

O Direito de Indenização da Vítima de Erro Médico na Cirurgia Plástica

Elenice Pedroso Rodrigues¹
Fernando Silveira Melo Plentz Miranda²

Resumo

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a visão do legislador e da Doutrina com relação a responsabilidade Civil do Médico e do Médico Cirurgião Plástico, bem como a discussão se a mesma é uma obrigação de meio ou de resultado, baseando-se na diferença entre a cirurgia plástica reparadora e estética.

Palavras-chave: Reponsabilidade Civil; Obrigação de Meio e Resultado; Cirurgia Plástica estética e reparadora; Responsabilidade médica.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema responsabilidade Civil do Médico no exercício da sua profissão. A responsabilidade Civil decorrente de erro Médico é tema de grande importância devido ao fato de tratar da vida humana, bem Jurídico tutelado pela Constituição Federal. A responsabilidade Civil dos Médicos nas Cirurgias é um tema de grande alcance e que interessa a todos. O Médico, profissional que exerce atividade essencial e de grande importância para a sociedade, trabalha com a vida, sendo o maior patrimônio do ser humano.

A ocorrência de lesões e resultados negativos, não esperados por pacientes submetidos a cirurgia plástica devido a expectativas diversas por parte dos contratantes dos

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque, 2013.

² Mestre em Direitos Humanos Fundamentais no Unifio. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP. Professor do Curso de Direito da Universidade de Sorocaba e da FAC São Roque. Pesquisador integrante do GESTI (Grupo de Estudos de Sistemas e Tribunais Internacionais) ligado ao Unifio. Advogado e Administrador de Empresas. Professor orientador.

serviços médicos ou expectativas frustradas, de fato, é um problema que vem crescendo e são casas freqüentes de processos de indenização Civil na Justiça.

Com o avanço da medicina, a relação médico/paciente no caso de cirurgia plástica, tem seus laços cada vez mais estreitos visto que o paciente possui uma expectativa maior sobre o resultado da cirurgia plástica estética em consequência dos avanços da medicina. A cirurgia plástica diante do mercado crescente, e a possibilidade de ganhos econômicos no exercício da atividade, acabou atraindo para o mercado diversos médicos desqualificados, o qual deixam de observar a Ética Médica que rege a profissão, para tratar do paciente como um cliente, esquecendo muitas vezes do objetivo principal da profissão, visando desta forma lucros financeiros face à ética e responsabilidade que permeia a medicina. Por outro lado, porém, há médicos que se cercam de todos os cuidados e responsabilidade para a realização das cirurgias.

O escrito aborda a responsabilidade Civil, tratando de seus conceitos e pressupostos, abordando sobre as modalidades de responsabilidades, tratando da responsabilidade Civil objetiva e subjetiva, responsabilidade contratual e extracontratual.

Adentrando na responsabilidade Civil do Médico, tratando das excludentes da responsabilidade Civil do Médico e dano causado pelo erro, demonstrando a natureza Jurídica da obrigação da prestação de serviços médicos. Analisando os aspectos fundamentais sobre a conduta, os deveres, as obrigações e responsabilidades assumidas pelos Médicos e por fim os aspectos relativos à cirurgia estética e as consequências geradas pelo seu insucesso.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. CONCEITO

Nos tempos atuais é grande a importância da responsabilidade civil, por se tratar de restauração de equilíbrio moral e patrimonial desfeito, e sua redistribuição em conformidade com os ditames da justiça. Pois a todo o momento surge o problema da responsabilidade civil, constituindo um desequilíbrio moral ou patrimonial, tornando-se imprescindível a criação de soluções. É a aplicação de medidas que obriguem as pessoas a reparar os danos, sendo estes morais ou patrimoniais que venha a lesar um terceiro em razão do ato praticado.

Dessa forma dispõe Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a obrigação imposta a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, seja por fato próprio ou de terceiros que dela dependam, ou ainda pelo fato das coisas e pela guarda ou fato de animais.³

Em termos gerais, toda ação ou omissão que impõe como resultado um dano a outrem, imputará ao causador do dano uma responsabilidade. Assim sendo, a responsabilização na esfera civil tem o propósito de restaurar o equilíbrio patrimonial ou compensar moralmente o indivíduo acometido por ato ilícito, avaliando a conduta do agente, qual seja, uma série de atos ou fatos, não impedindo que apenas um ato gere obrigação de indenizar, mesmo que esse ato não seja praticado pessoalmente, podendo a responsabilidade ser direta, quando é causada pela própria pessoa, ou indireta quando o ato é praticado por terceiro. Importante saber identificar a conduta que refletirá na obrigação, pois toda atividade que causa um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar.⁴ Dessa forma estabelece o art. 186 do diploma civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.120.

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p. 2-5.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁵

Por conseguinte, o artigo 927 e seguintes do Código Civil impõem ao agente causador do dano o dever de repará-lo. Neste sentido, leciona Silvio Rodrigues:

Que há hipóteses em que a lei não obstante determine a reparação do dano sofrido pela vítima, o comportamento da pessoa obrigada a repará-lo não violou qualquer direito, como no caso de acidente do trabalho. Igualmente em relação ao requisito culpa, que em determinados casos o agente causador é compelido a reparar o dano independente de ter procedido sem culpa.⁶

À exceção dos casos previstos expressamente em lei, para que a responsabilidade civil insurja necessário se faz a conjugação de alguns pressupostos, quais sejam: a ação ou omissão do agente, ou seja, uma conduta do agente; a culpa (negligência ou imprudência, ressalte-se que ambas incluem a imperícia) ou o dolo do agente que causou o prejuízo, relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima; e, por fim, configurada estará a responsabilidade civil se dano houver à vítima, pois o ato ilícito só se completa caso alguém tenha prejuízo. Nesse sentido, entende Sergio Cavalieri Filho:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (...), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.⁷

Portanto não há responsabilidade sem a correspondente obrigação, ninguém poderá ser responsabilizado sem ter violado um dever jurídico preexistente. Entretanto, razões

⁵ BRASIL. **Código Civil**. Vade mecum universitário. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163.

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.4. p.35.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.2-3.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

alheias à vontade do agente causador do dano (excludentes) podem afastar o dever de indenizar. Segundo Fábio Ulhoa Coelho responsabilidade civil é:

A obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato do devedor ou de fato jurídico que o envolva.⁸

Assevera ainda Sergio Cavalieri Filho:

A violação de um dever jurídico configura ato ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há assim, um dever jurídico originário, (...) cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, que é o de indenizar o prejuízo.⁹

O dever de indenizar decorre de uma obrigação preestabelecida em lei, seja pelo contrato ou por ordem jurídica, de forme que para quem desrespeitar o ordenamento jurídico, surgirá o dever de reparação do dano causado.

1.2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante sua expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, onde incentiva os avanços tecnológicos, contudo a responsabilidade civil é indiscutivelmente um tema complexo na atualidade Jurídica. Com a longa evolução histórica foi surgindo à responsabilidade, porém o conceito de reparação dos danos causados é recente. Desde a época de Talião Já era denotado formas de reparação dos danos causados a outrem com o principio da Lei de Talião “olho por olho, dente por dente” advindo da natureza humana, onde reagia o mal causado uns aos outros com violência.¹⁰

⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v.2 São Paulo: Saraiva, 2004.p.67.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.2.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.17

Nesse período a responsabilidade era objetiva, não dependendo de culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano. Tudo isso foi mudando com o desenvolvimento da tecnologia, economia e industrial, após a Segunda Guerra mundial foi um marco em toda a história onde contribuiu para a aceleração no que diz respeito à reparação do dano quando há o dever de indenizar. Nesse sentido com o passar do tempo torna-se necessário a o aperfeiçoamento do ordenamento Jurídico, onde as soluções no processo devem estar acompanhando o desenvolvimento social, para dessa forma se adequar as necessidades sociais.

1.2.1. Classificação da Responsabilidade Civil

A responsabilidade Civil, sendo a obrigação que tem o ofendido de ser indenizado pelos danos ou prejuízos causados pelo sujeito passivo, sendo esta obrigação não negocial, pois não se originaram de negócio Jurídico, não havendo manifestação de vontade das partes, e sim tendo origem de um ato ilícito. A obrigação de indenizar terá origem do ato ilícito, o que dará ensejo à indenização. Podendo também a obrigação da indenização nascer de uma relação contratual, negocial.¹¹

Como pondera Sergio Cavalieri Filho:

Não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. (...) para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.¹²

A responsabilidade tem por elemento a conduta voluntária que viola um dever jurídico, tornando-se possível a divisão de diferentes espécies, dependendo da origem do dever e qual o elemento subjetivo da conduta causadora do dano.

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* 252-4

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.5.

1.2.2. Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil

As jurisdições no Código Penal e Civil são independentes, porém a sentença condenatória faz coisa julgada no âmbito civil, pois em princípio a responsabilidade penal ocasionará um dever de indenizar a vítima ou seus familiares de um dano decorrente à conduta criminal, havendo reflexo no âmbito civil, de forma que não há como discutir no cível um fato advindo de um ato ilícito, e da mesma maneira discutir no âmbito penal um fato decorrente de indenização. Nesse sentido diz Carlos Roberto Gonçalves: “A responsabilidade penal é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. A responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações”.¹³

Dessa forma ressalta Silvio de Salvo Venosa sobre diferenças entre responsabilidade civil e penal:

O direito penal apenas considera a responsabilidade direta, isto é, do causador do dano ou da ofensa, do transgressor da norma. O direito penal pune somente perante culpa ou o dolo. No direito penal, a noção de punição de terceiro não participante da conduta é, em princípio, completamente afastada no direito moderno, embora doutrinas modernas já acenem com revisão desse conceito, principalmente em crimes ecológicos.¹⁴

O direito penal considera relevante a causa, as condutas que ensejam do dolo ou culpa, vontade livre e consciente de produzir um resultado, ou pela formação da culpa através da negligência imprudência ou imperícia. Analisando a conduta do agente, ensejando dolo ou culpa, poderá atingir bens jurídicos, como a vida e a integridade física,

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p.499.

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.8

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

resultando violações e prejuízos alheios, o autor fica responsável pela reparação no âmbito civil, podendo ser moral e material.

Nesse sentido ressalta ainda o mesmo autor:

A esfera da ação civil de indenização é mais ampla porque a aferição de culpa é mais aberta, admitindo-se a culpa grave, leve e levíssima, todas acarretando como regra o dever de indenizar e ainda porque, (...) há terceiros que podem responder patrimonialmente pela conduta de outrem. Há como percebermos, fatos que não são considerados crimes, mas acarretam o dever de indenizar, pois ingressam na categoria de atos ilícitos *lato sensu*, cujo âmbito é estritamente a responsabilidade civil.¹⁵

O direito civil encarrega-se de determinar outras condutas que causem prejuízo a terceiros. Em qualquer que seja o âmbito jurídico, haverá o dever de reparar o dano ou ato ilícito causado a outrem, cabendo a análise das decisões do juízo criminal no juízo cível, pois a princípio a decisão do cível não interfere na decisão na esfera criminal, com raras exceções que são as questões prejudiciais, como na bigamia que o processo criminal devem ou podem aguardar uma decisão do juízo cível, ficando na dependência de uma decisão.

1.2.3. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Toda conduta humana acarreta uma responsabilidade. O processo histórico da responsabilidade demonstra que seu fundamento apresentava-se exclusivamente subjetivo, isto é, em decorrência da culpa, onde tudo era resolvido com a vingança. O princípio “nenhuma responsabilidade Jurídica sem culpa” era característico dos países Ocidentais durante o século XIX, onde só teria que ser responsabilizado o patrimônio alheio aquele que deu causa, que teria sido culpado pelo ato.¹⁶

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p. 190.

¹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p. 260.

Com o passar do tempo foram ocorrendo muitas modificações, ao longo do século XX a responsabilidade subjetiva começou a ser questionada. A teoria da responsabilidade objetiva demonstrou o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX, sendo muito discutida a partir do momento que só havia a responsabilização pelos danos causados por culpa.

A responsabilidade objetiva é extremamente abrangente, essa responsabilidade manifesta-se em determinada pessoa que em exercício da atividade cause risco a terceiro, não sendo essa conduta contrária ao direito, prescindindo aquele o dever de reparação do dano causado, ainda que sem culpa.

Desse modo o agente responde pelo ato lícito, sua conduta não é contrária a norma jurídica, nesse sentido ressalta Fábio Ulhoa Coelho:

A objetivação da responsabilidade permite, por fim, a abstração de qualquer juízo de valor na imputação da obrigação. O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição. Nem poderá, por outro lado, exonerar-se por nada ter feito de errado. Sua culpa é irrelevante para qualquer efeito: não constitui a obrigação, nem a afasta; não a aumenta ou diminui. Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela.¹⁷

Nesse sentido a responsabilidade objetiva foi consignada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil: “Háverá 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”. Nesse contexto a responsabilidade objetiva tem como objetivo a imputação da obrigação de indenizar pelos danos causados por alguém que agiu como deveria ter agido, respondendo por um ato lícito.

¹⁷ *idem*, p. 263.

Levando em conta o perigo da conduta do agente do dano por sua origem e pela origem dos meios adotados. O causador do dano não discutirá sua culpabilidade, se é ou não responsável, sendo imposta a reparação, e posteriormente poderá buscar o responsável através da ação de regresso.

Na responsabilidade subjetiva, o surgimento da obrigação deve vir da vontade das partes, sendo a vontade fonte de todas as obrigações. O centro de exame é o ato ilícito, o dever de indenizar vai repousar no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito onde seu conceito vem exposto no art. 186 do Código Civil, “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” . Nesse sentido leciona Fábio Ulhoa Coelho :

A imputação da responsabilidade civil subjetiva funda-se no valor da vontade como fonte última de qualquer obrigação principalmente por uma relação argumentativa (ideológica) específica.¹⁸

Especificamente no campo da responsabilidade civil subjetiva, o que importa levar em consideração para analisar o dever de indenizar é a conduta do agente, sendo certo que, neste aspecto, o direito não acolhe apenas a responsabilidade direta do agente (decorrente de ato antijurídico por ele praticado), mas também, sua responsabilidade indireta, gerada por um ato ou fato de terceiro aquele ligado, como por exemplo, os tutores pelos tutelados, ou mesmo gerados pelo fato ou guarda de animais.¹⁹

Nesse sentido sintetiza Maria Helena Diniz:

Poder-se a definir responsabilidade civil como aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda

¹⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit* p.257.

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p. 30.

(responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).²⁰

Essa definição abrange as diversas hipóteses de obrigação de indenizar pelos danos decorrentes da responsabilidade civil, seja objetiva ou subjetiva.

Leciona Fábio Ulhoa Coelho:

A regra geral é a de imputação de responsabilidade civil subjetiva: todos respondem pelos seus atos ilícitos. A responsabilização objetiva é regra especial. Quando ausentes os pressupostos da imputação de responsabilidade objetiva, mas presente o elemento subjetivo, caberá a responsabilização do demandado por culpa.²¹

O elemento subjetivo por ser irrelevante a culpa do sujeito passivo do vínculo da obrigação não se discute, não se tem a culpa do responsável a indenizar.

1.2.4. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Dentro da Responsabilidade Civil encontramos, basicamente, duas grandes linhas que dividem o estudo dessa temática em Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual. Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Podendo haver excludentes que impedirão o dever de indenizar. A responsabilidade poderá ocorrer em qualquer situação onde alguma pessoa, sendo esta natural ou jurídica, deverá se responsabilizar pelo ato ou fato praticado, dessa forma todo ato humano que venha a causar dano a alguém gera obrigação de indenizar. Sendo o contrato um acordo de vontade entre as partes, estabelecendo obrigações a serem cumpridas, por existir obrigações preestabelecidas as mesmas devem ser praticada sob pena, pela inexecução, da obrigação de indenizar.

Maria Helena Diniz, diz que ocorre tal hipótese quando “resulta, portanto de ilícito contratual, ou seja, de fala de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p.34.

²¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p.344.

obrigação”²² Buscando restaurar um equilíbrio moral e patrimonial violado. O ordenamento jurídico busca cada vez mais dilatar o dever de indenizar, para que cada vez menos haja danos não indenizados, sendo evidentes que os danos a serem ressarcidos são os previsto no ordenamento jurídico.

A questão é saber, se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, deixando claro que nem sempre terá a existência de um contrato ou um negócio, pois quem transgredir um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico poderá ser obrigado a ressarcir o dano. Na culpa contratual analisa o inadimplemento como fundamento, termos e limites da obrigação. Na culpa extracontratual leva-se em conta a conduta do agente causador do dano e a culpa em sentido lato.

A responsabilidade contratual poderá ser estendida a terceiros atingidos por um negócio jurídico originário, refletindo nos limites da indenização, os artigos 389 e 395 do Código Civil, baseadas no adimplemento da obrigação, sua efetivação é facilitada processualmente devido à existência prévia de um contrato vinculado as partes. Há uma presunção de dano e culpa nesse caso.

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual tem origem do descumprimento da lei, artigos 168 e 927 do Código Civil, nesse caso a vítima devem provar o dano. O princípio que rege esta modalidade é aquele segundo o qual a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem.²³

Ambas as responsabilidades se fundam no dever de indenizar que decorre da transgressão de um dever de conduta. Enquanto na responsabilidade contratual há a violação de um dever positivo, o de adimplir com as obrigações pactuadas, na extracontratual viola-se o dever negativo, abstenção na prática de atos que gerem danos a terceiros. Pode-se dizer que

²² DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p.276.

²³ BRASIL. *op. cit.* p. 202.

a culpa em sentido amplo analisada de maneira unitária, é o “fundamento genérico da responsabilidade”²⁴ de acordo com o pensamento Silvio Rodrigues. E se denominara contratual quando o agente violar um dever que se obrigou contratualmente, e extracontratual quando o dever violado apresentarem dever geral de conduta.

De acordo com o pensamento de Caio Mário, quando afirma que “a culpa tanto pode configurar-se como infração ao comando legal, quanto a declaração de vontade individual”²⁵ e, por esse motivo, admite o princípio da unicidade da culpa, pois em ambas está presente o comportamento contravençional do indivíduo, quer ao afrontar o disposto na norma jurídica, quer o determinado ou pactuado mediante convenção firmada com outra parte.

De acordo com o entendimento de Silvio Rodrigues:

A tese da unicidade da culpa prevista no Código Civil, em seu artigo 186, na medida em que define expressamente o que se entende por culpa aquiliana, sem possuir, no entanto, um artigo expresso para a culpa contratual.²⁶

Esse posicionamento reflete o simples fato de que nas violações contratuais o violador irá responder civilmente pelos prejuízos causados, de acordo com o convencionado, mas sempre com base no princípio maior de que não deve prejudicar terceiros.

Ressalta-se, contudo, que muitas vezes a culpa não é a fonte da responsabilidade no campo extracontratual, mas sim o risco responsabilidade objetiva, o que demonstra que não se pode elevar a culpa a elemento unificador da responsabilidade civil. De qualquer maneira, resta certo que, sendo uma relação jurídica obrigacional preexistente a

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 216.

²⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 42.

²⁶ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 36.

fonte do dever jurídico violado, fala-se em responsabilidade civil contratual, visto que se originou de um ilícito contratual ou relativo.²⁷

(...) a culpa será contratual se esse dever tiver por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato,...). Se o dever tiver por causa geradora a lei ou um preceito geral de Direito, teremos a culpa extracontratual ou aquiliana.²⁸

Na responsabilidade contratual, portanto, a vítima e o autor do dano já se aproximaram e se vincularam juridicamente antes mesmo da sua ocorrência, sendo, ainda, certo que, sem essa vinculação, o prejuízo não se teria verificado. De acordo com o que foi falado em relação ao dever jurídico derivado e o dever jurídico originário, no campo da responsabilidade contratual essa distinção é bem nítida, vez que o contrato é fonte de obrigações dos deveres primários e, uma vez descumprido, será fonte do dever secundário de reparar os danos ocorridos da inexecução contratual. Há, portanto, a constituição de uma nova obrigação que se substitui à obrigação anterior assumida quando da formalização do contrato.

Contrariamente, caso o referido dever tenha como fonte ou causa geradora uma obrigação decorrente de uma imposição legal (lei ou ordem jurídica), posto que não haja entre lesante e lesado uma relação jurídica obrigacional preexistente, estaremos diante de uma responsabilidade extracontratual, (ilícito absoluto), onde o próprio fato danoso, ou ato ilícito é que cria uma relação entre as partes, obrigando o causador do dano a indenizar a vítima.²⁹

Outra diferença observada entre a responsabilidade contratual e a extracontratual refere-se ao ônus da prova relativamente à culpa, nas situações em que esta é a fonte da responsabilidade em ambos os casos. Nos contratos em que a obrigação assumida foi a de resultado, não sendo este alcançado, a regra para a responsabilização será a da presunção

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.16.

²⁸ *idem.* p.40.

²⁹ *Idem ibidem*, p.17.

da culpa do devedor ao qual incumbe a prova de que não agiu culposamente para o inadimplemento da obrigação ou, então, a prova da ocorrência de alguma excludente do nexo causal, posto que ao credor cabe a mera demonstração de que a obrigação não foi cumprida. Opera-se o que se convencionou chamar de inversão do ônus da prova.

Relativamente aos contratos cuja obrigação foi de meio, para a responsabilização do devedor será necessário ao credor provar que aquele agiu com culpa, o que, em linhas gerais, também ocorre nas situações de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, salvo os casos de responsabilidade objetiva.³⁰

O Código Civil trata das duas espécies de responsabilidade, contratual e extracontratual em dispositivos distintos, artigos 389 e seguintes para a contratual e artigos 18 a 188 e artigos 927 e seguintes para a extracontratual. É a chamada tese dualista ou clássica. Ressalte-se, no entanto, que o referido artigo 389, enquanto demonstra a diferença entre a obrigação originária e a responsabilidade, obrigação sucessiva, representa o elo que liga as duas modalidades de responsabilidades civis, contratual e extracontratual, uma vez que ambos, como ditos, têm por fundamento a violação a um dever originário de conduta, gerando o dever secundário da reparação pela indenização.

Desse modo, apesar da divisão entre as modalidades de responsabilidades civil, ela não é estanque, como afirma Sergio Cavaliere:

(...) há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.³¹

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.418.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p. 17.

Por isso, há autores que defendem a idéia de que ambas deveriam ter um tratamento legal único (teoria unitária ou monista), tendo a divisão uma finalidade meramente didática, como é o caso do jurista Silvio Venosa, “ressalta-se, no entanto, que não existe na realidade uma diferença entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real.”³² A conclusão, porém, é ser o conceito de responsabilidade o único no direito privado, qualquer que seja a fonte que a origine. Sempre precisamos examinar o dever de indenizar e a forma de reparação dos danos. A responsabilidade contratual ocupa um espaço mais restrito em comparação à extracontratual, uma vez que está limitada aos bordos do contrato, ao passo que esta última encontra um campo mais vasto e profundo de aplicação e desenvolvimento, em virtude da própria amplitude do artigo 186 do Código Civil.

É certo que a tentativa de se unificar o conceito de responsabilidade civil, criando-se uma teoria unitária, apresenta-se como uma tentadora saída fácil e seguro para findar as disputas teóricas a respeito da estruturação de um conceito e de um conteúdo para as duas modalidades de responsabilidade civil. No entanto, a dinamicidade do tema, haja vista a evolução constante da sociedade, torna árdua a tarefa da unicidade, o que permite afirmar que a divisão feita entre responsabilidade contratual e extracontratual é mais do que prática e didática, é essencial, pois capacita o intérprete a encontrar as respostas adequadas aos casos postos sob sua análise, de modo a restabelecer o equilíbrio abalado por ocasião do dano que também é variável de acordo com as condições sociais da época. Independentemente dos caracteres peculiares que sejam impressos a cada uma dessas responsabilidades contratual e extracontratual, o que importa é que ambas estão racionalmente reguladas pelos mesmos princípios.

³² VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.22.

1.2.5 Ação ou omissão

A convivência em sociedade faz com que todos tenham interação, dessa forma a ação ou omissão interfere nessa situação, sendo essas interferências para pior, ou melhor. Quando ocorre um fato de alguém ter a situação piorada pela ação de outrem não sendo compensado por determinada ação, ou mesmo alguém que ganhou não compensa ninguém pela melhora que obteve, caso haja certa compensação tanto pelos prejuízos ou ganhos teremos a internalização da externalidade, sendo negativa ou positiva quando ocorre uma ação que beneficia ou prejudica outrem. Se da ação ou omissão de alguém causar prejuízo ou dano a outrem, pressupõe a obrigação de indenizar, esta interação será externalidade negativa devendo ser internalizada.³³

A ação pode ser consciente ou inconsciente, consciente é o movimento físico em resposta a comandos processados na área do cérebro onde tem o controle da ação e os efeitos que podem causar ao ser humano. A ação inconsciente são os movimentos que não tem a sensação de controle, são os atos automáticos, instintivos, sendo qualquer movimento físico atendendo as necessidades orgânicas, movimentos estes que podem ser relevantes para o direito, porém em certas ações não tem relevância jurídica, como por exemplo, o simples movimento de levantar um braço será considerado uma ação, porém sem relevância para o direito, já a ação de apertar um gatilho de uma arma de fogo poderá matar alguém, nesse caso ação é um fato jurídico. Dessa forma dispõe Fabio Ulhoa Coelho:

(...) nem todos os atos humanos, evidentemente, são geradores de responsabilidade civil subjetiva. Para terem esta implicação jurídica, é necessário, antes de tudo, que sejam voluntários, isto é, que o movimento físico desencadeador dos eventos danosos tenha sido animado pela vontade de um homem ou mulher.³⁴

³³ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p.249-50.

³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p.304-5.

Dessa forma o ato voluntário gera responsabilidade civil subjetiva, mas não sendo necessariamente ato consciente, sendo assim “não há responsabilidade civil subjetiva sem que o dano tenha sido causado pela vontade, consciente ou inconsciente, de alguém”.³⁵ A ação é pois, a forma de manifestação de uma conduta que fora do domínio contratual as pessoas estão obrigadas a abster-se de praticar condutas que podem causar dano a outrem, a violação do dever se obtém através de um fazer.

No caso da omissão, só haverá ato omissivo se gerar responsabilidade civil objetiva, se o sujeito a quem imputa a responsabilidade tem o dever de praticar o ato omitido, ou se houver certeza ou probabilidade de que a prática do ato impediria o dano. A omissão é tida como causa do dano com a certeza que se tivesse agido o dano não teria ocorrido. Havendo ausência de qualquer desses requisitos a falta de ação poderá ser a condição do dano. Pois a ausência da ação se dará quando poderia ter agido para impedir que ocorresse algum dano que era previsível e não agiu, caracterizando a omissão, se a ação omitida for considerada exigível e eficiente e com a certeza que evitaria o dano. A falta de movimento físico que impediria a concretização do dano considera-se causa do dano, gerando a responsabilidade civil.

A omissão pode ser causa ou condição do evento danoso. Será causa se quem nela incorreu tinha o dever de agir e sua ação teria, com grande probabilidade, evitando o dano. Ausente qualquer um desses requisitos, é condição. Apenas a omissão causa implica responsabilidade civil pelos danos que a ação teria evitado.³⁶

Como atitude negativa o omitente coopera na realização do evento danoso com uma condição negativa, não impedindo que o resultado se concretize, tornando-se responsável quando tem o dever jurídico de agir, não praticando um ato para impedir que o fato ocorra,

³⁵ *Idem*, p.306.

³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p.307.

dever esse que pode advir de uma conduta anterior do próprio omitente, podendo ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, quem estiver em situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado.

1.2.6 Imputabilidade

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por certo fato ou ato, condição pessoal que dá ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo um pressuposto não só da culpa, mas da própria responsabilidade. A responsabilidade subjetiva exige a conduta do agente e um ato lesivo e também exige a imputabilidade. Dessa maneira a imputabilidade não é somente pressuposto da culpa, mas também da responsabilidade. Podendo ocorrer à imputabilidade apenas pelo risco, sem analisar a culpa se o agente não tem condições de entender o ato ou a omissão que esta praticando sendo ato é ilícito ou não.³⁷

Nesse mesmo sentido Sergio Cavalieri Filho conceitua a imputabilidade:

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.³⁸

Cabendo a análise do estado mental do agente, exigindo capacidade mental e discernimento. Em primeiro momento não poderá ser responsabilizado, para que seja imputável exige capacidade e discernimento, bem como a análise do do Código Civil. Dessa

³⁷ VENOSA, Silvío de Salvo. *op. cit.* p. 66.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p.26-7.

forma Silvio de Salvo Venosa adota o entendimento que “somente os danos absolutamente inevitáveis deixarão de ser reparados, exonerando-se o responsabilizado”.³⁹

Portanto diz se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos atos que pratica. Nesse sentido não responde pelas consequências do fato danoso quem estava incapacitado no momento do fato. Sendo o agente desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

1.2.7 Dolo e Culpa

Quando se fala em culpa, deve-se lembrar que o ato ilícito na maioria das vezes, atribui-se uma conduta culposa e não exclusivamente por um ato isolado, dessa forma referem-se mais a conduta culposa. A culpa civil em sentido amplo abrange o ato, a conduta intencional, o dolo e também os atos e condutas quando há negligência, imprudência e imperícia. Para fins de indenização é necessário verificar se o agente agiu com culpa civil, pois para fins de indenização não importa a intensidade que o agente agiu com dolo ou culpa, nesse sentido dispõe o art. 944 do Código Civil : “a indenização mede-se pela extensão do dano”.⁴⁰

Sobre o que seja culpa em sentido amplo preleciona Sérgio Cavalieri Filho, “Chegamos, desta forma, à noção de culpa, que tem aqui, sentido amplo (*lato sensu*), abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo, ou não como na culpa.”⁴¹

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.66.

⁴⁰ BRASIL. *op. cit.* p.203.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.30.

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

A culpa, genericamente entendida é fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Sobre o que seja dolo nos valem os conceitos de Sergio Cavalieri, “dolo, portanto, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito, é a infração consciente do dever preexistente, ou propósito de causar dano a outrem”⁴². O dolo difere do erro, pois é espontâneo, nesse sentido a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é provocado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que aquela também se equivoque.

O que diz o mesmo autor sobre o dolo contribui para o entendimento, “Ressai desses conceitos que o dolo tem por elementos a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude”⁴³. Representação é, em outras palavras, previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente prevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação. E assim é porque somente se quer aquilo que se representa.

O agente que age dolosamente sabe também ser ilícito o resultado que intenciona alcançar com sua conduta. Está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente. O agente não pretende praticar um crime nem sequer expor interesses jurídicos de terceiros a perigo de dano. Falta, porém com o dever de diligência exigido pela norma. Outro elemento é a ausência de previsão. É necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não se fala em culpa, salvo exceção da consciente. O resultado era previsível, mas não foi previsto pelo sujeito.

Daí a culpa em sentido estrito poder ser chamada de involuntária, ao contrário do dolo, que é voluntário. Sobre a culpa consciente, exceção mencionada, Caracteriza-se a

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.32.

⁴³ *Idem.* p.33.

culpa consciente porque ao lado de uma previsão genérica positiva, se deposita uma previsão concreta negativa, o evento não se verificará. Na culpa consciente, não se apresenta tal adesão interior, já que o agente nutre uma forte esperança da não verificação do evento previsto, confia que ele não se realize. Na culpa consciente há um erro de cálculo.

Complemente-se com o ensinamento João Monteiro de Castro, para quem a culpa consciente ocorre,

(...) quando a pessoa, por irreflexão, prevendo o resultado ilícito como um efeito possível da sua conduta, age na convicção leviana, precipitada ou infundada de que não se verificará ou que conseguirá evitá-lo.⁴⁴

Sobre a culpa consciente, dispõe José Carlos Maldonado de Carvalho “o resultado danoso é previsto, apesar de acreditar que o agente, levianamente, que o mesmo não vá ocorrer ou que, em última hipótese, poderá evitá-lo; sendo a culpa em sentido estrito com previsão”⁴⁵

Esta possibilidade, não se pode excluir, é até plausível que possa vir a ocorrer em um caso de erro médico. O dolo geralmente não ocorre em casos de erro médico. Na maior parte das vezes o erro médico se caracteriza por comportamento culposos, (culpa em sentido estrito) do médico. E este comportamento culposos, no seu sentido estrito, em casos de erro médico, implicará, caso ocorra, um delito culposos (culposos no sentido estrito), que apresenta quatro componentes, sendo estes a conduta, ação ou omissão, no caso culposos, não cumprimento da obrigação, dever de cuidados, geralmente, em casos de erro médico por negligência, imprudência ou imperícia do profissional, resultado involuntário, ou seja, um dano, prejuízo, ao paciente causado pelo atendimento médico, previsível, o que implica que o

⁴⁴ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005. p. 46

⁴⁵ MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. **Iatrogenia e erro médico - sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3 ed. Lumen Juris, 2009. p. 39.

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

médico podia prever, mesmo que não desejasse isto, que se agisse com imprudência, imperícia ou negligência o erro médico, dano ao paciente, poderia ocorrer. Sobre isto leciona Sérgio Cavalieri Filho:

A inobservância deste dever de cuidado torna a conduta culposa, o que evidencia que a culpa é na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência de vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. ⁴⁶

A culpa médica tem peculiaridades, nos diz João Monteiro de Castro,

A culpa médica assim como todas, supõe, de acordo com as regras gerais da responsabilidade civil, a inobservância de um dever que o agente tinha a possibilidade de conhecer e acatar. A fisionomia peculiar da culpa médica se dá em função dos caracteres próprios da arte médica e por lidar tão proximamente com a vida, saúde e morte do ser humano. ⁴⁷

Como fonte de responsabilidade, a culpa médica pode se apresentar por três vias: violação dos deveres de humanismo, impostos pelo direito ao mister do médico; falha quanto às regras técnicas da medicina, acerca das quais o profissional há de estar sempre diligenciando para se manter atualizado; e imprudência ou negligência banais como qualquer pessoa. ⁴⁸

E, pelo menos, uma destas três modalidades de culpa em sentido estrito têm que estar presente no agir do médico, em termos de responsabilidade civil, para se caracterizar, em juízo, um erro médico, em caso de dano a um paciente.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*p.34.

⁴⁷ CASTRO, João Monteiro de. *op. cit.*p.46.

⁴⁸ CASTRO, João Monteiro de. *op. cit.*p.46.

Quando é utilizada a expressão erro médico, o seu significado é de atuação negligente, imperita ou imprudente, isto é, de culpa em sentido estrito, que pode levar à aplicação do princípio da reparação de danos, conforme art. 186 do Código Civil.⁴⁹

Presença esta, da culpa em sentido estrito na conduta do médico, cuja necessidade vem determinada no ordenamento jurídico, mais especificamente no Direito Positivo. Nessa demonstração, cabe o artigo 186, do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”,⁵⁰ que explicita em seu comando legal duas das modalidades de culpa em sentido estrito, sendo esta negligência e imprudência.

No que é acompanhado pelo artigo 951, do mesmo Código Civil, o disposto nos arts. 948 949, e 950 aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho, que, referindo-se em seu texto especificamente ao paciente, relaciona, além da negligência e da imprudência, também uma terceira modalidade de culpa em sentido estrito, a imperícia.

1.2.8 Nexo causal

O nexo de causalidade é um dos elementos principais da responsabilidade civil. É a relação existente entre o fato praticado pelo agente e o prejuízo da vítima, relaciona-se com o vínculo entre a conduta ilícita e o dano, ou seja, o dano deve decorrer diretamente da conduta ilícita praticada pelo indivíduo, sendo consequência única e exclusiva dessa conduta. O nexo causal é elemento necessário para se configurar a responsabilidade civil do agente

⁴⁹ TAVARES DA SILVA. Regina Beatriz, **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.26.

⁵⁰ BRASIL. *op. cit.* p.163.

causador do dano, na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formada pela culpa genérica.

Nesse sentido entende Sergio CavalieriFilho: “Se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexo causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade”.⁵¹

Portanto, relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado, surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. “ Se a vítima que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida”.⁵² O nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.

Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, sendo o liame que une a conduta do agente ao dano. Constitui elemento essencial para a responsabilidade civil, seja qual for o sistema adotado no caso concreto, tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva ou objetiva. Nesse sentido entende Décio Policastro:

[...] não há responsabilidade se não houver nexo de causalidade entre os serviços prestados e os danos produzidos. Tratando-se de serviço a paciente hospitalizado, para eximir-se, a entidade hospitalar apontada como responsável precisará demonstrar que o dano aconteceu por culpa do próprio paciente ou de terceiro a ela desvinculado.⁵³

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.68.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.48.

⁵³ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.93.

Delton Croce define o nexo causal como “relação de causa e efeito entre ação ou omissão do agente e o *damnum* verificado. Vem expressa no verbo causar, utilizado no dispositivo 159 do Código Civil”.⁵⁴ Dessa forma se a vítima do dano não tiver a identificação do nexo causal não há possibilidade de indenização. No mesmo sentido expõe Fabio Ulhoa Coelho: “(...) quando o dano sofrido pelo demandante não foi causado pelo demandado, não há direito à indenização.”⁵⁵ De modo que se ocorreu o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente inexistente a relação de causalidade e a obrigação de indenizar.

1.2.9 Excludentes de responsabilidade

A finalidade da responsabilidade civil é a obrigação de reparação de danos que uma pessoa causa a outrem, podendo ser esse dano causado à integridade física, sentimentos ou bens de um terceiro, a reparação será feita através da indenização geralmente de forma pecuniária. Dessa forma a teoria da responsabilidade civil tem a finalidade de determinar as condições das pessoas para que possa se responsabilizadas pelos danos causados outrem, e a proporcionalidade que se obrigará a reparar.

Nesse sentido conceitua Fábio Ulhoa Coelho:

Verificada a excludente, a responsabilidade civil não se constitui. São três as razões de exclusão da responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva: a inexistência de danos ou da relação de causalidade e a cláusula de não indenizar.

A vítima em princípio cabe provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil, enquanto ao demandado incumbe a prova da excludente que tiver suscitado.⁵⁶

Dispõe ainda o artigo 188 do Código Civil :

Não constituem atos ilícitos:

⁵⁴ CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.20.

⁵⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p. 386.

⁵⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p.384.

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

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

De modo que para que ocorra a responsabilidade Civil, se faz necessário a presença de todos seus pressupostos, ou seja, o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade. De maneira que a culpa da vítima excluirá a responsabilidade daquele, que pela Lei teria o encargo de compor o dano, o fato de terceiro e caso fortuito e força maior, dessa forma a culpa exclusiva da vítima elimina o dever de indenizar, porque impede o nexo causal.⁵⁷

1.2.10 Dano

Dano é requisito essencial da responsabilidade civil. São prejuízos, ofensas podendo ser material, moral ou até mesmo estético, tema em questão, causada por alguém a outrem, possuidor de um bem juridicamente protegido, onde poderá causar deterioração ou destruição de coisa alheia, sendo este, portanto elemento essencial para configuração da responsabilidade civil. Tendo sentido econômico ou patrimonial, podendo atingir elementos não patrimoniais, como os da personalidade, dessa forma leciona Décio Policastro: ‘Dano é qualquer ofensa causada ao patrimônio material ou imaterial de outra pessoa’⁵⁸

Não há em que se falar em responsabilidade civil apenas pela tentativa, o dano tentado não configura responsabilidade, ainda que a conduta tenha sido dolosa. Podendo ser moral quando a vítima tem uma dor irreparável por um ato ilícito causado por outrem, não havendo base exata para determinação do valor reparável, vez que não há possibilidade de avaliar a tristeza e sofrimento. Visto que tanto na responsabilidade civil objetiva ou subjetiva

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.55-7.

⁵⁸ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p. 45.

para haver uma obrigação de indenizar há necessidade de ter havido um dano para ser reparado, sendo necessária a prova concreta dessa lesão. Havendo a configuração do pressuposto subjetivo, se da conduta culposa não resultar prejuízo a outrem, não existirá a obrigação do agente de indenizar.⁵⁹

A corrente doutrinária afirma não ser possível a responsabilização dos médicos sem que reste devidamente comprovada a sua culpa, sendo esta em qualquer das modalidades, imprudência, imperícia ou negligência, como leciona Fabio Ulhoa Coelho: “não provada a culpa do profissional na adoção dos procedimentos recomendados pela ciência médica, o dano deve ser suportado pelo próprio paciente”.⁶⁰

Assim o dano estético, matéria do presente estudo surgiu com o desmembramento do dano ligado as deformidades físicas, de acordo com Sérgio Cavalieri no sentido de abranger os “casos de marcas e outros defeitos físicos que causem a vítima desgosto ou complexo de inferioridade”.⁶¹ No mesmo sentido ainda expõe o autor:

(...) o dano estético não passa de um aspecto do dano moral, em razão de sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física.⁶²

Dessa forma o dano deverá ser ressarcido de tal forma que o lesado restitua ao seu estado anterior ao acontecimento, (*status quo ante*). O caráter punitivo da indenização por dano moral tem duas funções: de retribuir os danos passados, e de prevenir os danos futuros. Contudo muitas vezes uma conduta é considerada gravemente dolosa pode ser de difícil repetição, ao contrário de uma conduta menos grave pode ser repetida facilmente, na situação

⁵⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *op. cit.* p.286-7.

⁶⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *idem*. p. 325.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.123.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. *idem*. p.124.

da conduta de difícil repetição deveria receber uma condenação maior. Conforme o dispositivo legal, art. 944 do Código Civil “a indenização mede-se pela extensão do dano”.⁶³

Nesse aspecto pondera Décio Policastro no que diz respeito ao dano estético: “O dano estético corresponde a uma grave deformidade corporal, e pode aumentar consideravelmente os sentimentos de dor e tristeza”.⁶⁴ Sendo possível a reparação pelos danos sofridos. Meros aborrecimentos ou descontentamentos não propiciam reparação.

Dessa forma o legislador previu que para se verificar qual será o valor devido da indenização por dano moral ou material, deve-se atentar para o resultado da lesão, para a extensão do dano e suas consequências.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1. O MÉDICO

2.1.1. O profissional médico

No final do século passado, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a confiança, sendo este, médico da família, amigo e até conselheiro, mantendo uma relação social com a família que não se admitia dúvidas no que dizia respeito à qualidade e da litigância dos serviços prestados. O ato médico se resumia entre uma confiança do cliente, e a consciência do médico, de forma que deve ter conhecimento da ciência médica para transmitir segurança ao paciente. Essas relações hoje estão mudadas, onde as relações sociais se massificam, ocorrendo à distância do médico com seu paciente, influenciando até mesmo na denominação entre os sujeitos dessa relação, passando para usuário e prestador de serviços.⁶⁵

⁶³ BRASIL. *op. cit.* p.203.

⁶⁴ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.45.

⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.125-6

O profissional tem a obrigação de usar todos os métodos e técnicas possíveis da melhor forma na tentativa de cura e salvar o paciente, o perfil psicológico do médico, sua formação acadêmica, aspectos culturais da profissão definem um profissional que espera algo mais do que uma simples remuneração pecuniária pelos serviços prestados, esperam esses profissionais pela remuneração complementar, o que podemos chamá-la de remuneração afetiva.

Os médicos somente podem exercer legalmente a medicina em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o registro dos respectivos títulos, isto é, no Ministério da Educação e Cultura e no Conselho Regional de Medicina do lugar onde forem exercer a profissão.

2.1.2. Ética médica

A ética trata da moral e dos costumes das pessoas dentro da sociedade, da maneira de proceder, com isso foi surgindo com a necessidade de instrumentos reguladores das classes de profissionais liberais. Com isso a ética profissional e consequentemente a ética médica.

A medicina, é a ciência e arte de salvar vidas, estiveram sempre presente em questões éticas, condutas conforme princípios socialmente aceitos. Prova disso a extensa produção de textos éticos como parâmetros da conduta médica. A iniciativa de elaboração destes textos não trouxe ao profissional da medicina tranquilidade de uma prefiguração das respostas às questões morais modernas. As indagações éticas se multiplicam e se diversificam, a formação de tais textos precisa ser consistente para enfrentar desafios à profissão do médico. A nova consciência da autonomia pessoal do paciente, as

transformações tecnológicas da prática médica, e o problema da justiça na assistência médica levam a medicina a tais desafios.⁶⁶

2.1.3. Sigilo Profissional

O médico em sua atividade profissional tem a obrigação de manter sigilo sobre dados confidenciais a ele sobre os pacientes a ele conferidos, de modo que o dever de manter o sigilo profissional está implícito no trabalho médico, possuindo caráter confidencial devendo ser confidenciais unicamente ao próprio enfermo e em seu benefício. A violação desse direito de sigilo poderá acarretar reparações. Nesse sentido assegura a Constituição Federal em seu artigo. 5º inciso X, o direito ao ressarcimento em caso de violação da intimidade e da vida privada, onde também conceitua o Código Civil em seu artigo 21 que a vida privada é inviolável.

Nesse mesmo sentido dispõe o Código de Ética Médica em seu artigo 73 “Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”.⁶⁷ De forma que o sigilo médico é de extrema importância que em caso do médico for chamado em juízo para depor sobre um fato de ter presenciado ou acompanhado no exercício de sua profissão, este estará desobrigado a depor. Visto que o Código de Processo Civil dispõe em seu artigo 406 inciso II e artigo 414 § 2º que a testemunha não é obrigada a prestar depoimento quando devido a profissão deva guardar sigilo: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”. E também dispõe que “A testemunha

⁶⁶ FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *op. cit.*p.45.

⁶⁷ POLICASTRO, Décio. *op. cit.*p.307.

pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o Art. 406; ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano.”⁶⁸

Entende Décio Policastro:

O segredo profissional tem alicerce em razões jurídicas, morais e sociais. O sigilo deve ser sempre a regra, admitindo-se como exceção a sua quebra na existência de um interesse realmente justificável.⁶⁹

De modo que somente em circunstâncias muito especiais poderá ser quebrado o sigilo médico, como na hipótese de interesse público, por dever legal e autorizado expressamente do paciente. Em primeiro momento o médico é o responsável por todas as informações fornecidas pelo paciente, informações estas que serão guardadas no hospital ou clínica onde o mesmo procurou a prestação de serviços do profissional. Seja qual for a especialidade, compete ao médico guardar todos os dados e prontuários, fichas por ele preenchido, em hipótese do próprio paciente ou de seus familiares precisarem de algum tipo de documento que esteja sob a posse do médico e ou hospital/clínica o mesmo fornecerá cópia com as informações solicitadas se for necessário para algum outro procedimento fora do estabelecimento onde o tratamento teve início ou mesmo acompanhamento com outro profissional.⁷⁰

O Conselho Federal de Medicina define o prontuário médico como:

Documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.⁷¹

⁶⁸ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.77-8.

⁶⁹ *Idem.* p.234.

⁷⁰ *Idem ibidem.* p.79.

⁷¹ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.79.

Posto a importância desses documentos tanto para o médico quanto para o paciente, será sempre necessário a existência de um motivo legal para se romper o sigilo, onde o descumprimento do mesmo o levará a responsabilização pelos danos causados ao lesado. Posto que o sistema legal brasileiro permite entre outros meios fazer a prova documental, artigo 212 inciso II do Código Civil, onde tais documentos poderão ser fundamentais na instrução de processos disciplinares ou mesmo judiciais onde coloca-se em dúvida o trabalho médico.

2.1.4. Relação médico – paciente

A vida é um dos cinco direitos fundamentais enunciados no artigo 5º da Constituição Federal, sendo direito básico essencial pressuposto de todos os outros, sendo os demais chamados de “bens da vida”, dessa forma a vida deve ser vivida em plenitude. Com saúde em plena higidez física e mental, com ausência de qualquer moléstia. Nessa concepção tornou o Estado encarregado de assegurar integral assistência médica à população, priorizando o recuperável em detrimento do irrecuperável. Simultaneamente, as necessidades básicas na saúde vão se sofisticando, as cirurgias corretivas são exemplos dos avanços na Saúde.

O critério norteador da relação médico/ paciente foi o chamado princípio da beneficência, ou seja, refere-se à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo. O profissional deve ter a maior convicção e informação técnicas possíveis que assegurem ser o ato médico benéfico ao paciente, ação que faz o bem, com a expressão favorecer ou não prejudicar. Era uma visão paternalista do paciente, sendo considerada a enfermidade uma privação de discernimento do paciente, onde o médico deveria dedicar à mesma atenção que a voltada a uma criança que desconhece o que é melhor para si. A relação

também não se resumem à médico/paciente, mas podendo surgir uma relação entre médico, paciente e família do paciente, podendo também haver a intervenção do Estado.

Nos tempos atuais vem se reconhecendo nos pacientes, sujeitos de direitos e não o simples objetivo de cuidados médicos, tendo este a autonomia para decidir o que é melhor para si, tendo o direito de ter o conhecimento da verdade sobre o que esta ocorrendo com sua saúde.⁷²

Dessa forma dispõe o art. 3º da resolução nº 1.621/2001 do Conselho Federal de Medicina:

Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.⁷³

De modo que o médico tem o dever de aplicar todas as suas técnicas e conhecimentos a fim de buscar um resultado satisfatório, obrigando-se a adotar os procedimentos recomendados pela medicina com dedicação, porém não se pode prometer o resultado esperado pelo paciente. Com a obrigação também de manter informando o paciente dos riscos do procedimento, bem como o método a ser adotado para a realização do mesmo.

2.1.5. Obrigação de Meio e Resultado

A doutrina divide os tipos de contrato em contratos de meio e contratos de resultado, classificação esta de relevantes efeitos no plano material e processual, em que atua com total mudança ao ônus da prova. As dúvidas quanto aos contratos surgem somente em algumas especialidades do médico, como a análise sanguínea, a anestesiologia e as cirurgias plásticas estéticas.

⁷² FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *op. cit.* p.46.

⁷³ Resolução nº 1.621/2001 do Conselho Federal de Medicina.

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

As obrigações podem ser classificadas conforme seu objeto ou conteúdo em obrigações de meio e resultado, a doutrina também usa essa classificação também nos casos das obrigações que advêm do contrato médico. O fato de o contrato ser enquadrado numa das duas modalidades de contratos influi sobre a definição do objeto do negócio jurídico, isto é, a configuração da prestação devida, e consequentemente, sobre a conceituação do inadimplemento.

Na obrigação de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. Ambos têm perante o outro contratante, um débito específico, que consiste em alcançar um fim predeterminado, esse fim confundia-se com a prestação devida, motivo este se dá o inadimplemento contratual, quando o fim não é alcançado.

Ocorre de maneira diferente na obrigação de meio, pois o contrato impõe ao devedor a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas não tendo o compromisso de atingi-lo, limitando-se a referida atividade de modo que o devedor tem de se empenhar na procura do fim que justifique o negócio jurídico, atingindo de acordo com as técnicas próprias de sua função. “A frustração, do objetivo visado não configura inadimplemento, nem enseja obrigação de indenizar o dano suportado pelo outro contratante.”⁷⁴ Havendo dessa forma inadimplemento, quando a atividade devida for mal desempenhada. O contrato de prestação de serviços médicos provoca obrigação de meio e não de resultado, sendo que o paciente e facultativo tem um objetivo comum, a busca da cura do enfermo, mas a própria ciência e na natureza do paciente não permite garantir o alcance dessa meta. Onde terão todo o empenho para alcançar tal objetivo, porém sem a certeza de alcançá-lo, embora a prestação contratual

⁷⁴ FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *op. cit.* p. 54.

do médico seja com zelo e adequação, nem sempre alcançando o sucesso do tratamento.⁷⁵

Conforme dispõe Sálvio de Figueiredo Teixeira: “o contrato de prestação de serviços médicos provoca obrigação tipicamente de meio e não de resultado”.⁷⁶

Conforme estabelece Décio Policastro:

É preciso esclarecer desde o início da relação com o paciente, que a atividade médica envolve obrigação de meios. Quer dizer o médico tomara para si o dever de empregar todos os meios e recursos disponíveis ao seu alcance, para combater o mal ou atingir o melhor resultado possível.⁷⁷

Da mesma forma estabelece o Código de Ética Médica em seu art. 32 que é vedado o médico “Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.⁷⁸

Ao prestar os serviços ao cliente o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga. Diferente do que ocorre nas cirurgias plásticas, nesse sentido dispõe Silvio de Sálvio Venosa: “vezes haverá, no entanto, em que a obrigação médica ou paramédica será de resultado, como na cirurgia plástica”⁷⁹. De modo que a responsabilidade do médico será aferida mediante todos os exames e técnicas necessárias por ele empregadas caso a caso, tendo o médico o dever de informar ao paciente de todas as técnicas e metodologias por este adotada para qualquer procedimento.

⁷⁵ *Idem*. p.57

⁷⁶ *Idem*, *Ibidem* .p.58.

⁷⁷ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.8.

⁷⁸ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.302.

⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.129.

A jurisprudência e a doutrina dominante enunciam que, o médico cirurgião-plástico assume com o seu paciente uma obrigação de resultado, e não de meio.

Responsabilidade médica – Danos morais e estéticos – Cirurgia estética – Obrigação de resultado – Indenização devida – Voto vencido – Na cirurgia estética, embelezadora, assume o cirurgião obrigação de resultado, obrigando-se a indenizar quando haja intercorrência de deformidade – A indenização por danos estéticos é devida quando fica demonstrada modificação na aparência da vítima, capaz de causar-lhe constrangimento no convívio social – Já em matéria de lucros cessantes, não se indenizam os danos potenciais, nem as esperanças de negócios lucrativos, mas tão-somente os efetivos ocorridos. V. v.: Não tendo a autora se desincumbido de provar que a cirurgia plástica foi embelezadora e comprovado que a mesma se realizou através do SUS, o qual somente autoriza intervenções corretivas, deve ser julgado improcedente o pedido de indenização – Negar provimento aos recursos, vencido o juiz vogal⁸⁰

Em oposição à jurisprudência e à doutrina dominante, Fabio Ulhoa Coelho apresenta os seguintes argumentos:

(...) é necessário desfazer a enorme distância entre a plástica corretiva e a estética que a retórica jurídica estabeleceu. Não há fundamentos para tratar as duas hipóteses como essencialmente diversas.
(...) a natureza de obrigação de meio dos cirurgiões plásticos nas intervenções motivadas apenas por razões estéticas é a presença das mesmas razões que impossibilitam os médicos das demais especialidades de assumir compromissos de resultado. A ciência médica, embora possa estabelecer padrões gerais altamente confiáveis para procedimentos que recomenda, não consegue controlá-los de forma absoluta. (...) Cada organismo reage diferentemente à “agressão” da cirurgia, e influi enormemente no resultado da plástica o estado psíquico do paciente. Este quadro encontra-se em todas as especialidades médicas, inclusive na medicina de embelezamento. Nada há de específico nas expectativas do paciente por ter a cirurgia razões puramente estéticas. Sempre que alguém procura um médico quer alcançar um objetivo específico: a cura da doença, a melhoria do estado geral de saúde, controles preventivos, etc.⁸¹

Apesar dos argumentos citados por Fabio Ulhoa Coelho, conforme dito anteriormente, o entendimento predominante é de que, nas cirurgias estéticas, a obrigação do

⁸⁰ MAROTTA, Wander. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Apelação Cível nº 0333581-7, 3ª Câmara Cível, Desembargador Relator Wander Marotta, julgado em 6-6-2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5759342/200000033358170001-mg-2000000333581-7-000-1-tjmg>>. Acesso em 13 de Dezembro de 2012.

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p.135-7.

médico cirurgião-plástico é de resultado, pois o paciente saudável, ao submeter-se a este tipo de procedimento, busca atingir um resultado específico e, portanto, não conta apenas com o cuidado do profissional, pois deve o profissional em princípio garantir o resultado almejado pelo paciente, caso não for assegurado ao paciente um resultado satisfatório não haveria o consentimento do mesmo. Consequentemente, o fracasso da cirurgia imputará ao médico do dever de indenizar.

Portanto se tratando de cirurgias estéticas embelezadoras ou de exames clínicos radiológicos e assemelhados, a obrigação será de resultado. Diferente nos casos de tratamentos de enfermos ou algum tipo de moléstia que não tenha relação com cirurgia plásticas estéticas embelezadoras, devendo o médico aplicar toda sua técnica para alcançar a cura, porém a obrigação será de meio, tendo o profissional a intenção de chegar rumo a um fim, mas sem o compromisso de atingi-lo.⁸²

Nesse sentido leciona Fábio Ulhoa Coelho:

Mas o que, decisivamente, sustenta a natureza de obrigação de meio dos cirurgiões plásticos nas intervenções motivadas apenas por razões estéticas é a presença das mesmas razões que impossibilitam os médicos das demais especialidades de assumir compromissos de resultado.⁸³

Contudo cabe observar essa orientação, não podendo esta ser decisiva. Como já demonstrado acima, as cirurgias estéticas serão consideradas obrigações de resultado, porém há a possibilidade de ocorrer cirurgias estéticas que não poderão ser consideradas obrigações de resultado, pois no caso de uma cirurgia que terá que ser realizada em urgência/emergência em pronto socorro em uma pessoa acidentada a fim de se evitar danos irreversíveis, caberá ao Juiz analisar caso a caso. Diferente da regra geral, que ao estabelecer um vínculo contratual

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p.139.

⁸³ *Idem*, p. 324.

com o médico com a finalidade de obter um resultado satisfatório em uma cirurgia estética planejada.⁸⁴

2.1.6. A equipe médica e o Hospital

Os hospitais são estabelecimentos responsáveis pela internação e pelo tratamento de doentes, envolvendo uma série de serviços, como o atendimento médico e o fornecimento de hospedagem, bem como alimentação e medicação no período em que permanecer hospitalizado.

A palavra hospital em seu antigo significado era hospedaria, onde as pessoas podiam se hospedar diante do pagamento, com o passar do tempo passou a ser um lugar onde os pacientes ficam para receber tratamento médico, formado por um conjunto de instalações, instrumentos médicos destinados ao tratamento do paciente. Sendo o hospital uma pessoa jurídica onde a obrigação é de meio.

Entende Décio Policastro:

[...] a responsabilização do médico irá depender da comprovação da culpabilidade no agir ou no deixar de agir (erro de diagnóstico, erro na escolha da terapia, erro de conduta, intervenção desastrosa), ao passo que o hospital carrega sobre si a presunção da culpa pelo dano ocasionado.⁸⁵

De modo que pode ocorrer o dano causado pelo médico devido a conduta adotada, e não em razão do atendimento hospitalar. Porém poderá ainda os dois concorrer com o dano se houver falha do hospital juntamente com a conduta médica. Nesse sentido há decisões onde o levantamento da responsabilidade exige prova da culpa, tanto nas demandas propostas contra a pessoa física do profissional liberal, como contra pessoas jurídicas sendo estas prestadoras de serviços, analisando o trabalho dos médicos.

⁸⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.145.

⁸⁵ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.93.

Para afastar sua responsabilidade, bastará que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou da própria natureza.

2.1.7. Ônus da prova

O Juiz julgará a ação de acordo com os fatos e provas apresentados a ele, tendo este a livre convicção encontrando elementos que o leve ao convencimento, decidindo a favor ou desfavor da vítima. Sendo as provas, os meios empregados para demonstrar a existência do fato Jurídico, qualquer que seja o acontecimento poderá ser provado de várias formas, sendo estes, confissão, prova documental, testemunhas, perícias, enfim de acordo com o artigo 212 do Código Civil.⁸⁶

Em regra o ônus da prova cabe a quem alega, o dever de provar o fato no qual o autor baseia no dever de indenização cabe a vítima. Como dispõe o artigo 333 inciso I do Código de Processo Civil: “O ônus da prova incumbe: ao autor, quando ao fato constitutivo do seu direito.” Sem danos, seja ele material ou moral não haverá a possibilidade da indenização, visto que “a indenização sempre pressupõe a existência de um dano ou prejuízo.”⁸⁷

Nos casos relacionados a indenizações por erro médico, será realizada a prova pericial a pedido das partes ou a requerimento do Juiz, para investigar se o dano decorre de culpa, nesse sentido entende Décio Policastro, “No caso de erro médico, cabe ao paciente ou à quem o representa, provar o fato e a conduta médica que o vitimou.”⁸⁸

O médico na situação de abonar sua conduta, a regra do ônus da prova poderá ser invertida. O Código de Defesa do Consumidor tem entre os direitos do consumidor a

⁸⁶ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.126.

⁸⁷ *Idem*, p.126.

⁸⁷ *Idem*, *Ibidem*. p.95.

⁸⁸ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.127.

inversão do ônus probatório, de maneira que o ofendido demonstrará o resultado causado pela conduta médica que se sujeitou. E o profissional para se isentar da responsabilidade cabe a prova de que usou todos os métodos possíveis para o procedimento adotado com o paciente, a fim de melhor obter o resultado satisfatório.

Nesse sentido dispõe o artigo 6º inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor:

São direitos básicos do consumidor:

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.⁸⁹

Portanto, não pode se esquecer que o médico é prestador de serviço pelo que, sua responsabilidade é objetiva, dessa forma sua responsabilidade esta sujeita a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, podendo o Juiz dessa maneira observando a complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, conforme o artigo 6º descrito acima.

3. DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO

3.1. ASPÉCTOS INTRODUTÓRIOS

A responsabilidade do médico se inicia a partir do momento que o profissional se dispõe a assistir o doente, para atenuar os efeitos da doença controlando a enfermidade. Dessa relação surge um vínculo sendo contratual ou extracontratual, sendo contratual quando ocorrer a prestação de serviços verbalmente, por escrito ou tacitamente; e extracontratual quando ocorrer um acontecimento imprevisto, em uma determinada situação de emergência, que o médico tenha que intervir para dar assistência aos pacientes. Geralmente a responsabilidade do médico surge sem formalidades, de maneira natural, resultam de um

⁸⁹ BRASIL. *op. cit.* p.774.

acordo verbal onde o médico se compromete em prestar-lhe seus serviços usando de seus conhecimentos, técnicas para o tratamento da enfermidade, com a aceitação do paciente em realizar todos os procedimentos propostos pelo médico.⁹⁰

No que diz respeito a aceitação do paciente nas técnicas propostas pelo médico, importante ressaltar que o mesmo tem o livre arbítrio em aceitar ou não as condutas propostas pelo profissional, nesse sentido o Código de Ética Médica veda ao médico violar esse direito do paciente. Estabelece o Código de ética médica:

XXI – No procedimento de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Art. 24 – Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31- Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Surge dessa maneira o limite a autonomia de vontade dos pacientes e da responsabilidade do médico quando o paciente não concorda com a conduta proposta pelo médico, porém o Código de Ética Médica traz a importância da saúde do paciente, de forma que o profissional terá que dispor de todos os conhecimentos técnicos para agir em benefício do paciente. Nesse sentido Décio Policastro diz que:

se a confiança for rompida e persistir a divergência quanto à conduta terapêutica proposta, o que deve prevalecer é a vontade do paciente, porque ninguém pode ser forçado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei nem ser constrangido a submeter-se a tratamento médico.⁹¹

⁹⁰ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p. 3-5.

⁹¹ *Idem.* p. 5.

De modo que, o profissional deverá ser prudente em caso de recusa do paciente em aceitar o tratamento proposto, anotando o prontuário e solicitado uma declaração de recusa ao paciente ou dos familiares.

Leciona Décio Policastro: “Agindo com Zelo e da maneira certa ao caso, o médico não será responsabilizado pelo desempenho, mesmo quando o resultado desejado for desagradável.”⁹² De modo que o profissional não poderá ser responsabilizado pelos resultados que não for satisfatório, pela ineficácia do tratamento, desde que não haja nenhuma falha médica.

O Código Civil não cuidou da responsabilidade indenizatória do médico na parte reservada a regulamentação dos contratos. Regulou no artigo 1.545, na parte em que se ocupa da liquidação dos danos provenientes de atos ilícitos, levando ao questionamento sobre ser responsabilidade, *in casu*, delitual ou contratual, que poderia ter influência importante sobre o ônus da prova quanto à culpa do agente, sendo que na delitual, a vítima tem o encargo de provar a culpa, enquanto na contratual se presume como decorrência do próprio descumprimento da prestação contratual.

Nesse sentido ensina Maria Helena Diniz:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos de medicina. Todavia há casos em que supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão.⁹³

⁹² POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.9.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p.320.

A responsabilidade Civil do Médico, sem embargo de ter sido tratada pelo legislador entre os casos de atos ilícitos, é vista unanimemente como responsabilidade contratual. Pode o médico vir a ser responsabilizado por danos extracontratual, podendo ocorrer em casos de emergências, sem que antes tenha havido qualquer tipo de acordos de vontade entre as partes, isto é, entre o médico e o paciente, onde a responsabilidade indenizatória pela falta de assistência médica ocorrerá tanto no acordo convencionado entre as partes, quanto na que se deu independentemente de contrato entre as partes.⁹⁴

3.2. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Nos primórdios da humanidade, no que diz respeito à punição da imprudência médica, existiam preceitos que regulavam o dano, o homicídio culposo, a lesão de forma específica como uma maneira de se vingar, forma essa primitiva de modo que gerava uma reação pelo prejuízo sofrido, denominando-se dessa forma o materialismo no Direito, gerando as conseqüências dos danos causados. Ainda não se falava em direitos ou mesmo responsabilidades, onde na ocorrência de um dano ocorria a reação vingativa em relação ao ofensor, não tendo a preocupação com limitações ou mesmo regras, com o objetivo apenas de reparar o mal.⁹⁵

Com o passar do tempo, dada à importância da medicina no conjunto das atividades sociais, foram sendo elaborada na legislação dos povos antigos normas referendando questões ligadas ao comportamento do profissional da medicina, legislação esta que vem desde a época de Hammurabi, onde em sua pedra art. 218 adotava a Lei de Talião e também a Lei das Doze Tábuas muito antiga.⁹⁶

⁹⁴ FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *op. cit.* p.56.

⁹⁵ CROCE JUNIOR, Delton. *op. cit.* p. 7-8.

⁹⁶ CROCE JUNIOR, Delton. *op. cit.* p. 6-7.

O erro profissional, ou escusável, não é devido à falta de observância das regras e princípios que a ciência sugere, e sim devido à imperfeição da medicina, sempre que o profissional, empregando corretamente os conhecimentos e regras de sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa embora incidir um resultado de dano ou de perigo, a não ser que se trate de um erro grosseiro.

Estabelece o Código de Ética Médica em seu capítulo II, sendo direitos dos Médicos:

IV- Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais.⁹⁷

V- Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência.⁹⁸

De maneira que, quando os meios oferecidos pela instituição, seja ela pública ou privada, puderem prejudicar a sua saúde ou a do paciente, o médico tem o direito de recusar o exercício profissional. Pode, ademais, ressalvadas as situações de urgência e emergência, suspender as atividades se as condições de trabalho forem inadequadas ou a remuneração indigna e injusta, devendo nesses casos ser comunicado ao Conselho Regional de Medicina.

3.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

⁹⁷ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.297.

⁹⁸ *Idem.* p.297.

O estudo da responsabilidade civil do médico, nos últimos anos, ganhou intensidade e importância face às inúmeras contendas jurídicas envolvendo médicos e pacientes, nas quais se discute a má prestação do serviço em decorrência de erro, principalmente em demandas ligadas às cirurgias estéticas. Em tempos que a relação médico-paciente é quase que unicamente profissional, a responsabilidade civil do médico ganha uma nova dimensão e, portanto, impõe a este profissional uma atuação com maior cautela, até mesmo para precaver-se de possíveis demandas judiciais.

Nesse sentido estabelece Décio Policastro:

Somente será possível considerar a hipótese da responsabilidade decorrente de falha médica, quando a utilização de técnica intolerada pela prática médica ou a falta de prudência forem apuradas pericialmente.⁹⁹

Assim, analisaremos os pressupostos da responsabilidade médica, pois para se caracterizar a responsabilidade médica seja ela civil ou penal, é indispensável o agente, que logicamente no tema em questão será o médico, em sua plena posse de suas faculdades mentais, tendo a capacidade de prever as próprias consequências de suas ações, visto que tais atos terão que ser realizados por indivíduo com habilitação técnica e legal. Sendo indispensável o ato, onde o dano deverá ser consequente a um ato médico lícito. Caso o facultativo utilize a sua profissão para praticar um ato ilícito (aborto criminoso, charlatanismo etc.), responderá independentemente de sua profissão, como qualquer outra pessoa que cometer o mesmo ilícito, seja qual for sua profissão; a culpa, sendo esta uma conduta voluntária, ação ou omissão, produzindo um resultado antijurídico não pretendido, mas

⁹⁹ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.9.

previsível e preito, que se com as devidas cautelas poderá evitá-lo, sendo a culpa responsabilidade pelo resultado produzido.¹⁰⁰

A conduta positiva ou negativa onde alguém não quer que o dano aconteça, mas podendo ocorrer pela falta de previsão de algo que é perfeitamente previsível, sendo a culpa uma voluntária omissão de diligências no observar as consequências possíveis, não se podendo pensar em culpa quando o evento não é previsível, se for o inverso, evidentemente verdadeiro. O fundamento jurídico da responsabilidade médica esta na culpa, ou seja, na negligência, imprudência ou imperícia. Apesar da negligencia, a imprudência ou imperícia, inescusável irretorquível se manifesta, onde são sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idênticas provadas em juízo qualquer dessas modalidades de culpa.

Sendo também o dano um pressuposto da responsabilidade do médico, o resultado lesivo por si só não é o aspecto fundamental do crime culposos. Encontrando sua tipicidade em um comportamento proibido pela norma, onde a ação que é proibida pela norma é a que ocorre com a negligência.¹⁰¹

3.4. A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na busca desta defesa do consumidor, tanto quanto na tentativa de se equilibrar as relações de consumo, foi promulgada em 1990 a Lei 8.078, Código de Defesa do Consumidor. A referida lei especial significa um enorme avanço nas relações de consumo, bem como a concretização da proteção do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado e promulgado para que se colocasse em prática a garantia constitucional da defesa do consumidor. E, neste sentido, buscou a referida lei, a criação de normas que viabilizem este equilíbrio nas relações de

¹⁰⁰ CROCE JUNIOR, Delton. *op. cit.* p.13-5.

¹⁰¹ CROCE JUNIOR, Delton. *op. cit.* p.13-22.

consumo. Hoje, com as normas trazidas pelo CDC, o fornecedor é impedido de se sobrepor aos interesses e direitos do consumidor.

O tratamento médico atualmente é, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre a responsabilização da atividade do profissional liberal, aqui o médico, consagrou a necessidade de indicar a presença de culpa no seu agir, em qualquer das modalidades que esta se faça presente no agir do médico, para responsabilizá-lo por eventuais danos causados ao consumidor, aqui o paciente consumidor de serviço de saúde que é, estabelecendo, no parágrafo 4º, de seu artigo 14, “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”¹⁰².

Adequado ao entendimento da culpa sob a forma que ela se apresente, o que preleciona Caio Mário da Silva Pereira: “O conceito de culpa é unitário, embora sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas, entretanto, meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente.”¹⁰³ E continua o mesmo autor, dizendo: “O que se salienta aqui é o princípio da unidade da culpa, deixando claro que as modalidades em que se desdobra não afloram mais que à sua superfície, deixando incólume o seu conceito ontológico.”¹⁰⁴

Entende Décio Policastro:

O Código de Defesa do Consumidor, além de conferir aos usuários de serviços o direito básico à reparação de danos patrimoniais e morais, imputa ao prestador de serviços em geral, a responsabilidade de ressarcir os efeitos danosos provocados pelo mau serviço.¹⁰⁵

¹⁰² BRASIL. *op. cit.* p.775.

¹⁰³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *op. cit.* p.35.

¹⁰⁴ *Idem.* p.37.

¹⁰⁵ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.93.

A culpa em sentido estrito “*stricto sensu*” é a que geralmente está presente na conduta do profissional em casos de erro médico, no terreno da responsabilidade civil, mas não há porque não se estar atento, e ter sempre presente que há possibilidade da eventual ocorrência de dolo na conduta do médico, integrante que é este, dolo da culpa em sentido amplo “*lato sensu*”.

Em casos de erro médico, causador de dano a um paciente, as modalidades da culpa, em sentido estrito, negligência, imprudência e imperícia, que admitem ser agrupadas no termo culpa inconsciente, em termos de averiguar a responsabilidade civil do médico por este dano, pelos tribunais, na conduta deste profissional, para caracterizar o agir culposos deste em sua atividade de atendimento ao paciente. Cabe mencionar que, em certos casos, o que pode estar presente é a modalidade da culpa em sentido estrito denominada culpa consciente, daí a necessidade de se averiguar também, em juízo, a possibilidade da sua presença na conduta do médico.¹⁰⁶

3.5. CULPA MÉDICA: NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA.

No erro médico os autores citam a presença da culpa como necessária, no agir do médico, para ser este responsabilizado, no terreno da responsabilidade civil, em juízo por danos eventualmente sofridos por um paciente em decorrência de um tratamento médico. Por isto cabe uma análise desta culpa, ou seja, uma descrição do que o ordenamento jurídico entende por culpa em sentido estrito nos casos de erro médico, no que diz respeito à responsabilidade civil.

Imperícia é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. O químico, o eletricitista, o motorista o médico, o engenheiro o farmacêutico etc., necessitam de aptidão

¹⁰⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *op. cit.* p. 37-9.

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

teórica e prática para o exercício de suas atividades. Sendo possível que em decorrência de ausência de conhecimento técnico ou de prática, essas pessoas, no desempenho de suas atividades venham a causar dano a interesses de terceiros. Fala-se em imperícia, não se confunde com erro profissional.

Imperícia do latim *imperita*, de *imperitus* significa inexperiente, não hábil. Em termos jurídicos corresponde a falta de prática ou à ausência de conhecimentos que no exercício de determinada profissão ou de alguma arte, seriam necessários ou precisos.¹⁰⁷

Sobre a negligência, aplicável também à imprudência e à imperícia, o que transcreve Hans Kelsen:

Sob o conceito de responsabilidade pela culpa costuma também abranger-se a hipótese da chamada negligência. Esta surge quando a produção ou o não impedimento de um evento (resultado), indesejável segundo a ordem jurídica, é proibido, mesmo que não tenha sido efetivamente previsto ou intencionalmente visado pelo indivíduo através de conduta ele foi produzido ou não foi evitado.¹⁰⁸

Leciona Delton Croce:

(...) a negligência, a imprudência ou a imperícia, em verdade, nada mais sejam do que sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idênticas, provadas em juízo qualquer dessas modalidades de culpa, o caso é de condenação.¹⁰⁹

E referindo-se à atividade na área da saúde, ou seja, médica, a respeito destas três modalidades de culpa em sentido estrito leciona Regina Tavares da Silva:

A negligência é a culpa omissiva, oposto de diligência ou de ação cuidadosa. É a desatenção, distração, indolência, inércia, passividade. Assim, na área da saúde, podemos defini-la como

¹⁰⁷ CROCE JUNIOR, Delton. *op. cit.* p.23-4.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.86.

¹⁰⁹ CROCE JUNIOR, Delton. *op. cit.* p.14.

a omissão de comportamentos recomendáveis pela prática e ciência médica.¹¹⁰

Sendo a imprudência o oposto de providência. É a leviandade, a irreflexão, o açodamento, a precipitação. Na área da saúde podemos defini-la como a utilização de procedimentos não recomendados pela prática e ciência médica. A imperícia é o oposto de perícia. É o despreparo ou a falta de habilidade. Na área da saúde pode ser definida como a deficiência de conhecimentos técnicos. A imperícia, hoje em dia deve-e ser dada atenção redobrada na responsabilidade Civil na área da saúde, pois em curtos espaços de tempo são criadas diversas especialidades médicas. Como derivado direto do princípio da legalidade, seja em medicina, seja nas demais profissões regulamentadas por lei, uma vez praticadas ato profissional dentro dos ditames, não há possibilidade de enquadramento por imperícia.¹¹¹

3.6. O TRATAMENTO MÉDICO DE RISCO

Todo procedimento médico acarreta um riscos, para alguns maiores para outros menores, dependera do que o paciente necessita e espera do tratamento. Cabendo ao profissional saber dosa-lo e comparando com a execução de determinado tratamento, em contrapartida os benefícios que trará ao paciente. Se a taxa de risco que acomete o paciente for alta, havendo confronto com os benefícios que o procedimento trará ao paciente, o médico deve omitir-se do tratamento, salvo se do procedimento depender a vida ou integridade física do enfermo.¹¹²

Procura-se dessa maneira quantificar os riscos antes de submeter o paciente a qualquer que seja o procedimento, fazendo-se um estudo antecipado acerca das expectativas

¹¹⁰ TAVARES DA SILVA. Regina Beatriz. *op. cit.* p. 37.

¹¹¹ *Idem.* p. 43.

¹¹² SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012.p.74-5

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

do tratamento confrontando os benefícios com os riscos. Importante destacar que para essa avaliação será necessário observar todos os aspectos que levou o paciente ao procedimento, entre eles, qual o tipo de enfermidade, se apresenta perigo de morte, qual a urgência do procedimento. Importante observar o estado de saúde do paciente no momento do procedimento, outro ponto importante é quanto a qualificação do profissional que realizará o procedimento específico, observando sua qualificação técnica, conhecimento, etc.

Nesse sentido entende Décio Policastro:

O médico, como qualquer ser humano, não tem o privilégio da infalibilidade. Pode falhar no diagnóstico, (...) o que são condenadas são as atitudes precipitadas capazes de conduzirem a diagnósticos malfeitos e grosseiramente errados, situações de manifesta culpa profissional viabilizadoras de medidas civis e administrativas.¹¹³

Classificando todos esses aspectos o paciente antes de qualquer procedimento terá que ser avaliado por uma comissão especializada na realização de procedimentos cirúrgicos, elaborada pela Comissão de Anestesiologia. Condutas essas a serem adotadas para evitar complicações, tanto para o paciente, tanto para o profissional que realizará o procedimento.¹¹⁴

O profissional da medicina deverá ter a cautela de obter do paciente um documento de ciência dos riscos do procedimento cirúrgico, após o esclarecimento pelo médico, documento este essencial para eventuais intercorrências imprevisíveis, ou algum efeito indesejável decorrente da cirurgia.

4. DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

4.1. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA

¹¹³ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.59.

¹¹⁴ SCHAEFER, Fernanda. *op. cit.* p.74-5.

Na cirurgia plástica que se pretende corrigir lesões deformantes, defeitos congênitos ou adquiridos, cirurgias estas corretivas ou reparadoras situam-se como obrigação de meio. Na cirurgia plástica reparadora, há o compromisso médico de empregar todos os recursos para a obtenção da cura ou amenizar os efeitos da enfermidade ou de deformação, sem assegurar o resultado. O médico se obriga a utilizar todas as técnicas e meios adequados para a realização de seu ofício, agindo com diligência, prudência e perícia.¹¹⁵

Nas cirurgias plásticas reparadoras a obrigação assumida pelo médico em relação ao paciente é de meio, cabe ao paciente a comprovação da culpa do médico, em caso de falha na intervenção cirúrgica. “Se o agente causador do dano agiu em legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal, não há, salvo algumas exceções, que se falar em responsabilidade por ato ilícito ou obrigação de indenizar”¹¹⁶

4.2. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

As cirurgias plásticas esta autorizada no art. 51 do Código de Ética Médica: “São lícitas às intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico”.¹¹⁷ Na cirurgia plástica estética embelezadora o compromisso é assegurar melhoria no aspecto geral ou em alguma parte do corpo do paciente, pois ao paciente sujeitar-se à uma cirurgia estética embelezadora esta em busca de melhorar seu aspecto físico externo de alguma parte do corpo. O objeto esta restrito ao alcance do resultado meramente estético, de acordo com o pensamento de Sergio Cavaliere Filho “nessa especialidade, distinguir a cirurgia corretiva estética, (...) tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática”.¹¹⁸

¹¹⁵ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.10.

¹¹⁶ SCHAEFER, Fernanda. *op. cit.* p.25.

¹¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.143.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.416.

De acordo com o pensamento do mesmo autor, quanto à cirurgia estética:

o objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física, afinar o nariz, eliminar rugas do rosto etc. Nesses casos, não há dúvida, o médico assume a obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido.¹¹⁹

Dessa forma a modalidade das cirurgias plásticas possui a finalidade idade do cirurgião quando este não atinge o resultado pretendido

Entende Sergio Cavalieri Filho:

(...) no caso de insucesso da cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.¹²⁰

Cabe ao paciente a decisão sobre sua saúde, avaliando os riscos dos procedimentos a serem adotados ao submeter-se a uma cirurgia, cabendo a exceção das cirurgias emergenciais. Pois considerando que o alvo da atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

4.3. O MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

O cirurgião plástico é um dos médicos de maior destaque na atualidade devido à relevância assumida pelas cirurgias de caráter estético nas últimas décadas. Contudo, seu mercado pode ser mais restrito, pois os convênios de saúde normalmente não oferecem cobertura para cirurgias estéticas.

São diversas as fases onde envolvem a relação do médico e paciente, podendo ser considerada desde o primeiro contato no consultório até o fim do tratamento. Para que o

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.416.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.417.

médico seja responsabilizado pelos seus atos terá que ter ignorado seus deveres, devendo deixar o paciente consciente tanto dos riscos que estará se submetendo quanto ao tratamento que será submetido após a cirurgia. De maneira que “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”¹²¹

“A despeito da legislação médica não reprimir expressamente a prática de procedimentos estéticos a não especializados, o pretendente à cirurgia plástica precisa ser cauteloso na escolha do profissional”.¹²² Procurando o paciente saber informações sobre o mesmo, para que não haja nenhuma dúvida à respeito de sua formação técnica, de forma que o profissional médico responderá por seus atos em caso de imperícia. Além dessa responsabilidade por ato próprio, o médico pode responder por ato de outro, ou por fato das coisas que usa ao seu serviço.

4.4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

4.4.1. Aspectos preliminares

O médico que será responsável em conversar com o paciente a fim de mostrarlhe a necessidade da intervenção da cirurgia plástica estética. O dano estético configura-se danos morais, consequentemente deverá ser indenizado. Porém como em qualquer procedimento médico e cirúrgico, poderão surgir complicações. Há a necessidade, portanto de se tratar o cirurgião plástico com mais rigidez, vez que se trata de obrigação de resultado salvo raras exceções.¹²³

¹²¹ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.294.

¹²² *Idem.* p.12.

¹²³ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.145.

No que diz respeito as múltiplas especialidades da medicina e o aperfeiçoamento das técnicas usadas nas cirurgias plásticas, permite fazer a divisão das tarefas e responsabilidades de cada profissional que atuam no mesmo procedimento cirúrgico, não havendo solidariedade entre a equipe que realiza a cirurgia, cada um responderá individualmente pelo ato praticado se profissional autônomo, analisando o tipo de relação jurídica que há entre eles, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade, sendo a responsabilidade de quem der causa.¹²⁴

Nesse mesmo pensamento leciona Décio Policastro:

A partir do surgimento das diversas especialidades clínicas e cirúrgicas, não é mais possível deixar de admitir a responsabilidade individual do profissional especializado pelos eventos adversos decorrentes dos atos praticados no exercício da responsabilidade.¹²⁵

Importante porém a distinção entre a cirurgia em que o médico apenas não obteve o resultado prometido e contratado, da cirurgia que o procedimento além de não atingir o resultado pretendido, causou um agravamento ou lesão estética ao paciente.

4.4.2. Da responsabilidade do cirurgião plástico na plástica reparadora

A responsabilidade do cirurgião começa antes mesmo de qualquer procedimento, desde o momento da realização da avaliação prévia no paciente, entendendo-se durante o ato cirúrgico, e permanecendo até o momento em que o paciente retoma a consciência do pós - cirúrgico. O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos.

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.407.

¹²⁵ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.85.

A cirurgia plástica reparadora impõe obrigação de meio, ou seja, o médico se obriga a tentar os meios necessários à obter o melhor resultado, mas não tendo o compromisso de alcançar o resultado.

Entende Décio Policastro no que diz respeito as técnicas usadas pelos médico:

No tratamento da pessoa doente, o médico deve ter liberdade para usar uma nova medida diagnóstica ou terapêutica se, em seu julgamento, esta oferecer esperança de salvar a vida, restabelecer a saúde ou aliviar o sofrimento.¹²⁶

De modo que resulta a responsabilidade médica, embora contratual é subjetiva e com culpa provada. Não decorre o insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. De modo que em qualquer procedimento cirúrgico, o organismo pode reagir de forma inesperada, negativa ou adversa, podendo comprometer o resultado pretendido.

4.4.3. Da responsabilidade do cirurgião plástico na plástica estética com resultados satisfatórios.

As cirurgias plásticas estéticas é um ramo da medicina que hoje em dia esta em grande desenvolvimento, visando melhorar a aparência externa, tendo o objetivo o embelezamento da pessoa. Apesar da alta tecnologia e desenvolvimento da medicina, as cirurgias plásticas estéticas estão sendo vista com maior rigor, devido a grande abrangência que o Código Civil traz no que diz respeito as responsabilidades que poderão incorrer o profissional que as realiza.

De modo que “há casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou em outros pacientes com absoluto sucesso, não obtém o resultado esperado em razão de características próprias do paciente, não detectadas”.¹²⁷ Não afastando, entretanto a obrigação de resultado, pois o resultado que se pretende ao se

¹²⁶ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.248.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p.416.

submeter a uma cirurgia estética é claro e preciso, ninguém se submete a uma cirurgia para ficar com a mesma aparência .

Nesse sentido leciona Sergio Cavalieri Filho:

No caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.¹²⁸

Enfatizando que contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou alguma irregularidade, cabendo dessa forma a inversão do ônus da prova, como já visto anteriormente. De maneira que nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva, cumpre o médico demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

O que se demonstra é que, sob todos os aspectos, a cirurgia plástica é intervenção cirúrgica equiparável a todos os demais procedimentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis e podem ocorrer consequências indesejáveis, ainda que toda técnica, recursos disponíveis, prudência e perícia tenham sido empregados, não podendo por sua vez, somente culpar o médico pelo ocorrido, sendo que por ele também não foi desejado.

4.4.4. Da responsabilidade do cirurgião plástico na plástica reparadora ou estética na ocorrência de erro médico.

¹²⁸ *Idem.* p.417.

De acordo com o pensamento de Décio Policastro: “É recomendável que o profissional obtenha do paciente um documento em que este reconheça ter sido informado e alertado dos riscos do procedimento cirúrgico”¹²⁹. Entendendo dessa forma ser indispensável um documento de ciência dos procedimentos realizados com os pacientes para diminuir possíveis responsabilidades se ocorrer intercorrências imprevisíveis, ou mesmo algum tipo de complicação em decorrência da cirurgia. Ressalta-se que somente a falta de informação, por si só não será causa do dano, sendo preciso distinguir se a intervenção era indispensável e causou dano.

De modo que “todas as vezes que a saúde e a integridade física do paciente são colocadas em risco, o médico deve renunciar ao objetivo estético, independentemente da vontade do próprio interessado”.¹³⁰ Prevalecendo à vida e saúde do paciente. De forma que o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, conduta esta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

Nesse mesmo sentido destaca Silvio de Figueiredo Teixeira:

Toda vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em casos de urgência que não possa ser de outro modo superada, ou de atuação compulsória.¹³¹

Dessa maneira, cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco a que estará sendo submetido com a cirurgia e aceitar ou não a solução recomendada pelo profissional. O ato médico deve ser praticado de tal sorte que, além do cuidado que toda pessoa deve guardar na sua vida de relação, ainda atentar aos deveres de cuidado próprios da profissão sendo no diagnóstico e na intervenção cirúrgica.

CONCLUSÃO

¹²⁹ POLICASTRO, Décio. *op. cit.* p.13.

¹³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p.145.

¹³¹ FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *op. cit.* p.81.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, mais do que nunca, é exigível dos profissionais da medicina que procurem atuar sempre com a máxima atenção, certificando-se de que possam sempre demonstrar cuidado com seus pacientes, em todas as fases do relacionamento, de modo a afastar qualquer resquício de negligência ou imprudência; além disso, cabe-lhes preocupar-se em manterem sempre atualizados com os avanços da medicina. Em sua atividade, os médicos trabalham com o sofrimento humano, e têm a missão básica de mitigá-lo. Devem poder sempre demonstrar que o fazem com dedicação e zelo, buscado a competência evitando que e lhes possa atribuir condutas menos cuidadosas que possam ser atribuídas à negligência, imprudência ou imperícia, sob pena de ficarem vulneráveis a responsabilidade pesadas, do ponto de vista profissional e patrimonial.

Na cirurgia plástica estética, que é realizada com o mero propósito da melhoria do aspecto físico do paciente, a tendência é de se classificar esta obrigação como de resultado. Tal entendimento se baseia no fato de que quando uma pessoa se predispõe a procurar um médico com o intuito de melhorar algum aspecto de seu corpo, o qual considera indesejável, este certamente quer que esse resultado seja alcançado, e não que o profissional contratado apenas desempenhe seu trabalho com diligências aplicando o conhecimento científico.

De modo que a modalidade das cirurgias plásticas estéticas possui como finalidade o embelezamento e o entendimento majoritário da doutrina é de que a obrigação do médico cirurgião plástico é de resultado. Quando o resultado pretendido não é alcançado, inverte-se o ônus da prova, tendo o médico o encargo de comprovar que não praticou por imprudência, negligência ou imperícia. De modo que não se tratando de cirurgia com o objetivo estético trata-se de obrigação de meio, de maneira que o Médico não terá a obrigação de um resultado específico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.2.

CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.7.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. **Direito e medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.1

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. **Iatrogenia e erro médico - sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3 ed. Lumen Juris, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; STOLZE, Gagliano Pablo. **Responsabilidade civil 3**. Novo curso de direito civil. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil**. Responsabilidade civil, 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.4

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade civil**. 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil por erro médico**. Aspectos processuais da ação por erro médico. São Paulo: RT, 1999.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.4.