODRIGUES, op. cit., p.150-151.

Existem autores que ainda classificam a culpa em outras modalidades. STOCO define culpa *in eligendo*, *in vigilando*, *in comitendo* e *in omittendo*.

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

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

Verifica-se a culpa “in comitendo”, quando o agente pratica ato positivo (imprudência) enquanto a “in omittendo” decorre de abstenção”.⁶³

Além da culpa *strictu sensu* ou do dolo do agente, há que se demonstrar a ocorrência do nexu causal, ou seja, a lógica da causa e efeito entre o evento danoso e o resultado deste.

Na relação entre o fato e o dano, a vontade do agente pode ou não estar presente. Não há relevância em tal verificação, na medida em que o que se busca comprovar é somente a culpa determinante do sujeito em causar o dano.

Ocorre que, na maioria das vezes, o paciente pouco ou nada entende sobre o tratamento ou sobre os atos em geral praticados pelos médicos, e o magistrado também não tem obrigação de ser entendido no assunto. Isso faz com que a perícia seja absolutamente necessária para o deslinde do caso. Ocorre que o perito é, geralmente, colega do ora causador do dano, o que pode impedir que essencial imparcialidade venha a tona.⁶⁴

E mais, pode ocorrer de os *experts* chamados ao processo entrarem em controvérsia ao elaborar pareceres, deixando dúvidas no espírito do julgador e complicando o desfecho da causa. Por isso, há quem rotule, generalizando, os

⁶³ STOCO, Rui.. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 44.

⁶⁴ WIDER, op. cit., p.126-127.

profissionais da medicina, considerando fatos como esses somados à impunidade vista nos conselhos, de “máfia de branco.”⁶⁵

A esse respeito ainda Antonio Ferreira Couto Filho:

“No caso do erro médico cria-se muitas vezes, a falsa impressão de que os órgãos de classe ou não julgam adequadamente os erro ou os escondem, em atitude corporativista. É bom lembrar que o médico, diferentemente do cidadão leigo, quando comete erro, é passível de julgamento em dois tribunais: o da classe médica (Conselho de Medicina) e o da Justiça Comum. A pena, aliás, é mais grave para o profissional do que para o cidadão leigo. O médico não é, pois, acobertado nem julgado apenas pelos médicos, em suposta atitude da “máfia de branco”; está sujeito à normatização tanto do Código Penal quanto do Código Civil”.⁶⁶

Existem algumas situações em que se pode excluir a responsabilidade civil do médico, ou seja, nestes casos, geralmente, exclui-se a ilicitude penal por serem fatos atípicos ou de exclusão de antijuridicidade, sendo improcedente o pedido indenizatório.

Fernanda Shaefer elenca os principais casos. São eles: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular do direito — estes três primeiros pode ser observados no Código Penal (artigos 23 a 25) —, o fato da vítima exclusivo ou concorrente, o fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito ou força maior, a renúncia à indenização, o erro e ignorância e a cláusula de não indenizar e, por óbvio, quando da ausência do nexo de causalidade .⁶⁷

O fato da culpa exclusiva da vítima resolve-se pela ausência de nexo causal, já a culpa concorrente gera uma responsabilização dividida de maneira proporcional. O fato exclusivo de terceiro é também chamado de “causa estranha”, e, quando provada a não-existência do nexo de causalidade, isenta de responsabilidade.

⁶⁵ MAGRINI, op. cit., p. 143.

⁶⁶ COUTO FILHO, op. cit., p. 27.

⁶⁷ SHAEFER, op. cit., p. 48-51.

Aquele paciente que não segue as orientações do médico no pós-operatório pode perfeitamente exemplificar essa excludente de responsabilidade.⁶⁸

O caso fortuito ou força maior têm certa distinção para alguns autores, apesar de na prática ambas situações demonstrarem um fato imprevisível oriundo da natureza, cujos efeitos não eram possíveis de se evitar ou impedir, mesmo que previsível. Observa-se aqui que houve uma relação direta entre o fenômeno natural e o resultado danoso e que qualquer pessoa posta em lugar do médico não teria como evitar. Tanto um como outro isentam o agente acusado de responsabilidade. Há também quem as chamem de teoria do infortúnio.⁶⁹

Humberto Theodoro Júnior lembra que:

“O nexa causal, por sua vez, pode ser destruído pela prova de caso fortuito, ou de culpa exclusiva da vítima. Se, porém, com o caso fortuito ou com a culpa do ofendido concorreu, também, a culpa do médico, não se isentará ele do dever de indenizar. A redução será apenas reduzida em seu quantitativo”.⁷⁰

Para ilustrar tais fatores aleatórios que podem excluir a responsabilidade civil, Rui Stoco cita alguns casos em que o surgimento de quelóides (cicatrizes) são mais freqüentes:

- a) Raça de origem: O tipo de pele dos indivíduos de raça negra e amarela é mais suscetível de manifestar cicatrizes hipertróficas do que caucasianos;
- b) Hereditariedade: Embora os estudos sejam ainda inconclusivos, existem alguns grupos de indivíduos com acometimento severo e história familiar positiva;
- c) Idade: em um mesmo indivíduo a tendência ao quelóide pode estar presente em uma certa idade e, posteriormente, ficar atenuada ou desaparecer;
- d) Fatores locais: As regiões mais propensas à hipertrofia cicatricial são as peitorais, deltóides e face, sendo comum o surgimento de quelóides nas perfurações das orelhas. Mostra-se também comum a coexistência, numa mesma região, de quelóides e cicatrizes finais. Aliás, a mesma cicatriz pode apresentar segmentos normais e hipertróficos intercalados;
- e) Tensão entre os bordos da ferida;
- f) Ocorrência de infecção local;

⁶⁸ GIOSTRI, **Erro médico...** op. cit. p.200/201.

⁶⁹ VENOSA, op. cit., p. 42.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 127.

g) Suturas muito apertadas: hipótese em que surgirão áreas de necrose”.⁷¹

Convém lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não traz essas excludentes no seu texto. Contudo, tal alegação já foi admitida no Superior Tribunal de Justiça.

Já a renúncia à indenização resolve a obrigação por extingui-la, mas ainda perdura a responsabilidade penal. É um ato personalíssimo, intransferível, unilateral, irrevogável e não muito recomendável.

Uma discordância entre autores ocorre quando envolve a chamada cláusula de não indenizar. A validade dessa cláusula parece não ser muito aceita pela maioria dos doutrinadores. Alguns entendem que, em havendo mútuo consentimento e vantagens para ambas partes e não contrariando o ordenamento jurídico, pode ser considerada válida, isentando a responsabilidade civil sem, contudo, excluir a responsabilização penal.⁷²

Parece que, na maioria dos casos, existe um vício de consentimento do paciente, pois tal cláusula é freqüentemente imposta ao paciente, tendo em vista que em inúmeras vezes obrigam-no a assinar documentos que isentam da responsabilidade civil as instituições e médicos antes da intervenção médico-hospitalar. No momento em que concorda com a referida cláusula, o paciente está, em regra, com sua capacidade de discussão muito reduzidas, uma vez que busca realizar, por ser do interesse de sua própria saúde, o quanto antes o atendimento médico.

Para Maria Helena Diniz, “a cláusula de não indenizar, isto é, a limitação convencional da responsabilidade, não poderá eximir o dolo do estipulante e, além

⁷¹ STOCO, op. cit., p. 286.

⁷² VENOSA, op. cit., p.51.

disso, ela só seria eficaz se correspondesse a uma vantagem paralela em benefício do outro contratante”.⁷³

Mas, como já dito, a maior parte dos operadores do direito entendem ser uma cláusula abusiva por impedir o lesado de buscar seu direito na esfera do judiciário, direito esse garantido constitucionalmente e que não pode ser alterado pelo elemento volitivo contratual. Sendo assim, trata-se de cláusula nula de pleno direito com base nos artigos 25 e 51 do Código de Proteção e Defesa do consumidor.

Veja-se: Art.25 “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores”.⁷⁴

E o art. 51 enumera as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços declaradas nulas de pleno direito. Entre essas, convém destacar os incisos:

“I – impossibilitem, exonerem, ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor
XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias”.⁷⁵

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.108.

⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 88.

⁷⁵ SILVA, op. cit., p.171.

3 CIRURGIAS PLÁSTICAS

3.1 TIPOS

A diferença entre cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora tem relevância na ciência do direito na medida em que a natureza jurídica da obrigação pode ser diversa em cada uma dessas situações.

Na cirurgia estética, o que se busca é uma correção naquilo que o paciente julga ser uma imperfeição da natureza, mas que não chega a ser um problema de saúde perante o conceito de doença. Todavia, pode suscitar um problema de ordem psicológica, com a possibilidade de acarretar problemas de saúde, como a depressão psíquica.

A cirurgia estética tem para o paciente uma relevância no âmbito psicológico.

Na primeira modalidade, o paciente busca uma melhora na aparência, o que não deixa de acontecer na segunda, mas nesta última há uma vontade de corrigir lesões ou defeitos congênitos adquiridos.

Lembra Hildegard Taggessell Giostri:

“Os enxertos reparadores em pacientes com deformidade cicatricial, especialmente os queimados, a correção de lábio leporino ou de fissura palatina, as osteotomias de recomposição plástica após consolidação viciosa, as cirurgias de mãos mutiladas em acidente de trabalho, as terríveis resultantes dos acidentes automobilísticos e inúmeras outras ocorrências são exemplos do que um profissional da área pode fazer, dentro do campo da cirurgia plástica reparadora, para abolir uma alteração patológica, seja ela adquirida ou congênita”.⁷⁶

⁷⁶ GIOSTRI, **Erro medico...** Op. cit. p.119.

A cirurgia reparadora é também terapêutica, pois visa restaurar no paciente as condições de vida que ele levava antes de algum trágico episódio, ou minimizar os resquícios deste.

Pode ainda ser uma alternativa para aqueles que adquiriram um mal ou possuem defeitos congênitos ou adquiridos durante a vida.

Muitos autores discordam da separação dos tipos de cirurgia plástica por entenderem se tratar de modalidades que visam ao mesmo objetivo, qual seja, o fim terapêutico. Percebe-se que tanto uma como outra estão fundadas na mesma razão estética. O cirurgião age querendo, ao mesmo tempo, reparar e melhorar a estética.

Rosana Jane Magrini entende que: “Há que se excluir duas concepções, por errôneas, injustas e imprestáveis à exata compreensão do instituto da responsabilidade neste campo da Cirurgia Plástica: a primeira, a divisão entre cirurgia reparadora e estética. E a Segunda, a conceituação de obrigação de meio para uma e de resultado para outra”.⁷⁷

Para Nestor José Forster:

“Quanto ao prisma da incerteza dos fatos biológicos, não vejo como estabelecer diferenciação quando eles envolvem procedimento reparador ou tratamento curativo e procedimento estético. A reação do organismo é a mesma se a questão é reparadora ou estética. A biologia não cogita de distinções em tais situações. Para a natureza, a intervenção reparadora ou estética apresenta as mesmas características invasoras e agressivas. Não lhe importa a finalidade. Por outras palavras, as motivações de correção cirúrgica estética envolvem complexos fatores da psique e, freqüentemente, procuram retificar muito mais uma lesão psíquica do que propriamente um aspecto físico. Melhor dizendo, a arrumação cirúrgica de tal ou qual aspecto corporal tem reflexo direto na personalidade e na psique, e pode contribuir para o bem-estar pessoal da pessoa operada. Ora, se consideramos que a psique tem, pelo menos, tanta importância para o ser humano quanto seu corpo, e daí o acolhimento da indenizabilidade autônoma dos danos morais em nosso texto constitucional, então a cirurgia estética não será algo supérfluo e restrito a pessoas com a vaidade exacerbada”.⁷⁸

⁷⁷ MAGRINI, op. cit., p. 162.

⁷⁸ FORSTER, op. cit., p. 87-88.

Nota-se, dessa forma, que a motivação de uma pessoa em se submeter a uma intervenção cirúrgica – tanto estética como reparadora – está baseada na melhora de sua aparência. Tanto numa modalidade como na outra existe uma finalidade terapêutica ligada à vontade de sentir-se melhor consigo e com o mundo.

A doutrina não é unânime no que diz respeito à obrigação que o cirurgião assume quando se trata de cirurgias plásticas.

3.2 O RISCO INERENTE: DEVER DE INFORMAÇÃO

Quando uma pessoa busca um advogado ou outro profissional autônomo para ajudá-lo num caso particular, é necessário que haja a convicção da honestidade e da confiança naquele que vai prestar-lhe o serviço. O mesmo acontece com o paciente em relação ao seu médico. Ele deve ter total e plena confiança no profissional que vai atendê-lo.

Lembra Antonio Ferreira Couto Filho, no entanto, que:

“...todo risco que existe na prestação do serviço médico – clínico ou cirúrgico – não é, efetivamente, criado pelo esculápio e, portanto, trata-se de risco inerente à própria atividade desempenhada, que foge, por conseguinte, ao domínio daquele que a desempenha”.⁷⁹

Pode o paciente tanto escolher o médico como se recusar a se submeter a um tratamento ou cirurgia não desejada.⁸⁰

O médico, por sua vez, deve respeitar a opinião do paciente em não realizar o tratamento ou cirurgia, mesmo sabendo ser sem justificativa tal reação.

⁷⁹ COUTO FILHO, op. cit., p. 11.

⁸⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e medicina**: Aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 141

O bom profissional não deve estar apenas interessado no bônus financeiro da relação, mas também no bom desempenho de seu ofício, atento à relação humana e, por conseguinte, leal, que deve ali ser estabelecida. Por conta dessa lealdade e do bom profissionalismo, deve o médico, antes de realizar a cirurgia, explicar ao seu paciente os riscos que tal intervenção possa causar.

O dever de informar está inclusive positivado no art. 59 do Código de Ética Médica.

O médico deve, então, antes da realização do tratamento ou intervenção cirúrgica, informar os riscos e obter do seu paciente o consentimento para o ato médico. É preciso, dessa forma, não só existir o dever de informação do médico ao paciente e o consentimento deste último, mas também o primeiro deve instruir, orientar e prevenir este último de todas circunstâncias que dizem respeito à cirurgia tanto na fase pré-operatória como na pós-operatória.⁸¹

Consentimento seria se comportar ou autorizar — de maneira consciente, sem vícios de vontade, — outra pessoa a fazer determinada coisa. Tal atuação deve ocorrer de maneira clara e objetiva, e, como já dito, sem vícios no consentimento, ou seja, ela deve saber exatamente o que está permitindo que o outro faça nela mesma.⁸²

Cuidado especial também se deve ter, principalmente, em se tratando de cirurgias, em relação aos tabagistas, cardíacos, diabéticos e aqueles chamados hipocondríacos, que tomam remédios em alta dosagem, como corticóides e aspirinas.

⁸¹ COUTO FILHO, op. cit., p. 18.

⁸² GIOSTRI, **Responsabilidade...** op. cit., p.85.

Sendo assim, este consentimento informado induz muito além do que a alternativa do paciente em escolher um médico, ou de não admitir determinado tratamento médico.

Miguel Kfourri Neto refere a culpa médica e questão da pessoa comum:

Na eventualidade de o dano ter sido causado por culpa do médico, normalmente torna-se irrelevante discutir a qualidade da informação – que é um dever secundário de conduta. Entretanto, quando a intervenção médica é correta – e não se informou adequadamente – a questão se torna crucial. Poderá haver responsabilização pela falta ou deficiência no cumprimento do dever de informar, ainda que não se possa provar claramente ter havido culpa no descumprimento da obrigação principal.

A comprovação de que pessoa comum teria recusado o tratamento, se tivesse sido informada adequadamente, se faz necessário. A indenização será provavelmente negada se outra pessoa com as mesmas informações se submete-se ao tratamento indicado.⁸³

Tomando por base a lição de Miguel Kfourri Neto, conclui-se, então, que se o “homem médio”, naquela situação, entendesse por melhor a não-realização de uma cirurgia, não caberia indenização.

A problemática aqui é definir o que seria a pessoa comum ou o “homem médio”, dado o cunho subjetivo de tal definição e também do grau social, intelectual e até mesmo econômico do autor do pleito indenizatório.

Isso tudo porque existe na atividade do médico um risco peculiar, pois toda atividade dessa área possui um fator “álea”. Como lembram Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, na obra “Instituições de Direito Médico”:

⁸³ KFOURI NETO, op. cit., p. 39.

“Acontece que o risco (ou melhor, os riscos) pertinentes à medicina – e ele existe em todos os procedimentos, desde uma simples extração de uma unha encravada até uma cirurgia complexa de uma patologia grave do coração, *verbi gratia* – emerge da própria limitação da Ciência”.⁸⁴

Mas, como já dito, é dever dos médicos prestarem aos seus pacientes as informações necessárias de modo objetivo, fácil, completo e inteligível. Ou seja, uma conversa franca de fácil entendimento, não em linguagem técnica médica, mas, sim, numa linguagem informal e coloquial.⁸⁵

Miguel Kfoury Neto, ainda sobre o tema, explica que em o médico não avisando sobre o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento, conselhos e cuidados no pós-operatório gerará a obrigação de indenizar. Cabe ao médico provar que cumpriu seu dever de informação. Como provar esse dever é muito difícil, atualmente, por precaução as clínicas e hospitais vêm adotando formulários. Essa prova geralmente se obtém por escrito, de forma documental.⁸⁶

Haverá, no entanto, ocasião em que o médico pode ser dispensado de obter o consentimento informado. Por exemplo, no caso de cirurgia de emergência. Acontece que, para efeitos de cirurgia plástica, tal argumento não tem uma justificativa razoável, visto que se trata de procedimento planejado e não de urgência.

Há que se lembrar ainda que, em se pesando as vantagens e desvantagens que se pode obter, e esta última for de maior probabilidade, o cirurgião deve negar-se a operar. Ainda que haja o consentimento do paciente, o médico será responsabilizado. Nesse sentido é o entendimento de Miguel Kfoury Neto, que responsabiliza o médico no caso em que se conhece o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera do sucesso, e, ainda assim, executa a tarefa

⁸⁴ COUTO FILHO, op. cit., p. 10.

⁸⁵ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 141.

⁸⁶ KFOURI NETO, op. cit., p. 41.

arriscada, mesmo com a perfeita e completa informação mais o consentimento do paciente.⁸⁷

Sobre esse tema, Silvio Rodrigues, citando o francês Savatier, pondera:

“Um problema que tem suscitado alguma controvérsia é o referente ao alcance da obrigação atribuída ao médico de advertir o doente sobre os riscos que ele vai se submeter. Tal dever, segundo ensina Savatier, é tão mais imperioso, quanto maiores são os riscos do tratamento. Isso decorre de que o cliente é o juiz de seu próprio interesse, e, para decidir se se resigna a permanecer em seu estado atual ou se prefere enfrentar os riscos de um tratamento mais ou menos perigoso, deve ser esclarecido pelo profissional que o atende. Tal fato se apresenta muito mais relevante na cirurgia estética, pois nela o médico deve ser escrupulosíssimo ao colocar o cliente a par dos riscos que enfrenta”.⁸⁸

É nesse mesmo sentido o acórdão do TJ/PR, que tem a seguinte ementa:

Indenização. Contrato. Obrigação de resultado cirurgia plástica. Mamoplastia. Nexos de causalidade entre os danos estéticos e materiais sofridos e a cirurgia realizada. Culpa demonstrada. Imperícia e negligência. Dano moral proveniente de dano estético. Fixação irrisória na sentença. Ampliação. Verbas devidas relativamente aos danos morais e as despesas efetuadas com novas cirurgias. Inexistência de prova que justifique a condenação em lucros cessantes. Sentença reformada, tão somente, na parte relativa ao quantum fixado a título de danos morais. Se o médico não tiver condição de assegurar ao paciente de uma cirurgia puramente estética, o resultado almejado, devesse abster-se de realizar o ato cirúrgico. Em se tratando desta especialidade, portanto, os deveres de informação e vigilância tem sua observância exigida de forma rigorosa. (APC 67531600, TJ/PR, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Dilmar Kessler, em 23/09/98.)

Ruy Rosado de Aguiar Junior, alerta para o dever de cuidados, pois, além do cuidado que todos devem ter em relação à sua vida o profissional, na medicina deve-se estar atento ainda para os deveres da própria profissão, seja no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica ou no prognóstico.⁸⁹

⁸⁷ KFOURI NETO, op. cit., 153.

⁸⁸ RODRIGUES, op.cit., p. 259.

⁸⁹ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p.142-143

Portanto, o médico que não respeita qualquer dos seus deveres pratica conduta omissiva ou comissiva, surgindo, assim, o primeiro requisito da responsabilidade civil.

Os cuidados do cirurgião podem não se esgotar num ato cirúrgico único e no pós-operatório, pois pode haver casos em que a intervenção necessite de retoques, e, assim, outros encontros do paciente com a mesa de cirurgia são imprescindíveis para o sucesso, fazendo da obrigação do médico um dever complexo.⁹⁰

3.3 DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

Na lição de Silvio de Salvo Venosa:

“Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista o vulto que tomou a responsabilidade civil”.⁹¹

Quando uma norma é violada, aquele que deu causa ao dano deve ressarcir o prejuízo ao lesado se este vier a pedir judicialmente a reparação. Era essa a idéia que se tinha positivada nas leis babilônicas de Hamurabi (1728-1688 a.C.), em que havia a lei de Talião, também conhecida como “olho por olho, dente por dente”.

Isso significava dizer que o transgressor da norma teria uma punição exatamente proporcional ao dano que causara a outrem. Ou seja, a título de exemplo, o homem que cegar outro terá de sofrer também do mesmo modo a perda

⁹⁰ GIOSTRI, **Responsabilidade...** Op. cit. p.53.

⁹¹ VENOSA, op.cit., p.28.

da visão, e assim por diante. No entanto, o mesmo código previa, mesmo nesse tempo, a compensação econômica.⁹²

As sociedades evoluíram, e o direito as acompanhou. Evidentemente, tais punições severas já não são aceitas. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência entendem haver possibilidade de se compensar os danos de maneira que possam ser suscetíveis de reparação pecuniária, vale dizer, economicamente apreciável.

O dano é o elemento fundamental para indicar a responsabilização civil, haja vista que sem ele não há que se falar em responsabilidade civil e nem mesmo em indenização. Também não há dano sem vítima ou lesionado.⁹³

Lembra Fernanda Shaefer que:

“...nem todo dano é indenizável. Para sê-lo, é preciso que haja a verificação imprescindível dos seguintes elementos: ação ou omissão imputável ao agente, culpa (na responsabilidade subjetiva), nexos causal entre o dano e o prejuízo, certeza, atualidade e subsistência do dano”.⁹⁴

Dano é uma ofensa a qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral, é um abalo causado à vítima.

A doutrina e a jurisprudência dividiram o dano quanto ao aspecto material ou patrimonial e quanto ao aspecto moral.

Relativamente ao dano material, Marcus Cláudio Acquaviva explica: “A expressão dano pode indicar tanto o ato de causar um prejuízo alheio (danificar) como o resultado da ação lesiva (causar dano). Em qualquer caso, porém, tratando-se de dano material, é o patrimônio o bem atingido pela conduta lesiva”.⁹⁵

⁹² ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dano e ação indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000. p. 17.

⁹³ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 22.

⁹⁴ SHAEFER, op. cit., p. 31.

⁹⁵ ACQUAVIVA, op. cit., p. 18 - 19.

O dano material lesiona os bens corpóreos ou incorpóreos de sua vítima, desde que suscetíveis de avaliação pecuniária.

Portanto, o dano patrimonial interfere na ordem econômica da vítima, abrangendo o dano emergente, que é o prejuízo que se deu efetivamente e causou alguma lesão à vítima, e o lucro cessante, que é o *quantum* que se poderia ter acrescido ao patrimônio da vítima se o referido dano não tivesse ocorrido, ou a quantia que se deixou de lucrar em razão do prejuízo.

O objetivo da indenização é fazer com que o lesado tenha seu *status quo* recuperado, e se isso não for possível, que se compense o prejuízo de forma pecuniária. De acordo com o novo código civil (art. 944): “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Como o objeto do presente estudo é a intervenção cirúrgica há que se discorrer sobre o dano moral, pois, quando esta é mal sucedida acarreta danos morais à vítima.

Reportando-se novamente às lições de Marcus Cláudio Acquaviva: “A expressão dano moral ou não patrimonial evoca, de imediato, a idéia de que o ser humano é também, espírito, *ipsu facto* sentimento, emoção. Daí os mais conceituados autores definirem esta espécie de dano sem considerar valores puramente materiais”.⁹⁶

Conclui Tereza Ancona Lopez: “Portanto, a definição de dano moral deveria ser dada em contraposição a dano material, sendo este o que se lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens ou valores que não têm conteúdo econômico”.⁹⁷

⁹⁶ Ibid., p. 20.

⁹⁷ LOPEZ, op. cit., p.24

Houve divergência doutrinária em relação à possibilidade de se indenizar por danos puramente morais.

Entendiam alguns operadores do direito que, em virtude de se tratar de efeitos exclusivamente morais, não haveria possibilidade de se auferir um valor econômico. Outros entendiam ser imoral vislumbrar a tentativa de se mensurar o tamanho do dano em dinheiro. Alguns autores acham adequado usar o vocábulo reparação para danos morais e preferem o termo indenização para os materiais, porque a primeira não tem o cunho pecuniário que a última possui.⁹⁸

Tal distinção de termos não é mero capricho e deve ser usada por ser de boa técnica jurídica, visto que, no dano moral, o prejuízo está feito e não há mais a possibilidade de restituir as coisas de maneira perfeita ao *status quo ante*. Lembre-se que pode ocorrer, em certos casos, de o insucesso da intervenção estética virar objeto de procedimento cirúrgico reparatório, e, assim, pode ser amenizado ou eliminado o problema.

Atualmente não há controvérsia sobre a possibilidade de indenização do dano moral. Os tribunais admitem pacificamente essa possibilidade.

Também quanto à possibilidade de se cumular danos materiais com danos morais já não se discute mais. Nesse sentido, inclusive, foi editada em 1992 uma súmula do Superior Tribunal de Justiça, que leva o número 37 e tem o seguinte conteúdo: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

No entanto, para cumular danos morais com dano estético vale reproduzir o trecho de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná relatado pelo Desembargador Clayton Camargo:

⁹⁸ SHAEFER, op. cit., p. 33.

...O dano estético verificado compõe o patrimônio material da ofendida, não sendo passível de valorização econômica, mas sim refletem em seu patrimônio ideal, configurando-se, destarte, como dano moral. A cumulação da indenização por danos estéticos e morais somente é possível quando, ainda que originados do mesmo fato, lhe sejam inconfundíveis suas causas e sua apuração possa ser realizada em separado, o que não ocorre no caso em análise.(APC 161542700, TJ/PR, 5ª .CC, Rel. Des. Clayton Camargo, em 19/10/04.)

No melhor entendimento, Teresa Ancona Lopez explica:

“haverá momentos em que poderemos ter para um mesmo fato danoso dois ou mais bens jurídicos diferentes atingidos, devendo, então haver reparação de todas as ofensas e de forma cumulativa, sem o que se verá frustrada toda a justiça almejada pela teoria da responsabilidade civil”.⁹⁹

Portanto, há que haver autonomia no tratamento dos vários tipos de danos morais, e isto não acarreta *bis in idem*. A base legal é ao artigo 5.º da Constituição Federal, que fala em reparação ao dano material, moral e à imagem.

O dano moral engloba bens da personalidade da pessoa, como a liberdade individual, a boa fama, a honra, a imagem, a integridade psicofísica, a saúde, a intimidade, a paz, enfim, direitos que não são passíveis de aferição econômica.

Os direitos da personalidade estão consagrados pela Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, inciso III, em que se fala da dignidade da pessoa humana, e no artigo 5º, *caput*, incisos V e X.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza entende que os direitos da personalidade:

“constituem-se como a permissão atribuída pelo ordenamento jurídico para que o indivíduo possa exercer a proteção dos bens da personalidade, logo, os direitos da personalidade são direito subjetivos. Mister é reconhecer que a personalidade é o conjunto de bens referentes à parte intrínseca do ser, e uma vez violados tais bens, o ordenamento jurídico lhes confere proteção. Todavia, tal ordenamento não precisa ser expreso ou taxativo, bastando, a nosso ver, as

⁹⁹ LOPEZ, op. cit., p.164.

proteções conferidas pelos princípios gerais de direito, pela importância e essencialidade desses bens”.¹⁰⁰

O “dano estético” é espécie do gênero “dano moral”, assim como o dano à imagem, danos autorais, etc., e acarreta prejuízos extrapatrimoniais e, na maioria das vezes, também materiais.

Para se caracterizar o dano estético, é preciso que a deformidade seja duradoura, pois, em sendo “lesão estética passageira, se fala em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais”.¹⁰¹

Conforme defende Tereza Ancona Lopez, para se considerar o dano estético, “tem de ter havido um “enfeamento” do ofendido, pois se depois do sinistro ficou igual ou melhor não se pode falar em deformidade. É necessário, repetindo mais uma vez, que se tenha havido uma piora em relação ao que a pessoa era antes, relativamente aos seus traços de nascimento e não em comparação com algum exemplo de beleza.”¹⁰²

Quando atingida a integridade psicofísica de uma pessoa, seja no modo de andar, falar, de se comportar, de gesticular, enfim, de se comunicar e se expressar, está-se diante de um dano estético. Tal dano verifica-se na esfera física da pessoa e se reflete na sua integridade psíquica, pois é capaz de fazê-la sentir-se inferiorizada, ridicularizada ou humilhada perante os outros e a si mesma.

Não é necessário que este dano apareça facilmente em meio à multidão. Em condições habituais, no convívio social, existindo no corpo, mesmo que em partes íntimas, já é suficiente para caracterizá-lo. Pode ainda ser caracterizado o dano

¹⁰⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002. p.2.

¹⁰¹ LOPEZ, op. cit., p. 48.

¹⁰² LOPEZ, *Ibid.*, p. 53.

estético quando a deformidade só for percebida quando a pessoa estiver em movimento. Exemplificando os defeitos de fala, do andar e até na mastigação.¹⁰³

Mesmo que o dano estético possa ser disfarçado a indenização é devida. Ou seja, mesmo com a colocação de próteses, olho de vidro, dentadura postiça, peruca ou perna mecânica, pois, por mais perfeito que seja a maquiagem ou disfarce, nunca será igual à parte original que se perdeu ou se transformou.¹⁰⁴

O dano estético deve ser comprovado de forma autônoma, conforme entendimento de Dulce Maria Ceconi: “Para ser cumulável com o dano moral, o dano estético deve ser comprovado de forma autônoma, o que não ocorreu no caso em apreço em que, embora frustrado o resultado, as seqüelas da cirurgia não implicam em deformidade que faça a paciente ser rejeitada socialmente.” (APC.165975200, TJ\PR, 9ª CC, Rel. Des. Dulce Maria Cecconi, em 09/12/04.)

Usando uma concepção ultrapassada, o direito à integridade corporal seria similar ao direito de propriedade, e, assim, cada pessoa tem sobre seu corpo os mesmos direitos que se tem em relação a uma propriedade sua. O titular pode usar, gozar fruir e dispor de sua propriedade.

Ocorre que tal posicionamento não é aceitável, visto que o nosso ordenamento jurídico não nos legitima a proceder dessa forma.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza ainda faz mais uma distinção entre os direitos da personalidade e os direitos da propriedade: “Ao contrário dos demais direitos – como o direito da propriedade, sobretudo o de interesse patrimonial, cujo exercício é vedado pela função social –, os direitos da personalidade não necessitam de norma expressa para seu reconhecimento e tutela jurídica”.¹⁰⁵

¹⁰³ LOPEZ, op. cit., p. 52.

¹⁰⁴ Ibid, p. 49.

¹⁰⁵ SOUZA, op. cit., p. 4.

Acrescente-se ainda a informação de que o direito à integridade física é irrenunciável, sendo disponível em determinadas ocasiões excepcionais e dentro de certos limites, vale dizer, que não atente contra as leis e os bons costumes. Daí a legitimação da cirurgia plástica, pois a pessoa tem a faculdade de dispor do seu próprio corpo, mesmo sabendo dos riscos que estará correndo caso aceite ir para a mesa de cirurgia.

Os direitos materiais e morais do corpo da pessoa estão ligados à esfera física e psíquica, e estes devem ser o conteúdo dos direitos da personalidade. Assim sendo, os direitos da personalidade são um conjunto de direitos que a pessoa tem no aspecto psicofísico.

No plano da integridade física, entende-se que todos têm o direito de fazer cessar qualquer interferência palpável contra seu corpo, e, da mesma forma, a proteção no plano psíquico consiste no dever de todos em não causar danos a psique de outrem.

Parte da doutrina divide o direito da personalidade em proteção à integridade física e o direito à integridade psíquica.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza apresenta ainda a seguinte classificação dos direitos da personalidade: direito à vida; direito à integridade física; direito à integridade psíquica, à liberdade; direito à verdade; direito à igualdade formal (isonomia); direito à igualdade material; direito ao nome; direito à honra: e direito autoral da personalidade. Existem outras classificações que poderiam enriquecer este trabalho, mas basta ater-se à classificação dos direitos à personalidade quanto ao aspecto físico e psíquico, visto que o que importa é o dano moral e o dano estético.¹⁰⁶

¹⁰⁶ SOUZA, op. cit., p. 8.

Tal dicotomia parece ser inaceitável, visto que se trata de componentes indivisíveis. Isto porque a psique pertence à estrutura do corpo humano. Assim quando se tutela a dimensão física, estar-se-ia protegendo, ao mesmo tempo, a dimensão psíquica, valendo o mesmo entendimento no sentido inverso.

Contudo, lembra-nos Tereza Ancona Lopez que tal classificação é útil na prática, pois em vista dos diversos tipos de bens jurídicos tutelados, poder-se-á proteger melhor as vítimas de danos com as cumulações das indenizações nos seus diferentes aspectos.¹⁰⁷

A dificuldade está em fixar o *quantum debeatur*, já que, como dito, no dano moral não há como avaliar economicamente a quantia a ser indenizada, visto que a vida e a dor não têm preço. O que se busca é uma compensação pela tristeza e pela dor injustamente causadas à vítima.

Aqui se corre o risco de um tabelamento inaceitável de prejuízos morais. Não se pode admitir que a perda de uma perna tenha um valor fixado mais alto do que a de um dedo da mão, pois isso pode variar para cada caso em particular.

Para se avaliar o dano estético, Teresa Ancona Lopez, na obra intitulada “O dano estético: Responsabilidade Civil” fala em “*standart* jurídico”. Este *standart* deveria ser formado pela jurisprudência, com o auxílio da doutrina, e conter todos os elementos que caracterizam o tamanho da lesão estética da pessoa, podendo ser flexível em dadas circunstâncias, como época, idade, fatores sociais, profissão, beleza, sexo, o lugar da deformidade, etc. É evidente que será ao caso concreto que o arbitramento do juiz deve se ater. Por exemplo, um dedo perdido é menos grave do que a perda de um membro inteiro, e a deformidade no rosto de uma jovem que

¹⁰⁷ LOPEZ, op. cit., p. 31.

atua como modelo profissional é muito mais prejudicial a ela do que seria para um senhor octogenário que sofresse a mesma deformação.¹⁰⁸

Claro que a idéia trazida pela supracitada autora pode gerar muita polêmica haja vista a dificuldade de se mensurar pecuniariamente o dano moral e o dano estético.

Teresa Ancona Lopez mesmo faz uma observação a esse respeito:

“Ao considerar as condições pessoais da vítima, não deve o juiz colocá-las acima da gravidade do próprio dano. É a extensão deste que vai dar a medida da indenização. Caso contrário, injustiças serão cometidas, como a de negar-se ressarcimento a “pessoa de condição humilde”, a “operários braçais”, a “pessoas de nível social baixo”, etc.”¹⁰⁹

Como já dito, não é a equivalência que se busca, até mesmo por esta ser impossível, mas procura-se dar uma compensação de função satisfatória que lhe diminua a dor causada e que lhe dê uma sensação de justiça feita.

Se a lesão causada for tamanha, que impeça ou diminua a capacidade de trabalho, aplica-se o disposto no art. 950 do novo código civil:

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.¹¹⁰

Nos julgamentos de ações indenizatórias por danos morais, em virtude de cirurgias plásticas malsucedidas, os magistrados utilizam o critério de arbitramento, com respaldo legal no art. 946 do novo código civil:

¹⁰⁸ LOPEZ, op. cit., p. 131.

¹⁰⁹ Ibid., p. 133.

¹¹⁰ ANGLER, op. cit., p. 234.

“Se a obrigação for determinada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.” Observe-se, no mesmo *codex*, o parágrafo único do art.944: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”¹¹¹

Na lição de Clayton Reis:

“O julgador deverá considerar as perdas e danos (lucro cessante e danos emergentes) havidos em decorrência da intervenção culposa do médico. Os danos materiais (danos emergentes) deverão ser apurados mediante a efetiva demonstração a efetiva demonstração das despesas havidas com a vítima na recuperação das lesões sofridas – despesas com outros médicos, hospital, medicamentos, aparelhos ortopédicos, fisioterapia etc. Por sua vez o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes) deverá igualmente ser comprovado, ou seja, o que o paciente deixou de auferir durante a sua convalescença”.¹¹²

4 SERVIÇOS MÉDICOS: OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

4.1 OBRIGAÇÃO: CONCEITO

Obrigação para o senso comum é uma imposição, um dever, um preceito. Pode ainda ser compreendido como um encargo ou compromisso. Para exemplificar a subjetividade, pode-se dizer que o trabalho, o ofício, a profissão é uma obrigação para alguns, assim como o estudo o é para outros. Há até quem diga ser a família, inclusive a esposa, uma obrigação, ou o serviço militar e até mesmo a religião.

Para este trabalho interessa somente as relações obrigacionais que tenham repercussão no mundo jurídico. Portanto, importa-nos apenas este último aspecto do vocábulo “obrigação”

¹¹¹BRASIL. Código Civil. Lei n.º10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no DOU de 11.01.2002.

¹¹² REIS, Clayton. Os danos morais decorrentes da atividade do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 245.

Do ponto de vista jurídico, obrigação é um liame de direito existente entre duas pessoas em virtude do qual um deve fazer determinada coisa para o outro. O objetivo de uma obrigação consiste sempre numa atividade humana, que pode ser economicamente apreciável.

Para Clóvis Bevilacqua a obrigação jurídica: “...é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão (sic)”.¹¹³

Os elementos constitutivos de uma obrigação, em geral, são o vínculo jurídico, as partes na relação obrigatória e a prestação.

O vínculo é jurídico porque, disciplinado pela lei, vem acompanhado de sanção, pois o devedor que não cumprir a obrigação está sujeito a ressarcir o prejuízo causado, respondendo por perdas e danos, mais juros, atualização monetária, mais honorários de advogado, e se ainda recusar-se a colaborar pode ter seus bens penhorados para satisfazer o seu débito.

As partes, na relação obrigacional, são o sujeito ativo – o credor – e o sujeito passivo – o devedor.

As prestações das obrigações, segundo o Novo Código Civil, consistem em obrigações de dar coisa certa e de dar coisa incerta e em obrigações de fazer e de não fazer. Situam-se no Livro I, intitulado “Do Direito das Obrigações”, nos capítulos I a VI. Porém, tendo em vista o conteúdo das obrigações, elas podem ser classificadas de acordo com as características.

¹¹³ BEVILAGUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 2. ed. Bahia: Magalhães, 1910. p. 13.

A doutrina achou por bem entender que, nas relações entre médicos e pacientes, que são dotadas de peculiaridades em cada caso, há que se diferenciar as obrigações de meio das obrigações de resultado.

As causas geradoras das obrigações podem derivar do elemento volitivo, qual seja, a vontade e o contrato. Pode ainda dar nascimento a uma obrigação o ato ilícito. Fala-se também em “quase-contrato” e em quase-delito (ou quase-ilícito).

O direito das obrigações distingue-se dos direitos reais na medida em que estes recaem diretamente sobre a coisa, enquanto o direito pessoal depende de uma prestação do devedor, exigindo, necessariamente, a colaboração de um sujeito passivo.

No período pré-romano não havia obrigação, e o homem não tinha esse desenvolvimento intelectual tão grande como nos dias de hoje. Não existia a idéia de indivíduo, de pessoa. O que havia era um grupo. Com o fim do nomadismo, surgiu o conceito de propriedade privada. Para os antropólogos, esse conceito nada mais é do que reflexo do conceito de individualidade.

Já no período romano esquartejavam o devedor em quantas partes fossem seus credores. Isso ocorreu até a votação da *lex poetel'a papira*, pela qual a obrigação passa a recorrer ao patrimônio.

Na idade média imperava o direito canônico e a obrigação tinha a mesma estrutura que no direito romano, no entanto aqui houve a sacramentalização da obrigação com o *pacta sunt servanta*. No fim do período medieval, com o liberalismo, a revolução industrial, o comunismo e o socialismo, surge uma preocupação social do Estado e a matéria passa a ser mais regulada.

4.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Para a compreensão do tema é necessário estabelecer distinções entre obrigações de meio e obrigações de resultado no que diz respeito à intervenção cirúrgica.

Tal distinção tem suma importância para o deslinde da causa que versa sobre a responsabilidade civil, estabelecendo a quem cabe a carga probatória.

Pode-se dizer que o compromisso que está baseado somente no dever de diligência na realização do fato combinado pode ser uma obrigação de meio, diferente de quando o conteúdo deste compromisso for o resultado.

Nas obrigações de meio, o devedor deve agir com todo o conhecimento técnico, prudência, enfim, esmerar-se ao máximo em conseguir o melhor resultado possível. Portanto, se o profissional fez de tudo para que tivesse a satisfação alcançada, e esta, por algum motivo, não ocorreu ele terá cumprido por inteiro sua obrigação.

Se o médico não obteve sucesso ao tratar seu paciente, isso não significa que houve inadimplência de sua obrigação no contrato, haja vista que a obrigação assumida pelo médico é de meio, não de resultado.

Quer dizer, se o profissional aplicou todo o cuidado e a técnica, já explicitado no dever de cuidado, no capítulo dois do presente trabalho ele não tem o dever de curar o paciente e, se este vier a falecer, não se pode suscitar inadimplemento do contrato.¹¹⁴

¹¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 256. v. 4.

O advogado também tem obrigação de meio, não de resultado, em relação ao processo e a seu cliente, visto que o seu papel é peticionar, pedir, mas a decisão cabe ao magistrado. Foge do alcance o seu interesse, não depende somente dele.

O novo código civil traz, no art. 950, o respaldo legal do dever de indenizar em virtude de atos oriundos da atividade profissional. “O disposto nos arts. 947, 948 e 949 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligencia, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Obrigação de resultado é quando o credor pode exigir que o devedor alcance o resultado prometido, e se não atingi-lo não há adimplemento dentro da relação obrigacional. Neste caso, o que importa é obter êxito no resultado final previamente acordado entre as partes.

Repercute a classificação de obrigação, no aspecto processual, do ônus da prova. Quando a obrigação for de meio, cabe ao paciente provar que o médico trabalhou culposamente diante de um ato negligente, imprudente ou de imperícia.

Já na obrigação de resultado a culpa é presumida. Nesta situação há a possibilidade de inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional da medicina provar que não teve culpa, ou seja, não agiu com descuido nem deixou de adotar as providências recomendadas e também não descumpriu nenhuma regra técnica da profissão. Vale dizer, que agiu com prudência, diligência e perícia.¹¹⁵

É evidente que, se o médico se prontifica expressa, inequívoca e voluntariamente a atingir um objetivo predeterminado e este não é alcançado, imputável será a responsabilidade pelo mau resultado, descaracterizando a obrigação de meio e fazendo surgir uma obrigação de resultado.

¹¹⁵ COUTO FILHO, op. cit., p.15.

Convém esclarecer que tanto nas obrigações de meio como nas obrigações de resultado há que se demonstrar o nexo causal, que é a relação causa–efeito entre a conduta humana do médico e o dano oriundo desta, visto que sem tal requisito impossível pleitear indenização.

Nas palavras de Marcus Cláudio Acquaviva obrigação de meio é:

“Espécie de obrigação em que o devedor não responde, necessariamente pela não consecução do resultado almejado pelas partes, desde que atue com diligência e prudência. Se os meios empregados pelo devedor forem idôneos, mesmo que os fins não sejam alcançados, cumprida estará a obrigação. O médico atua com dedicação e eficiência no tratamento do paciente em estágio terminal não pode ser responsabilizado pela morte deste, da mesma forma que o advogado sério, dedicado e conhecedor da profissão não pode ser responsabilizado se vier a perder a contenda judicial. Por tudo isso, a obrigação de meio não se confunde com a obrigação de resultado, esta, sim, exigindo resultado útil para o credor. O Código de Ética e Disciplina do advogado adverte: “Art. 2º...Parágrafo único. São deveres do advogado: I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade”. Por sua vez, o Código de Ética Médica, no art. 30, determina: “O alvo de toda atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.¹¹⁶

4.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO

Como já dito no capítulo da responsabilidade civil do médico na doutrina e na jurisprudência, há consenso de que a obrigação do médico é de meio e não de resultado. Porém, quando se fala em cirurgia plástica, surge um dissenso entre os operadores do direito.

Quando se trata de cirurgia plástica reparadora, a doutrina é pacífica em aceitar que a obrigação assumida pelo cirurgião é de meio. A discórdia está em relação ao outro tipo de cirurgia, a estética.

¹¹⁶ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 890.

A menor parte dos operadores do direito no Brasil afirmam que tanto em uma situação como em outra, a obrigação sempre será de meio para o cirurgião.

Roberto Wider aceita o caráter excepcional de situações em que a relação é extracontratual e entende que a responsabilidade civil do cirurgião é subjetiva, ou seja, baseia-se na demonstração da culpa e assim sendo é claro na sua opinião: “A relação entre o cirurgião plástico e o paciente é de natureza contratual e consubstancia uma obrigação de meio”.¹¹⁷

Na França – país de referência nos estudos sobre o assunto – a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, tendem a admitir que a obrigação submetida aos cirurgiões plásticos não difere daquela ligada aos demais cirurgiões, já que toda intervenção cirúrgica incorre na mesma “álea” relacionada ao organismo humano. Portanto, para qualquer cirurgia, seja plástica ou não, o cirurgião assumia uma obrigação de meio.¹¹⁸

Assim, tanto nas intervenções estéticas quanto nos demais tipos de intervenções, como, por exemplo, a retirada de um tumor ou até mesmo uma cesariana, há uma agressão ao corpo e também uma incerteza em relação ao resultado final. Dessa forma, o tratamento dado aos cirurgiões, no que diz respeito à responsabilidade civil, deve ser o mesmo.

Nessa vertente, Rosana Jane Magrini é contra a idéia de diferenciar a obrigação assumida pelo cirurgião em procedimento estético. Ela faz algumas ressalvas, mas enfatiza:

”Desta postura decorre uma incoerência absurda, qual seja a de responsabilizar o cirurgião plástico estético quando o resultado não querido, e menos ainda, esperado, advém de uma resposta adversa do organismo do paciente. Ninguém pode se obrigar à realização plena e uma obrigação que, na maioria das vezes, está fora dos seus limites de atuação e deliberação. Não se nega, no entanto, que há profissionais que prometem determinado resultado, aqueles já referidos, que inserem

¹¹⁷ WIDER, op. cit., p. 140.

¹¹⁸ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 149.

anúncios em jornais e revistas prometendo corpos esculturais, rejuvenescimento pleno etc., devendo, por isso, em muitos casos, obrigar-se a atingi-lo”.¹¹⁹

Hildegard Taggessell Giostri defende veementemente esta corrente :

“O fato de o médico estar trabalhando com um organismo híbrido, se lhe aumenta a responsabilidade, nem por isso justifica transformar sua obrigação: ela sempre será de meios, porque ele está a labutar em uma seara plena do fator álea, o que equivale dizer que a própria incerteza do resultado desautoriza aquela denominação. A simples impossibilidade de pré-determinar o resultado de qualquer procedimento cirúrgico desautoriza essa distinção”.¹²⁰

Nestor José Forster compartilha da mesma opinião dos autores acima citados:

“Portanto, exigir do médico obrigação de resultados quando ele atua em procedimento cirúrgico estético é impor-lhe ônus que ele não tem condições de atender. Na intervenção de propósitos estéticos, o objeto dela é o mesmo que me qualquer outra intervenção cirúrgica, isto é, o corpo humano. É hora, pois de revisar certos conceitos estabelecidos, mas não demonstrados, e de aceitar que a cirurgia estética define, como qualquer outra intervenção, mera obrigação de meios para o profissional médico. Este só assumirá obrigação de resultado se assim previamente definir sua conduta perante o paciente”.¹²¹

Nestor José Forster traz, a título de exemplo, o desconhecimento da medicina acerca do aparecimento de quelóide — que seria uma calosidade cicatricial no local da cirurgia — em algumas pessoas e em outras não.

Também compartilha da vertente retro exposta Fernanda Shaefer quando se refere à obrigação de resultado, dizendo que:

“Esta modalidade de obrigação está sendo abandonada pela jurisprudência brasileira sob o fundamento de que não se pode exigir que o médico seja absolutamente infalível, posição com a qual a autora concorda. Conforme este novo entendimento, toda obrigação médica passa a ser exclusivamente de meio”.¹²²

¹¹⁹ MAGRINI, op. cit., p. 144.

¹²⁰ GIOSTRI, op. cit. p.121-122.

¹²¹ FORSTER, op. cit., p. 88.

¹²² SHAEFER, op. cit., p. 38.

Posicionam-se, ainda nesta corrente, por entenderem ser a “mais coerente e robusta”, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza: “Com todo respeito às posições em contrário, nos filiamos à corrente que entende ser a obrigação estética de meio e, conseqüentemente, só haverá o dever de indenizar mediante a comprovação de culpa”.¹²³

Rosana Jane Magrini conclui que:

“qualquer contrato para melhorar a aparência física do paciente por meio de cirurgia não depende somente de diligência e perícia do cirurgião, mas de fatores idênticos aos de qualquer outra cirurgia, devendo, por conseguinte, a responsabilidade do médico ser apurada, conforme prescreve o Código Civil, mediante a verificação de culpa”.¹²⁴

Contudo, a maior parte dos doutrinadores e julgadores brasileiros inclinam-se em dizer que a obrigação assumida nas intervenções estéticas é sempre de resultado, com responsabilidade subjetiva, aplicando-se a culpa presumida e a inversão do ônus probatório com respaldo no Código de Defesa do Consumidor.

Há, portanto, aqueles que afirmam ser a cirurgia plástica estética (assim como a transfusão de sangue) uma obrigação de resultado, e a intervenção reparadora uma obrigação de meio. Facilmente se encontram acórdãos em que este posicionamento é adotado.

O pensamento dessa corrente está na justificativa de que o paciente, neste tipo de cirurgia, é saudável fisicamente e busca uma correção do que julga ser uma imperfeição sua, como, por exemplo, o desejo de ter um nariz mais fino ou arrebitado, a eliminação de rugas, o aumento ou diminuição das mamas, remodelação de pernas, de queixo, etc.

¹²³ COUTO FILHO, op. cit., p. 17.

¹²⁴ MAGRINI, op. cit., p. 163.

O que este tipo de paciente espera não é somente que o seu médico aplique todo o zelo, o conhecimento, a boa técnica e as cautelas procedimentais necessárias para atingir um resultado, e sim alcançar o objetivo traçado por ambos antes de entrar na sala de cirurgia.

Ressalta Miguel Kfoury Neto que as prestações obrigacionais de resultado, podendo ser ele verbal ou reduzido a termo, consolidam-se com a definição do fim necessariamente alcançado, sendo o resultado, o próprio objeto do contrato. Esse é o entendimento acerca da cirurgia cosmetológica ou estética, em que a mera decepção do resultado final estabelece o não-cumprimento do contrato, ou seja, seu inadimplemento.¹²⁵

Sendo assim, se não houve o resultado esperado, essa última corrente entende que somente a prova de que tal objetivo não foi alcançado é suficiente para se responsabilizar o profissional. Visto que se trata de obrigação de resultado, há a inversão do ônus da prova, mas, como já dito, há presunção de culpa.

Hildegard Taggessell Giostri lembra, contudo, que, mesmo havendo inversão do ônus da prova, não significa dizer que há culpa presumida, como citado na página onze do presente trabalho.

Silvio Rodrigues é um dos que adota a posição de que a modalidade embelezadora visa a um fim em si mesmo, e, assim, é obrigação de resultado: “já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de resultado, e não de meio”.¹²⁶

Para Fabrício Zamprogna Matielo, a cirurgia estética está desprovida de caráter terapêutico, o que transfigura a relação médico-paciente, já que este último

¹²⁵ KFOURI NETO, op. cit., p. 165.

¹²⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 258

procura unicamente a felicidade pessoal através da melhora de suas linhas corporais e espera que o produto final seja aquilo que foi acordado, ou o que poderia se apresentar tendo como referencia a situação estética anterior à intervenção.¹²⁷

No mesmo entendimento o doutrinador Humberto THEODORO JÚNIOR:

“Há, todavia, algumas situações em que dita prestação se torna obrigação de resultado, tais como na realização de raios X, de exames laboratoriais, de cirurgia plástica puramente estética. A frustração do fim do serviço prestado, in casu, é inadimplemento contratual, que por si só, justifica a responsabilidade indenizatória pelo dano causado ao paciente”.¹²⁸

Para Silvio de Salvo Venosa, “pela regra geral, quando se estabelece vínculo contratual com o cirurgião plástico para a modelagem de novo formato de nariz, cova no queixo, lipoaspiração, etc., a obrigação será de resultado”.¹²⁹

A maioria dos julgados entendem que a cirurgia plástica estética é uma obrigação de resultado, como se pode ver a seguir:

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Rinoplastia. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Dever de indenizar. Danos materiais devidos. Danos morais afastados. Decisão mantida. 1.contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de irregularidade, independentemente de culpa, devendo fazer prova de caso fortuito ou força maior.(APC n.º171306400, Ac.1176 da 9ª CC, TJ/PR, Rel. Des. Ruy CUNHA RIBAS, em 04/08/05.)

Apelação cível – ação de indenização – 4.Em se tratando de procedimento de natureza estética, os profissionais da área assumem a obrigação de resultado e , não sendo este alcançado, surge o dever de indenização.(APC n.º 166569800, Ac. 754 da 9ª CC, TJ/PR, Rel. Des. Marco Antônio de Moraes Leite, em 19/05/05.)

¹²⁷ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998. p. 58 - 59.

¹²⁸ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 117.

¹²⁹ VENOSA, op. cit., p. 102.

Ação de indenização. Rinoplastia. Apelo. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Dever de indenizar. Danos morais. Configuração. Redução do valor arbitrado. De acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, a cirurgia estética configura-se obrigação de resultado, respondendo o cirurgião por seu insucesso.(APC. 1659975200, Ac. 201 da 9ª CC, TJ/PR, Rel. Desª. Dulce Maria Cecconi, em 09/12/04)

Responsabilidade civil do médico. Cirurgia plástica estética. Obrigação médica de resultado. Perícia. Na cirurgia plástica estética, o medico compromete-se pelo resultado, que, no caso, foi atingido, de acordo com a prova pericial realizada. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido (APC n.º 597192244, 6ª CC, TJ/RS, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller, em 18/11/98.)

Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Dano estético. Obrigação de indenizar. Demonstrada através de perícia o erro medico, impõe-se o dever de indenizar independentemente da culpa, já que a cirurgia plástica é obrigação de resultado, e, não de meio. (APC nº 2627/94, 2ª CC, TJ/RJ, Rel. Des. Lindebergh Montenegro, em 23/08/94.)

Há ainda os seguintes acórdãos: ac. 201, da 9ª CC, de 09/12/04; ac.15434, da 4ª CC, de 16/06/99; ac. 14064, também da 4ª CC, de 23/09/98; e ac. 476, da 5ª CC, de 21/11/95; todos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que, no mesmo sentido, entendem que na intervenção estética o cirurgião assume obrigação de fim.

É bem verdade que, como qualquer outra cirurgia, a estética pode apresentar reações que não se podem prever, e, com isso, conseqüências que não foram planejadas.

Por isso, alguns autores acreditam que a intervenção estética se caracteriza como obrigação de resultado, mas fazem algumas ressalvas.

É o caso de Rui Stoco, que assevera que o profissional não pode ser responsabilizado pelo fracasso do ato cirúrgico em virtude das características individuais e especiais de cada paciente, as quais não poderiam ser detectadas

detectar, muito menos previstas antes da execução da intervenção. Segundo STOCO, estar-se-ia diante de causa que isenta a responsabilidade.¹³⁰

Entendendo se tratar de obrigação de meio, mas com a mesma coerência do autor retro citado, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR entende que:

“O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. 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 sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios”.¹³¹

Parece que o mais correto é entender que a cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois, mesmo tendo em vista o fator “álea” que possa estar presente em toda intervenção, isso não desfigura a natureza jurídica da obrigação, e sim o rompimento do nexa causal, sem o qual exclui-se a responsabilidade civil.

No melhor entendimento, ainda Rui Stoco: “a eventual intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia não infirma a tese da obrigação de resultado do médico, visto que se postam como causas eficientes autônomas e se configuram como excludentes por romperem o nexa etiológico”.¹³²

Gisela Sampaio da Cruz esclarece bem a questão:

“Indaga-se, em sede doutrinária, como se justifica a obrigação de resultado, atribuída ao cirurgião plástico estético, em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais. Esta questão, entretanto, só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva, o que, a nosso ver, se trata de um equívoco. A obrigação de resultado apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa, mas a responsabilidade não deixa, por isso, de

¹³⁰ STOCO, op. cit., p. 201.

¹³¹ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 150-151.

¹³² STOCO, op. cit., p. 298.

ser subjetiva. Trata-se, isto sim, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida”.¹³³

Há, no entanto, autores que desprezam a importância do conteúdo da obrigação do médico por não haver na lei nenhuma referência a tal distinção, esquecendo, porém, da suma importância da questão do ônus da prova, que reflete no veredicto final do pleito indenizatório.

Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza afirmam que a discussão da obrigação de meio e de resultado é de menor importância já que o código civil solucionou as questões dos prestadores de serviços e a Constituição Federal, no seu art. 1º, III, resolveu a responsabilidade subjetiva, no sentido de dar proteção ao profissional liberal dos rigores de desigualdade que o CODECON precisa para tratar situações não igualitárias.

Há casos em que os tribunais entendem que, na cirurgia estética com caráter reparador, assume o cirurgião uma obrigação de meio e de resultado.

Eis um exemplo:

Ação de reparação de danos por erro medico. Cirurgia de redução de seios. Perda de mamilo e aureola do seio direito. Apelação. Falha no procedimento cirúrgico. Culpa do médico requerido configurada. Dever de reparar os danos acarretados. Ausência de obrigação de resultado. Incoerência. Cirurgia de caráter estético e reparador. Obrigações de meio e resultado verificadas....2.o cirurgião ao empreender procedimento cirúrgico cujo caráter e, inegavelmente, estético bem como reparador, assume obrigação tanto de meio quanto de resultado.(APC 161542700, TJ/PR, 5. CC, Rel. Des. Clayton Camargo, em 19/10/04.)

¹³³ CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo.(Coord.) **Obrigações:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.177.

5. CONCLUSÃO

O erro médico tem seus relatos jurídicos mais antigos no Código de Hamurabi. Contudo com a evolução do direito e da sociedade a pena foi individualizada e de caráter essencialmente patrimonial.

A primeira constatação que se pode perceber ao confeccionar o presente trabalho foi a de que cada dia mais pessoas procuram o procedimento cirúrgico seja o estético ou o reparador. Muitas dessas são influenciadas pela exaustiva propaganda ao culto do perfeito. Houve então um crescimento no mercado e com isso o aumento número de “curiosos” da especialidade, ou seja, profissionais não habilitados a tal procedimento.

Conseqüentemente os processos movidos contra os profissionais da área também cresceram. Esse fator se deve também porque a evolução tecnológica e o apelo sensacionalista dos meios de comunicação fizeram com que o “erro médico” fosse cada vez menos aceito pela sociedade. O que fez com aumentasse também o número de médicos a procura de seguros para se precaver da responsabilidade civil.

O procedimento estético não é mais entendido como mero capricho ou vaidade e passou a ser entendido – a partir do conceito moderno de saúde que é mais que uma simples ausência de enfermidade – como um procedimento também curativo. Pois, que esta intervenção é capaz de tratar e melhorar aspectos psíquicos do ser humano.

Estudamos os requisitos da responsabilidade civil quais sejam a conduta entendida como ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade. Na falta de qualquer um desses não há que se falar em responsabilização.

Entendemos, como a maioria da doutrina, que o contrato entre médico e paciente é via de regra contratual mas, pode comportar exceções.

Concluimos que o dano estético é uma ofensa aos direitos de personalidade consagrados na Carta Maior.

Vislumbramos a dificuldade de se fixar o *quantum debeatur* devido às especificidades de cada caso e optamos por admitir a possibilidade de se cumular danos morais com dano estético quando o caso for de maior gravidade, sem que isso signifique incorrer em *bis in idem*. Pois, apesar deste último ser um desdobramento do primeiro há que se compreender o aspecto duplo do dano em questão.

Voltando a fixação do *quantum debeatur* apesar dos esforços da doutrina em fixar parâmetros o único caminho é confiar no arbitramento do juiz valendo-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Certo é o entendimento de que ao pesar vantagens e desvantagens estas últimas forem maiores, mesmo cumprido com o dever de informar os riscos inerentes e tendo o consentimento do paciente, o médico deve se negar a operar

No que diz respeito a cirurgia plástica reparadora há consenso doutrinário e jurisprudencial de que se trata de obrigação de meios.

O ponto mais controvertido no entanto está nos procedimentos estéticos em que se divide opiniões entre as vertentes doutrinárias de obrigação de meio e de resultado.

Optamos por entender se tratar de obrigação de resultados pois, mesmo presente o fator álea em toda intervenção, isso não transfigura o conteúdo da obrigação o que pode acontecer é simplesmente o rompimento do nexo de causalidade e com isso excludente de responsabilidade.

Concluimos, “*data vênia*” entendimentos em contrário, que a responsabilidade do profissional da medicina será sempre subjetiva com culpa presumida, só que nas cirurgias estéticas, ou seja, nas obrigações de resultado poderá haver a inversão do ônus da prova com respaldo no Código de Defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dano e ação indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ANGLER, Anne Joyce. (org). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 2. ed. Bahia: Magalhães,1910.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no DOU de 11.01.2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão n.º 24.916 1.º Câmara Civil Responsabilidade objetiva do município. Morte Médico – omissão. Teoria da perda de uma chance. Danos morais. Cabimento. Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira. **Diário da Justiça do Estado** 30/11/04.

BRASIL. **Novo código civil brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Vol.I, t.2, p. 472. FRANÇA, Genival Velloso de. **Direito médico**. 2. ed. São Paulo: Fundo editorial Byk-Prociencx, 1978. p.137 Apud. MAGRINI, Rosane Jane.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de direito médico**: responsabilidade civil à luz do Código civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo.(Coord.) **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva; 2003.

FERNANDES, Julio Wilson. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **O direito na cirurgia plástica**. Palestra realizada no dia 11 de outubro de 2005, no auditório John Henry Newman (Biblioteca Central) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A responsabilidade médico-hospitalar e o código de defesa do consumidor. In: Capaverde, Aldaci do Carmo; Conrado Marcelo (org.) **Repensando o direito do consumidor**. Curitiba: OAB/PR, 2005.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica** : as obrigações de meio e de resultado, avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: revista de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual, à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: RT, 2003.

KUHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade civil**: a natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade Civil. 3.ed. São Paulo: RT, 2004.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

Médico – cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. RT. Ano 92, março de 2003. p.148 - 149. v. 809

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REIS, Clayton. Os danos morais decorrentes da atividade do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil \ parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1975.

SHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. forense, Rio de Janeiro: 2000.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002.

STOCO, Rui.. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Coord.) **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WIDER, Roberto. Responsabilidade civil médica: cirurgia plástica **Revista da EMERJ**. v.5, n.20, 2002.