

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA  
PLÁSTICA**

**VIVIANE HELENA SANTOS RODRIGUES**

**RIO DE JANEIRO**

2008

**VIVIANE HELENA SANTOS RODRIGUES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA  
PLÁSTICA**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade Nacional de  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Francisco dos Santos Amaral Neto**

**RIO DE JANEIRO**

**2008**

Rodrigues, Viviane Helena Santos.

A Responsabilidade Civil do Médico na Cirurgia Plástica / Viviane Helena Santos Rodrigues. – 2008.

63 f.

Orientador: Francisco Amaral

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 61-63.

1. Responsabilidade Civil - Monografias. I. Rodrigues, Viviane Helena Santos.  
II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. A Responsabilidade Civil do Médico na Cirurgia Plástica

CDD 342.151

## **PARECER DO ORIENTADOR**

Considero plenamente satisfatória a monografia apresentada pela aluna **VIVIANE HELENA SANTOS RODRIGUES**, considerando o desenvolvimento e a abordagem temática.

Assim sendo, encaminho esta monografia à apreciação da banca examinadora.

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2008.

---

Prof. Francisco dos Santos Amaral Neto

**VIVIANE HELENA SANTOS RODRIGUES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade Nacional  
de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito  
parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.**

**Data de aprovação: \_\_\_\_/ \_\_\_\_/ \_\_\_\_**

Banca Examinadora:

---

Prof. Francisco dos Santos Amaral Neto - Orientador

---

---

*A meus pais e meu irmão, por todo  
amor e apoio.*

*Às amigas, por tornarem toda essa  
jornada mais prazerosa.*

## RESUMO

RODRIGUES, Viviane Helena Santos. **Responsabilidade Civil do Médico na Cirurgia Plástica**. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho trata da responsabilidade civil do médico, especificamente na cirurgia plástica estética, em face da demanda galopante por tal especialidade e do crescente número de ações judiciais fundadas em culpa atribuída à atuação médica nesta área, tendo em vista as peculiaridades do contrato firmado entre o profissional e o paciente. Para melhor compreensão do assunto, em um primeiro momento será examinado o conceito, evolução histórica, espécies e pressupostos do importantíssimo instituto jurídico da responsabilidade civil, cujo objetivo maior é restituir o equilíbrio econômico-jurídico que se quebra quando ocorre a violação de um dever jurídico. Em seguida, analisa-se aspectos gerais da responsabilidade civil do médico à luz da doutrina e da jurisprudência, abordando a natureza jurídica da relação médico-paciente, a natureza do contrato, questão do erro médico e do dano médico, além do seu tratamento pelo Código de Defesa do Consumidor. A última parte do trabalho enfoca diretamente a responsabilidade médica na cirurgia plástica, distinguindo a cirurgia estética da cirurgia reparadora, demonstrando a legitimidade da cirurgia plástica estética e, finalmente, discutindo a questão crucial do tema em tela: se a obrigação assumida pelo cirurgião plástico estético é de meio ou é de resultado.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Médico; Cirurgia Plástica Estética; Obrigação de Resultado; Obrigação de Meio.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	11
2.1 <b>Conceito</b> .....	11
2.2 <b>Breve evolução histórica</b> .....	12
2.3 <b>Espécies de responsabilidade</b> .....	13
2.3.1 <u>Responsabilidade contratual e extracontratual</u> .....	13
2.3.2 <u>Responsabilidade subjetiva e objetiva</u> .....	15
2.4 <b>Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva</b> .....	16
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO</b> .....	19
3.1 <b>Noções gerais</b> .....	19
3.2 <b>Natureza jurídica da responsabilidade civil médica</b> .....	21
3.3 <b>Natureza do contrato firmado entre médico e paciente</b> .....	23
3.4 <b>Deveres do médico</b> .....	24
3.4.1 <u>O consentimento do paciente</u> .....	25
3.5 <b>Erro profissional, culpa e erro de diagnóstico</b> .....	27
3.6 <b>Dano médico</b> .....	29
3.7 <b>Cláusula de não indenizar e contrato médico</b> .....	31
3.8 <b>Responsabilidade Médica e o Código de Defesa do Consumidor</b> .....	33
<b>4 RESPONSABILIDADE MÉDICA NACIRURGIA PLÁSTICA</b> .....	39
4.1 <b>Evolução histórica da cirurgia plástica</b> .....	39
4.2 <b>Cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética</b> .....	42
4.3 <b>Legitimidade da cirurgia plástica estética</b> .....	43
4.4 <b>Objeto do Contrato: obrigação de meio e obrigação de resultado</b> .....	46
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	58
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	61



## 1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a Medicina esteve revestida de um caráter religioso e místico, atribuindo-se à vontade de Deus a saúde e a morte. Neste contexto, não se responsabilizava o médico, sua conduta era inquestionável já que apenas participava de um ritual dependente da vontade divina. O médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles.

Os tempos mudaram, o comportamento da sociedade mudou. A vida do final do século XX, início do século XXI determinou nova visão na relação médico-paciente. As expectativas dos pacientes se ampliaram através da rede de seguridade social, planos de saúde, convênios, inovações tecnológicas, e com elas as obrigações e cobranças impostas pelo paciente ao médico.

Atualmente, a responsabilidade civil médica tornou-se um tema que desperta muito interesse da sociedade, da área jurídica e da classe médica, dada a sua importância e a frequência das ações de indenização em nossa Justiça.

A Medicina está incluída no rol de profissões que, por apresentarem riscos à sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. O erro do profissional pode ser fatal, por isso, para o exercício de certas atividades laborativas, como a atividade médica, é preciso preencher alguns requisitos legais tais como a formação em curso universitário destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica e a inscrição em órgão especial. Além disso, o médico deve pautar sua conduta profissional com humanidade, dedicação e ética, e responderá pelos danos que eventualmente causar a outrem por violação de dever a que estava profissionalmente adstrito.

A notoriedade da matéria relativa à responsabilidade civil do médico, especificamente, do cirurgião plástico estético, decorre da demanda galopante desta especialidade cirúrgica. A grande procura pela cirurgia estética é consequência da mudança de atitude da sociedade que, hoje em dia, tem como uma de suas principais preocupações a estética do corpo. Criou-se um ideal de beleza, em busca do qual, pessoas de todas as idades gastam tempo e dinheiro,

praticam atividades físicas regularmente, submetem-se a tratamentos e intervenções cirúrgicas dos mais variados tipos, utilizam-se de medicamentos caros. Neste contexto, a responsabilidade do cirurgião plástico estético ganhou nova dimensão. Essa busca da boa aparência acabou por dar ao dano estético uma grande relevância, pois além de atentar contra a saúde física de uma pessoa, perturba também sua saúde mental.

Durante décadas o dano estético esteve vinculado às deformidades que causavam repugnância e só era passível de indenização quando interferia na vida profissional da vítima. Atualmente a situação é bem diferente. A crescente exigência social de culto ao corpo, que acaba desencadeando anomalias psíquicas e emocionais, aliada a amplitude e profundidade das novas técnicas disponíveis, além das infindáveis descobertas sobre o funcionamento do corpo humano, que por sua vez, geram maior expectativa em relação a atuação do médico, tornaram o dano estético um freqüentador assíduo dos Tribunais no bojo dos processos movidos contra os médicos.

Ademais, esta é uma matéria relativamente recente em nosso país e ainda polêmica, razão pela qual não pode continuar sendo enfrentada de forma superficial, vez que a atividade médico-cirúrgica, diante de todos os benefícios que oferece ao homem, revela-se imprescindível à sociedade e, como tal, necessita de um grande apoio jurídico que dê ao cirurgião segurança e garantia no exercício de sua atividade.

Merece, portanto, a responsabilização desses profissionais uma análise mais cuidadosa e apurada, que leve a construção da teoria da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético, tal como já se fez em relação aos cirurgiões em geral.

Justifica-se, assim, a escolha do tema A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA na presente monografia, dada a atualidade de seu objeto e a sua relevância para a sociedade, bem como para as áreas médica e jurídica.

O presente trabalho inicia-se com o estudo do instituto jurídico da responsabilidade civil, apresentando seu conceito, evolução histórica, espécies – responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva e objetiva – e seus pressupostos.

Em seguida tratamos da responsabilidade civil do médico sob um aspecto amplo, trazendo considerações gerais sobre o tema, nas quais são abordadas a natureza contratual e subjetiva da responsabilidade médica, a natureza atípica do contrato médico, os deveres inerentes à profissão, o erro médico, o dano médico, a cláusula de não indenizar nos contratos

médicos e a responsabilidade do profissional da área face ao Código de Defesa do Consumidor.

Por último, analisa-se a responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas, fazendo, primeiramente, a distinção entre a cirurgia estética e a cirurgia reparadora, seguida da abordagem acerca da legitimidade daquela espécie de cirurgia, e, finalizando, são analisados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da polêmica sobre o objeto do contrato no tocante às cirurgias plásticas estéticas, se é uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Conceito

A ordem jurídica estabelece deveres, visando tutelar a atividade do homem no sentido de que este se comporte de acordo com o Direito para que seja possível o convívio em sociedade.

Se a violação de um desses deveres acarreta um dano para outrem, aquele que descumpriu o dever jurídico, gerando o dano, deve ressarcir o prejuízo. A responsabilidade civil é justamente esse dever de reparar o dano decorrente da violação de um outro dever jurídico.

A conduta voluntária que infringe um dever jurídico configura o ato ilícito e quem o comete fica obrigado a indenizar o prejuízo causado, conforme prevê o art. 927, *caput*, do novo Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O ato ilícito, portanto, como afirma Sergio Cavalieri Filho<sup>1</sup>, é o fato gerador da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a responsabilidade, que surge em razão do ato antijurídico e traz consigo a obrigação de indenizar tem como objetivo maior restituir o equilíbrio econômico-jurídico quebrado pela ocorrência do dano, trazendo de volta o *statu quo ante*.

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. A palavra responsabilidade origina-se do latim, *re-spondere*, que consiste na idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação. Diz-se, assim, que responsabilidade e todos os

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5.ed.,rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.28.

seus vocábulos cognatos exprimem idéia de equivalência de contra-prestação, de correspondência.

Sintetizando a conceituação desse instituto, Maria Helena Diniz<sup>2</sup> asseverou que:

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

## 2.2 Breve evolução histórica

A teoria clássica nos ensina que a responsabilidade civil apresenta três pressupostos, quais sejam o dano, a culpa do autor do dano e o nexo de causa entre o primeiro e o segundo. Porém, nos primórdios da humanidade não havia este fator culpa. O dano gerava uma reação pessoal imediata do prejudicado. Na Antiguidade o direito não imperava. Como bem elucidou Carlos Roberto Gonçalves<sup>3</sup>, ao citar Alvino Lima, “*dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal*”.

É na Pena do Talião, com a visão do delito do Direito Romano, pois, que se encontra o berço da responsabilidade civil, a qual evoluiu sensivelmente com o advento da Lei das XII Tábuas, que fixou o valor da pena a ser paga pelo ofensor ao ofendido.

A idéia de responsabilidade, portanto, conforme assinala Heron José Santana, mencionado por Marcelo Silva Britto<sup>4</sup>,

ingressa na órbita jurídica após ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na idéia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7, p.34.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.4

<sup>4</sup> BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acessado em: 07/05/2008

A partir daí, com o desenvolvimento tecnológico e a conseqüente divisão social do trabalho, a pena deixou de ser pessoal para ser patrimonial.

Maior evolução do instituto ocorreu, porém, com a *Lex Aquilia*, que deu origem a um princípio geral regulador da reparação do dano e é fonte direta da concepção moderna da culpa aquiliana, advindo daí a denominação da responsabilidade civil extracontratual, a chamada responsabilidade civil aquiliana.

O Direito Francês aperfeiçoou aos poucos as idéias do Direito Romano e estabeleceu alguns princípios que influenciaram significativamente outros ordenamentos:

direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência<sup>5</sup>.

O Código de Napoleão introduziu a idéia de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual. Daí por diante a noção da responsabilidade civil fundada na culpa passou a integrar as legislações de todo o mundo.

No ordenamento jurídico brasileiro a regra geral é a responsabilidade subjetiva (estribada na culpa), conforme disposto nos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, mas também há previsão da responsabilidade objetiva (independente da culpa) no parágrafo único do art.927, em outros dispositivos e em leis esparsas.

## 2.3 Espécies de responsabilidade

### 2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

---

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.6

Entendo-se a responsabilidade civil como a obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de um dever jurídico, ela abrange: a) a obrigação de reparação de danos decorrentes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais; b) a obrigação de reparação de danos decorrente da violação de outros direitos alheios<sup>6</sup>.

Esse dever jurídico, então, pode surgir da vontade dos indivíduos (dever oriundo de contrato) ou da própria lei. E, com base nessa dicotomia, é que se divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

Na responsabilidade contratual ocorre a transgressão de um dever decorrente de um negócio jurídico, gerando um ilícito contratual ou inadimplemento. Há uma relação jurídica obrigacional preexistente na qual os indivíduos estabelecem para si deveres jurídicos a cuja observância ficam adstritos.

Por seu turno, na responsabilidade extracontratual o agente infringe um dever jurídico previsto na própria lei, não preexiste relação jurídica entre a vítima e o ofensor. A responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana, advém da violação do dever genérico de não lesar, não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), presente no arts. 186 e 927 do Código Civil.

Os adeptos da tese unitária ou monista criticam essa dualidade de tratamento, por entenderem ter pouca importância sob quais aspectos se apresente a responsabilidade civil na ordem jurídica visto que seus efeitos são uniformes. Contudo, as codificações da maior parte dos países, inclusive do Brasil, acolhem a teoria dualista.

O Código de Defesa do Consumidor superou essa dicotomia, não fazendo mais distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual em relação a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Como esclarece Sergio Cavalieri Filho<sup>7</sup>:

Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas de acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2008, p.37-38

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p.38

### 2.3.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

O Direito Civil moderno consagra a idéia da culpa como basilar da responsabilidade extracontratual, abrindo, entretanto, exceções para a responsabilidade por risco, criando-se, assim, um sistema misto de responsabilidade.

A responsabilidade civil, conforme o seu fundamento pode ser subjetiva ou objetiva.

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou *subjetiva*, segundo a qual a prova da culpa *lato sensu* (abrangendo o dolo) ou *stricto sensu* se constitui num pressuposto do dano indenizável.

A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).

Tratando da distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, José de Aguiar Dias<sup>8</sup>, escreveu: *"no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar"*.

O Código Civil adotou a responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa, mas no campo prático, por vezes, esta se revela insuficiente para a proteção da vítima, tendo o legislador fixado casos em que ocorrerá a obrigação de reparar independente da idéia de culpa. São os casos previstos nos arts. 936, 937 e 938, que tratam da responsabilidade presumida do dono do animal, do dono do edifício e do habitante da casa, respectivamente, e que configuram a responsabilidade objetiva imprópria ou impura na qual a culpa é presumida e inverte-se o

---

<sup>8</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 91-92

ônus da prova. E os casos previstos nos arts. 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que tratam da atividade potencialmente perigosa, da responsabilidade dos pais, tutores, curadores e patrões e da decorrente do direito de vizinhança, respectivamente, e que configuram a responsabilidade objetiva propriamente dita ou pura na qual se prescinde totalmente da prova da culpa.

A responsabilidade objetiva baseia-se num princípio de equidade que vem do Direito Romano: *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*, que quer dizer que quem auferir os cômodos, deve suportar os incômodos, ou seja, quem lucra com uma situação deve responder pelos eventuais riscos e desvantagens.

Uma das teorias que buscam justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco, segundo a qual aquele que, através de sua atividade cria um risco de dano para terceiros, tem por obrigação repará-lo, mesmo que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação e, se for comprovada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e de o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele que causou o dano. Acerca desta teoria, ensina-nos Carlos Roberto Gonçalves<sup>9</sup>:

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suporta-lo.

Parece-nos, portanto, que esse alargamento da noção de responsabilidade constitui uma das maiores inovações do novo diploma civil.

#### **2.4 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva**

O art. 186 do Código Civil estabelece: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Da análise do seu texto é possível identificar os pressupostos da

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.22

responsabilidade civil subjetiva, a saber: conduta culposa do agente, dano experimentado pela vítima e nexo causal.

A conduta culposa, como explicita Mariana Massara<sup>10</sup> “*decorre de ato voluntário, sob as vestes da ação ou omissão, e ilícito, ocasionando efeitos jurídicos de modo contrário ao Direito*”. Esta conduta culposa reveste-se sob as formas de dolo e culpa em sentido estrito. O dolo consiste na intenção clara e concreta de produzir o dano, enquanto a culpa refere-se a falta de diligência que, se tivesse sido observada, impediria o dano. Esta culpa *stricto sensu* apresenta-se como: a) imprudência, na qual o agente é precipitado, age sem procurar evitar o resultado danoso previsível; b) negligência, que é a desatenção, desídia, falta do cuidado devido que teria evitado o resultado danoso, e; c) imperícia, que consiste na inabilidade, na falta de conhecimento ou técnica profissional.

O dano é o prejuízo sofrido por alguém em consequência da violação de um direito seu. Sem a prova do dano, interrompe-se a pretensão de uma reparação. O dano pode ser patrimonial ou moral, incluindo-se neste o dano estético; material ou pessoal; direto ou indireto.

O nexo causal, segundo definição de Sílvio de Salvo Venosa<sup>11</sup>, é “*o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável*”. Tanto é que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, mas não há como dispensar a relação de causalidade. A doutrina, ao cuidar do nexo causal, acata a teoria da causalidade adequada, a qual determina que somente a causa determinante que deflagrou o dano será levada em consideração para a imputação da responsabilidade e não, qualquer causa que antecede a lesão, cabendo ao juiz fazer um juízo de probabilidades, o que pode não ser satisfatório no caso concreto. Sobre o tema aponta Caio Mário da Silva Pereira<sup>12</sup> que o que importa

é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir.

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Op. cit.*, p.45

<sup>11</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2006. 6d. 4v. p. 42

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

Como adverte Nelson Rosenvald<sup>13</sup>, há três hipóteses de exclusão do nexa causal, em que o dano resultará de um elemento externo, a saber:

a) caso fortuito e força maior, que, conceitualmente, diferem pelo fato de o primeiro derivar de uma força da natureza e o segundo resultar de um fato humano. Porém esse entendimento não é pacífico na doutrina, que até hoje, diverge sobre a definição dessas expressões. José de Aguiar Dias<sup>14</sup> reforça a idéia de que as expressões são sinônimas, e é inútil distingui-las. O Código Civil admite a equivalência das expressões, nivelando-as quanto aos seus efeitos jurídicos no parágrafo único do art. 393. Em verdade, o fundamental é que se verifique uma causa estranha à conduta do agente, caracterizada pela inevitabilidade e pela imprevisibilidade. Sendo que a imprevisibilidade não é mais considerada elemento indispensável, visto que, por vezes, o evento pode ser previsível, mas pode se manifestar de forma irresistível e aí os danos são inevitáveis;

b) fato exclusivo da vítima, que é a hipótese em que o único fato gerador do evento lesivo é a atuação culposa da própria vítima, o que acaba por afastar o nexa causal uma vez que o dano não resultou da conduta do agente;

c) fato de terceiro, no qual o ato de um terceiro que não tem qualquer ligação com o aparente causador do dano e o lesado, é causa exclusiva do evento lesivo, restando rompido o nexa causal.

---

<sup>13</sup> ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 167.

<sup>14</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 6ed, v.2, p.361

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

#### 3.1 Noções gerais

Desde a antiguidade já haviam normas que regulavam a responsabilidade dos médicos. O Código de Hamurabi<sup>15</sup> (1700 a.C.), um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados, previa sanções por ocasião de erro médico, de modo que, se por consequência de intervenção cirúrgica, um paciente livre morresse, o médico teria suas mãos amputadas, e se fosse escravo, deveria o médico pagar o seu preço.

No Brasil, nos últimos anos, as ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica, que antes eram escassas na nossa Justiça, têm sido cada vez mais frequentes, razão pela qual o assunto merece ser discutido mais a fundo e com cautela, levando-se em conta a importância da medicina para a sociedade e a singularidade da ciência médica, que apesar de contar com técnicas sofisticadas, ainda tem limitações devido aos riscos inerentes à atividade e à imprevisibilidade da reação do corpo humano.

Destaca-se, dentre os princípios fundamentais do homem, positivados em nossa ordem jurídica constitucional e que devem ser considerados na elaboração da lei e na aplicação do Direito, o do *neminem laedere*, que significa não lesar ninguém. Tal princípio atua como norma proibitiva de conduta e de proteção positiva dos direitos fundamentais, garantindo a inviolabilidade da vida e a integridade do corpo físico, imaterial e do patrimônio da pessoa<sup>16</sup>.

Segue neste mesmo sentido o ensinamento de Hipócrates sobre a finalidade da atuação do médico: do latim, *primo non nocere* ou seja, “primeiro não prejudicar”. Por sua vez, a palavra médico tem como origem o verbo grego *medeo*, que quer dizer cuidar de. É fácil entender que aquele que cuida não prejudica, não lesa ninguém, e demonstra isto uma

---

<sup>15</sup> Wikipédia, a enciclopédia livre. Código de Hamurabi. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_de\\_Hamurabi](http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi)>. Acessado em: 13/05/2008

<sup>16</sup> SILVA, Roberto de Abreu e. **Hermenêutica Constitucional da Responsabilidade Civil**. In: OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Op. cit.* p.38

convergência de objetivos do atuar do médico com a mensagem que transmite o princípio constitucional, que faz parte do conceito de responsabilidade civil. Assim, se na sua atuação o médico causar dano a alguém surgirá o dever de reparar. Nos deparamos com a necessidade do médico causador do dano de ressarcir aquele que foi lesado, já que, responsabilidade civil é a obrigação, que tem qualquer pessoa, de reparar o prejuízo causado à outrem.

No Código de Ética Médica (Resolução nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina), em seu Capítulo I, que traz os princípios fundamentais da Medicina, o art. 2º estabelece que: “*O alvo de toda a 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*”. O Capítulo III, que aborda a responsabilidade do profissional, determina que: “*É vedado ao médico*”, especificando em seu artigo 29: “*Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência*”. Verifica-se aí o dever de zelo, o dever de não lesar, que se for descumprido ensejará a responsabilidade civil do médico, ficando este obrigado a reparar o prejuízo.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), no art. 14, *caput*, determina a reparação dos danos causados pelo fornecedor de serviços, incluindo-se aí o serviço do médico:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Importante ressaltar que, sendo o médico um profissional liberal, aplicar-se-á também o disposto no parágrafo 4º do mesmo artigo, que determina a responsabilidade subjetiva, isto é, mediante prova da culpa. E, em termos de Direito Civil, é atribuição do paciente fazer prova de que o médico agiu com culpa. A culpa, mesmo que levíssima, obriga a indenizar o paciente pelo prejuízo sofrido. Sem a prova da culpa do médico tudo será imputado unicamente ao infortúnio.

A necessidade do médico de indenizar, também se encontra bem expressa no art. 951 do novo Código Civil, que estabelece:

O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional,

por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Além do dever de agir com zelo e diligência, o médico tem o dever de informar o paciente sobre o seu estado, a metodologia e a técnica que serão aplicadas, dos riscos e sobre os possíveis resultados. O dever de informação é inerente à atividade médica, como determina o Código de Ética Médica em seu art. 59, e é um direito do consumidor, de acordo com o art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor.

### 3.2 Natureza jurídica da responsabilidade civil médica

A doutrina distingue a responsabilidade civil, como já vimos, em contratual, resultante do descumprimento do contrato (ilícito civil), e extracontratual ou aquiliana, que decorre de um ato ilícito absoluto: violação da regra geral de não lesar (*neminem laedere*).

Tendo em vista essa distinção, sempre houve muita discussão acerca da natureza da responsabilidade médica: se é contratual ou extracontratual. O Código Civil dispõe sobre a responsabilidade desses profissionais no art. 951, entre os casos de responsabilidade aquiliana. Porém, predomina o entendimento de que, em geral, o profissional está unido a seu cliente por um vínculo contratual.

Aguiar Dias<sup>17</sup> observa que “*o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa*”. De fato, o médico não se compromete com a cura, mas com a prestação de cuidados atentos, utilizando-se dos recursos adequados e, assim, o fato de não obter a cura do paciente não significa que o médico foi inadimplente. Somente serão responsabilizados se restar comprovada a culpa sob qualquer de suas modalidades: imprudência, negligência ou imperícia.

A jurisprudência é rigorosa na exigência dessa prova. Vejamos a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

---

<sup>17</sup> Dias, José de Aguiar. *Op cit*, v.1, p.283

Responsabilidade civil. Erro médico não configurado. Prova da culpa. Inexistência. Laudo pericial imparcial, equidistante dos interesses das partes e bem fundamentado. Ausência de críticas ou elementos técnicos capazes de abalar suas sólidas conclusões. Convicção da ausência de responsabilidade do apelado que se extrai, ainda, dos demais elementos e fatos provados nos autos. Conforme revelou a testemunha arrolada pela própria autora, o tratamento empregado pelo médico estava correto. Consoante o art. 14, § 4º, do CDC, a responsabilidade do médico é subjetiva, portanto, a demandar a demonstração de culpa, cuja ocorrência, na espécie, não restou configurada. Sentença de improcedência que se mantém. Incidência do artigo 557, caput do CPC<sup>18</sup>.

As regras legais atribuem diferentes conseqüências a cada uma das modalidades de responsabilidade, entretanto a doutrina moderna caminha para uma unificação do sistema, abandonando esta distinção rígida. Neste sentido, pondera Silvio Venosa<sup>19</sup>:

Inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. (...) em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente.

Seguindo este entendimento, aventa Aguiar Júnior<sup>20</sup>, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário. Pode derivar de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, na maioria das vezes de forma tácita. E pode não existir contrato, como, por exemplo, quando o médico socorre um ferido em plena via pública. Também será extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, quando o médico é contratado por terceiro para prestar serviços aos pacientes que este lhe indique, em situações de emergência nas quais o paciente não está em condições de prestar seu consentimento.

Registre-se que essa dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual tem pouca importância em matéria de atividade médica, tendo maior relevo o que toca à carga probatória. Na responsabilidade aquiliana incumbe à vítima demonstrar a culpa, ao contrário da responsabilidade contratual. Entretanto, mesmo que se admita que a responsabilidade médica é contratual, não se presume a culpa pois a responsabilidade dos profissionais liberais

---

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível. nº 200800114274, 1ª Ementa. Relator Des. Suimei Meira Cavalieri, 5ª Câmara Cível, julgado em 06/05/2008. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>> Acessado em: 17/05/2008.

<sup>19</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p.126

<sup>20</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Responsabilidade Civil por Erro Médico**. Revista dos Tribunais nº 718, p. 33

só se configura com a prova da culpa, conforme prevê o parágrafo 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

### 3.3 Natureza do contrato firmado entre médico e paciente

Divergem os doutrinadores sobre a natureza do contrato celebrado entre o médico e seu paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, para outros um contrato *sui generis* e há, ainda, quem entenda-o como mandato.

A teoria do mandato tem sua origem no Direito Romano e considera o médico um mandatário do paciente. Mandato significa o poder dado ou outorgado a alguém, por o possadar, seja pessoa física ou jurídica, para representá-la em qualquer ato.

Tal teoria é rechaçada pela maioria da doutrina já que, como indica Luiza Chaves Vieira<sup>21</sup>, para o contrato médico, a aplicação do termo mandato seria uma contradição, pois, não seria razoável que o médico se sujeitasse às instruções do paciente.

Segundo a teoria do arrendamento de serviços, adotada na Idade Média, pelos romanos, a atividade do profissional liberal consiste em prestar ao seu contratante um serviço certo, mediante pagamento determinado. Vale lembrar que na locação de serviços, o trabalhador coloca sua atividade à disposição do locatário, mediante remuneração, por conta e risco deste, havendo certa subordinação

o.

Considerando-se que a atividade médica não está restrita tão somente à técnica, vez que o médico acaba por ser também conselheiro e protetor do enfermo que lhe reclama os cuidados profissionais, o seu contrato com o paciente não pode ser entendido como mera locação de serviços.

Portanto, parece ser mais acertado seguir a teoria do contrato inominado, atípico ou *sui generis*, que entende que a atuação do médico não está regida por nenhum contrato concreto, atentando para o caráter especial da assistência médica, visto que este contrato agrega à prestação remunerada um núcleo de deveres extrapatrimoniais inerentes a esta atividade. Seguindo esta teoria, José de Aguiar Dias<sup>22</sup> bem observa que:

---

<sup>21</sup> VIEIRA, Luiza Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 50.

<sup>22</sup> DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. 1, p.283

O médico é, ao mesmo tempo que conselheiro, protetor e guarda do enfermo que lhe reclama os cuidados profissionais. À soma excepcional de poderes do médico corresponde a característica limitação das faculdades do cliente, que é, por definição, um fraco, incapaz de se proteger adequadamente por suas próprias forças. Tudo isso mostra que o contrato exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços.

### 3.4 Deveres do médico

Ao médico incumbe o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, utilizando todo seu esforço e atenção no emprego das melhores técnicas que a ciência disponibiliza e pautando sua conduta de acordo com as regras consagradas e aceitas pela prática médica.

Aguiar Dias<sup>23</sup> decompõe as obrigações implícitas no contrato médico em deveres de: 1) conselhos; 2) cuidados; 3) abstenção de abuso ou desvio de poder.

O primeiro deles corresponde ao dever de informação e impõe ao médico esclarecer o seu paciente sobre seu estado de saúde, a natureza do tratamento indicado para o caso e os objetivos dos procedimentos diagnósticos, preventivos e terapêuticos ou cirúrgicos, além dos riscos previsíveis, dos benefícios e inconvenientes possíveis e do resultado esperado. Mariana Massara Rodrigues<sup>24</sup> acrescenta que “*a pessoa deve ser informada da eficácia presumida das medidas propostas, sobre as probabilidades de alteração das condições de dor, sofrimento e de suas condições patológicas*”. E ainda informa que, quanto aos riscos, “*devem compreender a sua natureza, magnitude, probabilidade e a iminência de sua materialização*”.

A propósito, o Capítulo V do Código de Ética Médica determina que é vedado ao médico:

Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

---

<sup>23</sup> DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v.1, p.285

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Op. cit.*, p.127

O dever de cuidados, por sua vez, corresponde a obrigação do médico de cuidar do enfermo com zelo e diligência, utilizando todos os recursos da medicina, uma vez que a falta de assistência e a negligência para com o paciente só prejudicarão sua recuperação, indo em sentido oposto ao objetivo da medicina. Assim, responderá o profissional por infração ao dever de vigilância quando, por exemplo, ignorar um chamado do doente ou negligenciar as visitas.

Finalmente, o médico tem o dever de abstenção de abuso ou desvio de poder, segundo o qual lhe é vedado submeter o paciente a experiências, vexames ou tratamento incompatíveis com a situação. Sobre esta questão, Aguiar Dias<sup>25</sup> é incisivo: “*A experiência leviana que transforme o doente em cobaia, não pode ser tolerada*”. Nesse sentido, o art. 6º do Código de Ética Médica estabelece que:

O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

E o art. 65 proíbe o médico de “*aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou política*”.

Além dos deveres de informação, de cuidado e de abstenção de abuso ou de desvio de poder, o médico tem ainda os deveres de: a) *sigilo*, previsto no artigo 102 do Código de Ética; b) *não abandonar* paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento (art. 61, Código de Ética); c) no impedimento eventual, garantir sua *substituição* por profissional habilitado; d) *não recusar* o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de *urgência*, quando não haja outro em condições de fazê-lo<sup>26</sup>.

### 3.4.1 O consentimento do paciente

---

<sup>25</sup> DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v.1, p. 291

<sup>26</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>> Acessado em: 25/05/2008.

Para proceder a um tratamento ou uma operação o médico precisa obter o consentimento do paciente. Tal consentimento deve ser precedido de uma exposição clara e detalhada sobre todos os dados que envolvem a terapêutica ou operação. Destarte, do dever de informação decorre o dever de obter o consentimento do paciente, sem o qual o médico não poderá atuar.

No mesmo sentido determina o art. 46 do Código de Ética Médica que é vedado ao médico “*efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida*”.

O paciente, normalmente leigo e, portanto, desconhecedor da ciência médica, deve obter as informações necessárias para que o seu assentimento seja expressão de uma livre avaliação das circunstâncias que cercam o seu estado de saúde e as condições de seu tratamento e recuperação. É o que se chama *consentimento esclarecido*. O paciente deve ter ao seu dispor conhecimento suficiente da situação a fim de que possa tomar sua decisão, sendo vedado ao médico, de acordo com o art. 56 do Código de Ética, “*desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida*”.

O consentimento é indispensável, entretanto, em certas situações não há como exigí-lo. Isto ocorre, por exemplo, em casos de urgência, quando haja risco de vida ou de dano físico irreversível ou quando, durante a intervenção cirúrgica, surge um fato novo que exige imediata providência, sem tempo para suspendê-la e consultar os familiares.

Aguiar Júnior<sup>27</sup>, mencionando o doutrinador francês Jean Penneau, destaca que a falta de informação, por si só, não é causa do dano, pelo que é preciso distinguir: se a intervenção era indispensável e causou dano, a falta de informação adequada não pode ser levada em conta, a não ser para uma indenização por dano moral; se dispensável, sim, porque o paciente poderia ter decidido não correr o risco.

Miguel Kfoury Neto<sup>28</sup>, informa que a prova do consentimento pode ser muito difícil, pelo que tanto a informação quanto o consentimento deveriam ser escritos, individualizados e testemunhados, porém, na prática, isso não muito usual. A conclusão sobre o âmbito da informação e da existência do consentimento, portanto, deve ser extraída, pelo juiz, que

---

<sup>27</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>> Acessado em: 25/05/2008.

<sup>28</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181

possui ampla liberdade de apreciação, do conjunto dos fatos provados, e mais precavido será o médico que obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante.

Para concluir, vejamos uma decisão bastante elucidativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como conseqüência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só-poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. Perda superveniente do interesse de agir quanto ao pedido de condenação do réu a implantar a prótese necessária a radicalização de incontinência urinária uma vez que o esfíncter artificial não mais soluciona o problema do autor. Nesse diapasão, não há que se falar em fixação das astreintes Persiste o pedido quanto à condenação em todas as despesas oriundas do tratamento adequado da incontinência urinária, cabendo apuração em sede de liquidação por artigos, haja vista a não consolidação da lesões nos termos do art. 608 do CPC. Dano moral configurado, impondo-se a redução como forma de equidade, por disposição do parágrafo único do art. 944 do CC/02; considerando que o réu agiu de acordo com a ciência médica no que tange ao procedimento, observando-se como única falha a falta do consentimento informado. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO RECURSO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO APELO.<sup>29</sup>

### 3.5 Erro profissional, culpa e erro de diagnóstico

Admitindo-se que a saúde seja definida como bem estar do indivíduo e que a doença é tudo aquilo que o afaste de tal situação e que o serviço médico são os procedimentos

---

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. nº 2006.001.13957, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva. 9ª Câmara Cível. Julgado em 17/10/2006. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acessado em: 26/05/2008

realizados pelo médico para debelar a doença e restabelecer a saúde, o erro médico é um desvio do objetivo a ser atingido. Nesta linha de raciocínio, o erro médico seria a falha do médico no exercício da profissão<sup>30</sup>.

Fala-se em erro profissional quando este é resultado da imperfeição da ciência médica e a da precariedade dos conhecimentos humanos. Trata-se de falha humana e não de falta de diligência. Cavalieri Filho<sup>31</sup> sustenta que "*embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto*".

O erro profissional distingue-se da culpa, supondo esta uma falta de diligência ou de prudência que resulta em lesão ao direito do paciente e que poderia ter sido evitada com uma atitude profissional competente. Este erro evitado de culpa caracteriza-se pelo agir com imprudência, negligência ou imperícia. A prova dessa culpa é indispensável.

Já no que concerne ao diagnóstico médico, este consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente do que depende a escolha do tratamento adequado. A prova da responsabilidade civil médica decorrente de erro de diagnóstico revela-se muito difícil porque se adentra um campo estritamente técnico, o que dificulta a apreciação judicial. Não é propriamente o erro diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios ao seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares conversas com o paciente, até os exames laboratoriais.

O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro<sup>32</sup>. Destarte, o erro na avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se restar comprovado que a investigação foi mal realizada, a insuficiência dos meios utilizados ou a manifesta falta de diligência do médico ao examinar o paciente. Assim a jurisprudência:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL E MATERIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO CÍVEL. Prova técnica que conclui pela ausência de erro de diagnóstico e de conduta profissional discrepante da boa prática médica. Inexistência de falha na prestação do serviço médico-hospitalar. Pretensão indenizatória corretamente afastada pelo decismum a quo. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.422

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op cit* p.373

<sup>32</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p.87

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível, nº 200700160576, Relator Des. Ismenio Pereira de Castro, 14ª Câmara Cível, julgado em 19/12/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acessado em: 26/05/2008

RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL. A falha na prestação do serviço, concernente a diagnóstico, que indicou equivocadamente feto portador de anomalia genética, enseja o dever de reparação moral. Provimento parcial do apelo<sup>34</sup>.

### 3.6 Dano Médico

Como já visto no item 2.4, o dano é o prejuízo sofrido por alguém em consequência da violação de um direito seu. É a lesão a bem jurídico de outrem, que enseja ressarcimento. E é elemento constitutivo da própria responsabilidade civil, sem o qual esta não existiria, posto que se não há dano, não há o que reparar.

Dessa maneira, para que haja responsabilidade civil médica é necessário que haja um dano ao paciente, podendo este dano ser físico/corporal, material ou moral.

Entre os danos médicos, destacam-se os danos físicos já que a atividade médica se exerce sobre o corpo humano. Miguel Kfoury Neto<sup>35</sup> ensina que “*o prejuízo corporal se compõe de elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme a invalidez, por exemplo, seja parcial ou total, permanente ou temporária*”.

O dano material, também chamado de patrimonial, segundo Cavalieri Filho<sup>36</sup>, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, porém nem sempre resulta de lesão de bens ou interesses patrimoniais. Na maior parte dos casos, é consequência do dano físico, compreendendo os lucros cessantes (perda do ganho esperável devido a paralisação da atividade lucrativa), despesas médico-hospitalares, medicamentos etc.

Já o dano moral, igualmente denominado dano psíquico, é a lesão de interesses não patrimoniais; é a violação de um bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, que causa sofrimento à vítima; é qualquer agressão à dignidade humana. Relaciona-se ao mal estar resultante de danos à esfera das

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível, nº 200700157517, Relator Des. Jose Geraldo Antonio, 7ª Câmara Cível, julgado em 30/01/2008. Disponível em: < <http://www.tj.rj.gov.br/> > Acessado em: 27/05/2008.

<sup>35</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op.cit.*, p.102

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, p. 89

relações sexuais, por exemplo, ou da frustração advinda da paralisação repentina de uma atividade profissional, como no caso de um atleta que perde os movimentos das pernas em cirurgia malsucedida.

Quanto ao dano estético, inclui-se no dano moral, e caracteriza-se pela lesão à beleza física, abrangendo as deformidades, marcas e defeitos, ainda que mínimos, que alterem a estética pessoal, causando um afeamento da vítima, constituindo para ela um motivo permanente de repulsa visual e perturbação psicológica.

A doutrina entende que para que se caracterize o dano estético, a lesão que lhe deu causa deve ser duradoura, permanente, caso contrário, estar-se-á diante de um “*atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira, que se resolve em perdas e danos habituais*”<sup>37</sup>.

No momento de se definir o valor da indenização no juízo cível, deve ser levado em conta a extensão dos danos, sua localização, a possibilidade de remoção, as características pessoais da vítima (sexo, idade, profissão etc.), as restrições de ordem pessoal e social decorrentes da irreparabilidade de uma lesão que agride à visão.

Como se vê, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material.

Ainda sobre o dano estético, conclui-se que terá efeitos morais quando o prejuízo estético sofrido pela vítima lhe acarretar repercussões de ordem psíquica, ao passo que terá efeitos patrimoniais sempre que a deformidade lhe houver reduzido a capacidade para exercer certas atividades, como, por exemplo, uma modelo ou atriz que ficou com uma cicatriz no rosto.

Muito discutiu-se na doutrina e na jurisprudência acerca de ser o dano estético uma nova espécie de dano, independente do dano moral, ou ser apenas um aspecto deste último. O art. 1.538 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 949 do código atual, admitia a cumulação do dano material e do estético, aspecto do dano moral. Registre-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira<sup>38</sup>: “*Dentro da categoria do dano moral inscreve-se a reparação do dano estético previsto no art. 1.538, § 2º*”. Nesse sentido, o dano estético não se cumularia

---

<sup>37</sup> MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. **O dano estético (responsabilidade civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 20

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 9 ed., p.320

com o dano moral, já que o primeiro, ou importaria em dano material, ou estaria compreendido no segundo.

Todavia, ressalta Cavalieri Filho<sup>39</sup> que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente firmara-se nesse sentido, evoluiu na direção oposta, passando a admitir a acumulação do dano estético com o dano moral”. Vejamos, então, a jurisprudência:

CIVIL. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. CUMULAÇÃO. Os danos estéticos devem ser indenizados independentemente do ressarcimento dos danos morais, sempre que tiverem causa autônoma. Recurso especial conhecido e provido.<sup>40</sup>

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. VALORES MANTIDOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É possível cumular as pretensões indenizatórias por danos morais e estéticos, provenientes de um mesmo ato ilícito, desde que, efetivada a produção de dano estético, seja possível apurar e quantificar autonomamente os valores. 2. A indenização somente pode ser alterada por este Superior Tribunal de Justiça se exorbitante ou irrisório, o que não é o caso dos autos, sob pena de exigir o reexame dos fatos e provas. 3. Nos casos de responsabilidade extracontratual, têm como termo inicial a data em que ocorreu o evento danoso. Súmula 54/STJ. 4. Agravo improvido.<sup>41</sup>

### 3.7 Cláusula de não indenizar e contrato médico

Nos últimos tempos, tem se tornado comum a inclusão, nos contratos de prestação de serviços médicos, da chamada cláusula de não indenizar, ou cláusula de irresponsabilidade, as quais consistem na previsão, em sede contratual, de que a parte, em favor da qual se estipula a

<sup>39</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 115

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 533328 / MG, RECURSO ESPECIAL 2003/0053679-9, Rel. Min. Ari Parglender, 3ª Turma, julgado em 29/11/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 19/12/2007 p. 1222. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=533328&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> Acessado em: 30/05/2008

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 769719 / DF, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0090632-7, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, julgado em 08/05/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 28/05/2007 p.350. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=769719+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> Acessado em: 30/05/2008

isenção, não fica obrigada à reparação dos eventuais danos decorrentes de inexecução ou de execução inadequada do contrato.

Segundo entendimento de Cavalieri Filho<sup>42</sup>, tal cláusula funda-se no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar. Assim, as partes podem, por exemplo, atenuar ou prefixar o valor da indenização ou até renunciá-la, e podem também convencionar que o devedor fique isento de prestar a culpa. Mas esta cláusula de não indenizar tem limitações, não sendo admitida na responsabilidade delitual.

No que tange à responsabilidade do médico, Miguel Kfoury Neto<sup>43</sup> levanta a seguinte indagação:

(...) seria válido que médico e paciente estabelecessem pacto e que este, antes de iniciado o tratamento, renunciasse a exercitar qualquer ação civil de responsabilidade? A mesma indagação surgiria (...) quando se pretendesse apenas limitar o alcance de possível indenização.

Os médicos têm o dever de empregar todos os meios a fim de obter a cura, mas, ao mesmo tempo, têm uma margem de erro tolerada devido à imperfeição da ciência e à falibilidade do ser humano. Daí resulta que a responsabilidade médica só nasce de erro manifesto e, assim, pode-se dizer que o médico já goza, de certo modo, de uma “cláusula tácita de irresponsabilidade”. Logo, até a medida onde a cláusula de não indenizar poderia ser estipulada, ela já existe, não podendo ser convencionada fora de tais limites, haja vista o necessário respeito ao ser humano.

Mesmo em caso de consentimento expresso do paciente em intervenção médica tida como perigosa, não há que se cogitar acerca da existência de uma cláusula de irresponsabilidade que proteja o facultativo, posto esse ter o dever de se recusar a praticar atos profissionais que sua consciência científica desaconselhe, incorrendo em responsabilidade sempre que, contrariando as regras técnicas da atividade médica, anuir à vontade do cliente.

Portanto, no tocante aos contratos firmados entre médicos e pacientes, tal cláusula deve ser considerada inválida.

Há que se destacar que, a cláusula de não-indenizar, ao contrário das demais excludentes da responsabilidade, não afasta o dolo ou a culpa do causador do dano.

---

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op cit*, p.506-507

<sup>43</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p.100.

Finalmente, ressalva-se que, hodiernamente, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, são consideradas abusivas e, portanto, nulas, nos termos de seu artigo 51, inciso I, as cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador de serviços por vício de qualquer natureza, incluídos os acidentes de consumo e os chamados vícios redibitórios.

### **3.8 Responsabilidade Médica e o Código de Defesa do Consumidor**

O tratamento médico é abrangido pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor: o paciente figura na posição de consumidor e o médico ou pessoa jurídica que presta o serviço coloca-se como fornecedor de serviços nos termos dos arts. 2º e 3º da lei 8.078, respectivamente. O § 2º deste último artigo define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo aquelas decorrentes de relação trabalhista. Com isso, não resta dúvida a respeito do alcance do estatuto consumerista sobre a relação médico-paciente<sup>44</sup>.

Embora este seja o entendimento majoritário, tanto que a maioria dos doutrinadores nacionais nem chegam a cogitar qualquer divergência sobre a questão em seus livros, alguns juristas defendem a tese de que tal relação não se ajusta ao rigor da relação de consumo sob o argumento de que a vida e a saúde não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto e tampouco a atividade médica pode ser equiparada a um serviço como qualquer outro, posto que para se constituir como tal mister que oferecesse ao mercado bens de consumo, o que a saúde e a vida indelevelmente não são. Defendem ainda a aplicação do Código Civil, sustentando que se trata de legislação específica, regulando a responsabilidade civil médica, ao contrário da legislação consumerista, a qual é genérica quanto à matéria.

Isto posto, voltamos ao raciocínio inicial.

---

<sup>44</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p.121

Dentre os direitos do consumidor elencados no art. 6º, destacam-se os descritos nos incisos I, II e III. Sobre o inciso I, que traz o direito à proteção da vida, saúde e segurança, assinala José Geraldo Brito Filomeno<sup>45</sup>:

Têm os consumidores e terceiros não envolvidos em dada relação de consumo incontestável direito de não serem expostos a perigos que atinjam sua incolumidade física, perigos tais representados por práticas condenáveis no fornecimento de produtos e serviços. E, em decorrência de tal direito, o Código elenca normas que exigem, por exemplo, a devida informação sobre os riscos que produtos e serviços possam apresentar, de maneira clara e evidente(...).

Adequando o exposto à relação médico-paciente temos aí o dever do profissional de respeitar a regra primordial da Medicina, qual seja não lesar ninguém, valendo-se da melhor diligência e cuidado no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e no prognóstico. Com efeito, o médico deve sempre avaliar atenciosamente os riscos e objetivos do tratamento para que não venha a expor, desnecessariamente, seu paciente a perigos.

O inciso II cuida do direito à educação do consumidor, que trata-se da responsabilidade do fornecedor de informar o consumidor sobre as características dos produtos e serviços. Indica José Geraldo Brito<sup>46</sup> que:

É indispensável, por conseguinte, que haja uma ligação permanente, ou um elo de comunicação constante entre fornecedores/consumidores para que esses últimos possam efetivamente ter acesso às informações sobre os produtos e serviços.

E continua o autor:

Referido trabalho educativo não tem apenas a finalidade de alertar os consumidores com relação a eventuais perigos representados à sua saúde (...), mas também para que se garanta ao *consumidor liberdade* de escolha e a almejada *igualdade de contratação* (...).

Temos aí o dever do médico de prestar informações claras e detalhadas sobre os procedimentos, os benefícios do tratamento, os inconvenientes possíveis, os riscos etc. Tais informações devem ser passadas ao paciente em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em

---

<sup>45</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9. ed., p. 145

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 146

condições de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta. Assim, o dever de informação precede o consentimento do paciente, sem o qual o médico não irá atuar.

Além disso, o paciente deve ser informado previamente das condições do contrato e não deve se sujeitar a cláusulas potestativas ou abusivas como a cláusula de não indenizar, já analisada no item anterior.

Já o inciso III traz o direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços. Representa, na verdade, um detalhamento do inciso II, tratando expressamente sobre especificações que a informação deve conter, incluindo-se os riscos que o produto ou serviço apresentem.

Esclarece José Geraldo Brito<sup>47</sup>:

Trata-se, repita-se, do dever de *informar* bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles.

Tal dever de informar é inerente à atividade médica, sendo, portanto, obrigação do médico esclarecer em detalhes todas as etapas do tratamento ou intervenção cirúrgica e ter certeza de que o paciente tem clara consciência dos riscos.

Outro direito do consumidor elencado no art. 6º, que merece destaque, é o do inciso VIII, que prevê: “*a facilitação de 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 insuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*”.

No nosso ordenamento jurídico prevalece a orientação de que incumbe ao autor o ônus de provar o que ele está alegando, no caso, a culpa do profissional médico. Todavia, o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova, se verossímeis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente, isto é, apresentar debilidade técnica na produção da prova.

A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa, tendo em vista o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Trata-se de faculdade do juiz, sendo dispensável caso este forme sua convicção. Cabe, ainda, esclarecer que cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco se sofrer a

---

<sup>47</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, p. 146

desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor<sup>48</sup>.

O art. 14 do Código do Consumidor consagra a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, nos seguintes termos:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A única exceção ao princípio da responsabilização objetiva está prevista no § 4º do art. 14, ao dispor que: “*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa*”.

Fica claro, então, que o texto legal consagra, em relação aos profissionais liberais, o princípio da responsabilidade subjetiva. Com efeito, assinala Zelmo Denari<sup>49</sup> que:

Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Como observa Carlos Roberto Gonçalves<sup>50</sup>, citando Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, a lei é clara ao determinar que somente para a responsabilidade *pessoal* dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, esta exceção não se estende às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. Assim, se o médico trabalhar para um hospital, ele responderá mediante verificação de culpa, ao passo que a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

Óbito de gestante ocorrido em nosocômio. Gestante que procura o hospital com dores, sangramento e feto morto. Falha na prestação do serviço médico. Laudo pericial que atesta que foram adotados todos os procedimentos compatíveis com o quadro clínico por ela apresentado. Prontuário que demonstra o intervalo de quase três horas entre um

<sup>48</sup> MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *In*: FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9. ed., p. 151.

<sup>49</sup> DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9. ed., p. 205

<sup>50</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 370

acompanhamento e outro do estado de saúde da falecida. Responsabilidade civil objetiva do hospital. Responsabilidade civil subjetiva da médica, constatada pela negligência em seu atuar. Recurso provido.<sup>51</sup>

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.<sup>52</sup>

Miguel Kfoury Neto<sup>53</sup> afirma que “*existindo vínculo empregatício entre o médico e a casa hospitalar, a vítima demandaria a reparação em face do estabelecimento, apenas provada a efetiva ocorrência do dano*”. O hospital, para não ser responsabilizado, deve provar as excludentes do art. 14, § 3º.

O mesmo autor, porém, cita uma decisão inovadora do Tribunal de Justiça de São Paulo, contrária a esse raciocínio, e explica que em tal decisão:

Desconsiderou-se a pessoa jurídica – cuja responsabilidade é objetiva – alcançando-se a pessoa do médico – com o intuito de se verificar se o profissional, mesmo empregado da casa hospitalar, agiu ou não com

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível, nº 2007.001.68280. 1ª ementa. Rel. Des. Helda Lima Meireles. 15ª Câmara Cível. Julgado em 08/04/2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acessado em: 07/06/2008.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 258.389/SP. Recurso Especial 2000/0044523-1. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Julgado em 16/06/2005, Data da publicação/Fonte DJ 22/08/2005, p. 275. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28civil+indeniza%E7%E3o+morte%29+E+%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>> > Acessado em: 07/06/2008.

<sup>53</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op.cit.*, p. 199

imperícia, imprudência ou negligência. Noutras palavras, afirmou o órgão julgador que, haja ou não vínculo empregatício, é a análise da situação pessoal do médico que determinará – ou não – a responsabilidade do estabelecimento. No caso dos serviços prestados pelo profissional da medicina, portanto, não incidiria o § 3º do art. 14 – sempre o § 4º, em qualquer hipótese.<sup>54</sup>

Para Miguel Kfoury Neto<sup>55</sup>, este entendimento inovador é o mais acertado em relação à responsabilidade médica, devendo ser adotado como paradigma. E conclui o autor: “*Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara e provada*”.

#### 4 RESPONSABILIDADE MÉDICA NA CIRURGIA PLÁSTICA

---

<sup>54</sup> *Ibid*, p.200

<sup>55</sup> *Ibid*, p.201-202

A partir deste capítulo passamos a tratar da cirurgia plástica, área da ciência médica a cerca da qual faremos algumas considerações importantes, à luz da jurisprudência e da doutrina. Veremos a diferença entre a cirurgia plástica reparadora e embelezadora e trataremos alguns pontos específicos em relação à cirurgia plástica estética ou embelezadora, ressaltando a sua legitimidade e passaremos a análise da questão do seu objeto contratual, se é uma obrigação de meio ou de resultado.

#### 4.1 Evolução histórica da cirurgia plástica

Segundo Martiere Júnior<sup>56</sup>, existem quatro fatores determinantes da evolução da cirurgia geral e, naturalmente, também da cirurgia plástica. São eles:

a) a necessidade, que sempre existiu, sendo maior em determinados momentos devido às guerras e ao aprimoramento de armas capazes de agredir em maior escala, especialmente a partir do Renascimento;

b) os aspectos culturais (religiosos, culturais ou políticos) de cada época, que podiam facilitar ou dificultar o desenvolvimento da cirurgia;

c) o conhecimento anatômico, que foi condição vital para o avanço da cirurgia, pois quanto mais o médico conhecia o corpo humano, menor era a possibilidade de erro;

d) o sucesso dos procedimentos, o que possibilitou uma maior aceitação da cirurgia pela sociedade. O sucesso foi mais frequente a partir dos estudos de Pasteur, em meados do século XIX e com a anti-sepsia cirúrgica idealizada por Lister, em 1865.

Continua o autor, apresentando a evolução da cirurgia plástica ao longo da história.

Em culturas como a babilônica, assíria e egípcia realizavam-se cirurgias, entretanto, havia penalidades para o insucesso. O rei Hamurabi da Babilônia formulou o primeiro código de leis da história das civilizações por volta de 1750 a.C., no qual regulamentava inclusive a

---

<sup>56</sup> MARTIERE JÚNIOR, Lybio. O Alcance Atual da Cirurgia Plástica. In: AVELAR, Juarez Moraes. **Ensino da Cirurgia Plástica nas Faculdades de Medicina**. São Paulo: Hipócrates, 1994, p.29 *et seq.*

atividade médica com castigos que variavam desde lesões corporais até a morte do cirurgião quando este falhava.

No Egito antigo, o papiro de Edwin Smith (2500 a.C.) é como um “manual de cirurgia” fazendo referência a tratamento de fraturas mandibulares, nasais, cranianas, entre outros procedimentos cirúrgicos.

Na Índia e China a cirurgia floresceu por volta do segundo milênio a.C. Na Índia principalmente, onde eram permitidas dissecações anatômicas e onde muitas tribos realizavam mutilações para estigmatizar os vencidos ou adúlteros como amputações nasais, auriculares e mesmo genitais, a cirurgia teve campo para desenvolver-se. Sushruta, o mais famoso cirurgião indiano, deixou em seu livro orientação para o preparo e dissecação de cadáveres assim como descrição de instrumentos e técnicas cirúrgicas, entre elas, a reconstrução nasal por retalho frontal, conhecida como retalho indiano e tida como a mais antiga referência escrita da especialidade.

Na Grécia a Medicina ganha o racionalismo e a ética. A religião não permitia dissecações anatômicas em cadáveres humanos, mas dissecavam-se animais. Hipócrates (século V a.C.) deixou descrições de inúmeros procedimentos relativos à cirurgia plástica como enfaixamentos, cuidados com a estética de curativos, e até mesmo preocupou-se com a calvície.

No século II d.C., na Roma Antiga, Cláudio Galeno<sup>57</sup> se tornou médico particular do imperador romano Marco Aurélio. Fez experimentos em animais, principalmente macacos, realizou também cirurgias reconstrutivas, investigou anatomia, fisiologia, patologia, sintomatologia e terapêutica. Foi o mais destacado médico de seu tempo e o primeiro que conduziu pesquisas fisiológicas.

A partir do século V, com a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), a Europa mergulha em um caos social agravado por sucessivas invasões bárbaras. A religião passou a assumir todo o poder, o que fez declinar o interesse pela medicina e cirurgia pois entendia-se que os problemas do homem podiam ser resolvidos só e tão somente pela religião.

Por vários séculos o pensamento científico ficou praticamente estagnado restrito aos escritos deixados por Galeno e Hipócrates que foram guardados por monges nos mosteiros, principalmente Beneditinos. Os árabes, presentes na Europa por 700 anos, tiveram o mérito de

<sup>57</sup> Wikipédia, a enciclopédia livre. Cláudio Galeno. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1udio\\_Galeno](http://pt.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1udio_Galeno)> Acessado em: 09/06/2008.

estudar e enriquecer os conhecimentos hipocráticos e galênicos, dando grande avanço à farmacologia.

Por volta do século IX, à sombra dos mosteiros começam a nascer nas novas escolas médicas e depois, as Universidades e de maneira sigilosa iniciam-se dissecações anatômicas até que o Papa Sixto V as autorizasse em meados do século XVI.

Neste momento estamos em pleno Renascimento, os estudos anatômicos autorizados pela Igreja propiciam o avanço da medicina.

A Cirurgia Plástica tem seu grande e novo impulso com o trabalho de Gaspare Tagliacozzi publicado em 1597, o primeiro livro exclusivamente dedicado à cirurgia plástica, que descrevia reconstruções nasais, auriculares e labiais com transplante pediculado de membro superior, conhecido como retalho italiano.

A necessidade de reparações aumenta com o uso crescente das armas de fogo.

No século XVII salienta-se o tratamento das amputações e a proposta de James Yonge, cirurgião naval, fazendo retalhos de pele e músculo em substituição ao tradicional método circular nas amputações.

No século XIX a cirurgia dá maior passo da sua história com a descoberta da anestesia geral em 1846 por Willian T.G. Morton, e da anti-sepsia por Lister em 1865. Neste momento o interesse dos cirurgiões volta-se para o que até então era mais difícil de ser tocado, a cavidade abdominal.

Finalmente chegamos ao século XX que logo ao seu início vive um conflito mundial com armas jamais utilizadas na história, deixando um saldo inusitado de mortos e milhões de feridos, entre estes, muitos com mutilações e deformidades físicas.

Constata-se, então, a necessidade de formar profissionais dirigidos para as reparações corporais. Assim, a partir da I Guerra Mundial, a cirurgia plástica oficializa-se como especialidade médica.

A existência de especialistas, a necessidade crescente, a anatomia dominada e o sucesso consolidado somam-se às mudanças socioculturais a partir da década de vinte, tais como a posição mais independente da mulher e a maior exposição corporal. Neste contexto, a cirurgia plástica avança a passos largos, incorporando-se à sociedade como recurso dos mais utilizados para obtenção de uma das finalidades primaciais da medicina: o bem estar do ser humano.

## 4.2 Cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética

A denominação cirurgia plástica vem do grego *plastikós*, que significa moldar, plasmar, dar forma. É a parte da cirurgia que objetiva restaurar, de forma artificial, anatômica e funcionalmente, partes do organismo arruinadas por deformidades congênitas ou adquiridas, além de corrigir as desarmonias de ordem estética.

A cirurgia plástica, então, é uma categoria da cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir, reconstituir ou embelezar parte externa do corpo deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita. Esta finalidade pode ser necessária e reparadora ou puramente estética.

À cirurgia plástica reparadora, também chamada corretiva, compete reconstituir partes do corpo deformadas, repor as substâncias perdidas e restaurar as funções de órgãos, corrigir de defeitos congênitos ou adquiridos (por exemplo: cicatrizes, queimaduras, lábio leporino etc.). Tem um fim terapêutico conectado, não raro, com uma preocupação estética, sendo esta absorvida por aquele fim. Enquadra-se ainda como reparadora a cirurgia para retificar cirurgia embelezadora malsucedida.

Na cirurgia plástica estética, também chamada cosmetológica ou embelezadora, o objetivo é corrigir imperfeições físicas, que tornam o corpo da pessoa desarmônico, do ponto de vista estético. Esta finalidade de melhoria da aparência do paciente não desvincula tal modalidade cirúrgica de sua finalidade curativa, visto que, não raro, a imperfeição física desencadeia uma série de neuroses e perturbações psíquicas na pessoa, que podem ser amenizadas ou até eliminadas com a cirurgia estética. Entende-se, neste contexto, que a saúde, além do bem estar físico, está ligada também ao bem estar psíquico e social.

Já para Miguel Kfourí Neto<sup>58</sup>, toda cirurgia plástica é necessariamente estética, subdividindo-se em cirurgia estética propriamente dita e cirurgia estética reparadora. A primeira se destina a corrigir imperfeições da natureza; a segunda tem por fim reparar verdadeiras enfermidades, congênitas ou adquiridas.

---

<sup>58</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op. Cit.*, p. 182

Em que pesem as divergências doutrinárias acerca da nomenclatura das espécies de cirurgia plástica, o mais relevante é o fim colimado por cada uma delas e todos distinguem da mesma forma o objetivo visado por essas cirurgias.

É importante ressaltar que a cirurgia estética não apresenta caráter de urgência, de tal modo que se o paciente decidir não se submeter à intervenção, não corre risco algum, e, além disso, sua necessidade nem sempre é manifesta, mas mesmo assim apresenta características comuns às demais cirurgias: a imprevisibilidade das reações do organismo humano e as conseqüências indesejadas que podem sobrevir.

Sendo assim, mesmo obtendo o consentimento do paciente e tendo prestado correta e completa informação, incorrerá em responsabilidade o médico que, ciente da desproporção entre os riscos assumidos pela intervenção e os benefícios esperados, realizar no paciente a cirurgia plástica pelo último pretendida. Nota-se que essa obrigação de informação é particularmente rigorosa em se tratando de cirurgia embelezadora, cabendo ao médico expor as vantagens e desvantagens do procedimento e afastar expectativas irreais do paciente<sup>59</sup>.

#### 4.3 Legitimidade da cirurgia plástica estética

Diante da evolução da Medicina e das mudanças no comportamento da sociedade moderna, a incorporação desta modalidade cirúrgica à arte médica deve ser encarada como um resultado natural da crescente preocupação das pessoas com seu bem estar físico e mental, incluindo-se aí a satisfação com o próprio corpo e a boa aparência. A cirurgia estética é um meio de alcançar esses objetivos e, por isso, não pode ser tratada como modalidade menos nobre.

Nesse sentido, é imperioso reproduzir algumas partes do brilhante pronunciamento do Papa Pio XII, em 1959, ao 10º Congresso Italiano de Cirurgia Plástica, reconhecendo, já naquela época, a importância da cirurgia plástica estética:

O desenvolvimento recente da cirurgia plástica, e mais especialmente da cirurgia estética, suscitou vivamente na consciência cristã o interesse em torno da liceidade de suas intervenções. Especialmente aquelas que se

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 180-181

destinam não tanto à restauração funcional quanto a um positivo embelezamento da pessoa, por exemplo, pela modificação dos traços fisionômicos ou simplesmente pela eliminação de rugas advindas da ação natural do tempo. (...) Não há dúvidas de que jamais o cristianismo e a ordem moral condenaram como ilícitos em si a estima e os cuidados ordinários da beleza física. Numerosos motivos há que legitimam e, às vezes, positivamente aconselham a intervenção. Deformidades ou mesmo até imperfeições podem provocar perturbações psíquicas no indivíduo, ou então se tornam um obstáculo às relações sociais e familiares e mesmo chegam a constituir um empecilho para o desenvolvimento de suas atividades (...). Assim, encarada a beleza física entre os cristãos, e respeitadas as condições morais aludidas, a cirurgia estética, longe de ir contra a lei de Deus, quando ela restitui a maior obra da criação visível, o Homem, parece mais auxiliá-la a dar um testemunho mais eloqüente da sabedoria e da bondade de Deus<sup>60</sup>.

Na atualidade, é inaceitável pensar que a cirurgia plástica estética esteja apenas a cargo da futilidade, ao se perceber que, ao atuar no corpo físico, ela atinge também o lado psíquico do ser humano, bem como suas relações sociais.

Certos posicionamentos mostram-se cegos a essa realidade, como o de Genival Veloso de França<sup>61</sup>:

Cabe, portanto, repetir mais uma vez a diferença entre a cirurgia reparadora, lícita e necessária, de valor indiscutível e incluída entre os direitos profissionais do médico, e a cirurgia cosmetológica, fora do âmbito da verdadeira Medicina, e que tem por base interesses escusos de quem a procura, e objetivos nem sempre confessáveis de quem a realiza.

O que impulsiona uma pessoa a se submeter a cirurgia cosmetológica pode ser a pura vaidade, como também pode ser a vontade de desfazer-se de uma imperfeição física que lhe é fonte de desgosto e insatisfação. Cabe ao médico avaliar, como em qualquer outra situação, a viabilidade e a segurança do procedimento.

Miguel Kfoury Neto<sup>62</sup>, mencionando os autores franceses Chammard e Monzein, ressalva que a regra de ouro em matéria de cirurgia plástica consiste na seguinte afirmação: *"todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente"*.

<sup>60</sup> PIO XII, Papa. Nature et Problèmes Professionnelles et Moraux de la Chirurgie Plastique. *Ann. Chir. Plast.*, v.4, p.169, 1959. In: ELY, Jorge Fonseca. **Cirurgia Plástica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980, p. 496-497.

<sup>61</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 8.ed, rev., aum. São Paulo:BYK, 2003, p.241.

<sup>62</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p .172

E continua o autor:

Afirmam os cirurgiões plásticos que, em cirurgia estética, como em todas as demais, surgem complicações pré e pós-operatórias, podendo chegar até a morte. Quando isso acontece, eles não são bem entendidos, e a reprovação é maior que se tivessem operado um câncer de pâncreas, por exemplo.

Ensina-nos o professor Caio Mário<sup>63</sup> que a cirurgia plástica estética passou, no que tange a sua legitimidade, por três fases distintas, a saber: da rejeição, da aceitação com reservas e a da admissão ampla.

Na fase da rejeição imperava a opinião segundo a qual a apuração da culpa era dispensável na operação de finalidade puramente estética, já que esta não se destinava a curar doença, mas apenas corrigir uma imperfeição física. Assim, se não fosse obtido o resultado esperado, surgia para o cirurgião a obrigação de indenizar, haja vista predominar o entendimento de que fora realizada uma operação sem qualquer utilidade para a saúde do paciente.

Na fase da aceitação com reservas, essa resistência foi atenuada, especialmente em razão de um julgamento do Tribunal de Sena, de 25/02/1929, após o qual considerou-se a questão de saber se o médico incide em culpa sempre, ou se depende esta das circunstâncias de cada caso. A Corte de Paris agiu bem recusando assentar-se em princípio de que toda operação plástica seria suscetível de estabelecer a responsabilidade do cirurgião.

A fase da admissão ampla corresponde a época atual, em que admite-se a cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento cotidiano, estando afastada totalmente a idéia de ilicitude. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer, visto que as pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica deve receber o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo.

Diante de todo o exposto, demonstra-se incontestável a legitimidade, assim como a licitude de tal modalidade cirúrgica e condenável qualquer entendimento que venha a questioná-las.

#### **4.4 Objeto do Contrato: obrigação de meio e obrigação de resultado**

---

<sup>63</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. *Op. Cit.*, p.155-156

No capítulo anterior, item 3.2, discorremos sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil médica e concluímos que, e, geral, trata-se de responsabilidade contratual. Não restando dúvidas, então, sobre a existência de um contrato entre o médico e seu paciente, vamos estudar agora o objeto deste contrato, se configura uma obrigação de meio ou de resultado, especificamente em relação à cirurgia plástica estética.

Primeiramente, cabe distinguir tais obrigações.

A obrigação será de meio quando o profissional assumir o compromisso de prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um resultado.

A obrigação será de resultado quando o contratado se comprometer a alcançar determinado fim, um resultado efetivo, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro.

Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido, para que o devedor seja responsabilizado, cabendo a este provar que o descumprimento se deu por caso fortuito ou força maior. Já na obrigação de meio, o credor (lesado) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente) agiu com culpa, que foi imprudente, negligente ou imperito na execução do contrato.

A doutrina é unânime ao afirmar como regra geral, a de que a obrigação assumida pelos médicos é de meio e não de resultado. Isto porque quando um paciente contrata os serviços médicos, este não tem o dever de curar o paciente, mas sim de agir com cuidado e diligência, utilizando dos recursos de sua profissão e conforme os progressos da medicina. Para que haja responsabilidade do médico será necessário provar que o insucesso foi resultante de negligência, imprudência ou imperícia.

A exceção a esta regra, de acordo com a maioria dos julgadores e doutrinadores, é a obrigação assumida pelo médico na cirurgia plástica estética propriamente dita, considerada de resultado. O entendimento majoritário é de que neste caso o médico se compromete a alcançar um fim determinado, ao passo que o clínico, o cirurgião geral e o cirurgião plástico

reparador ou reconstrutor apenas se comprometem em conduzir-se com toda diligência na aplicação dos conhecimentos científicos na busca do melhor resultado possível.

Assim, aponta Rui Stoco<sup>64</sup> que:

Em se tratando de cirurgia meramente estética não há como deixar de afirmar a obrigação de resultado do médico. Não se pode deslembrar que a responsabilidade de que cogitamos é contratual. Enquanto na atividade profissional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgia estética o médico contrata um resultado previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida.

Por sua vez, Caio Mário<sup>65</sup> aduz:

Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente, que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção. Em consequência recrudescem o “dever de informação” bem como a obrigação de vigilância, cumprindo, mesmo, ao médico recusar seu serviço, se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis.

No mesmo sentido, Teresa Ancona Lopes<sup>66</sup> sustenta:

Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas.

Genival Veloso de França<sup>67</sup> adota uma posição bem extremista a respeito dos pacientes que recorrem à cirurgia estética:

(...) interessados numa obrigação de resultado, e quando este não é conseguido surgem sérias imputações penais e pesadas responsabilidades civis. É que o sucesso é o único resultado almejado, e aí está o que

---

<sup>64</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.534

<sup>65</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.157

<sup>66</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes. *Op. cit.*, p. 62

<sup>67</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Op. cit.*, p. 242

diferencia estas intervenções dos outros ramos da cirurgia, os quais estão alicerçados no interesse imediato de, muitas vezes, salvar uma vida. Chega-se a conclusão de que jamais poderá haver fracasso naquelas operações.

Visto alguns exemplos do posicionamento da doutrina majoritária, passemos a verificar a postura da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA DE MAMA E ABDÔMEN. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CULPA PRESUMIDA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AFASTADAS.1. A responsabilidade dos profissionais liberais, em princípio, é baseada na culpa (art. 14, §4º, do CDC), mas nos casos de cirurgia plástica estética, o cirurgião assume obrigação de resultado, tratando-se, assim, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida.2. Portanto, na hipótese vertente, diante da análise dos fatos e provas trazidas aos autos, conclui-se ter sido insatisfatório o resultado obtido pela autora através da cirurgia plástica de mamas e abdômen, realizada pelo primeiro apelado, o que lhe acarretou deformidade.3.Obrigação de indenizar caracterizada tão somente pelo primeiro apelado.4.Dano moral fixado em R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais).5.Ausência de comprova o quanto aos danos materiais.6.Provimento parcial do recurso.<sup>68</sup>

CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO -INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível a inversão do ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido.<sup>69</sup>

Cirurgia plástica estética - Dever de indenizar [reparar as deformidades] e compensar os danos morais diante do resultado adverso da mamoplastia - Obrigação de resultado por não ter o médico demonstrado a previsibilidade de fracasso ou adversidades, quando celebrado o contrato, e por não ter provado que o fim desejado se alterou por culpa da paciente ou por fatores imprevisíveis - Provimento, em parte.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. nº2007.001.34452. 1ª Ementa. Rel. Des. Benedicto Abicair. 6ª Câmara Cível. Julgado em: 05/12/2007. Disponível em: < <http://www.tj.rj.gov.br/>> Acessado em: 13/06/2008.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 81101/PR. Recurso Especial 1995/0063170-9. Rel. Min. Waldemar Zveiter. 3ª Turma. Julgado em: 13/04/1999. Data da publicação/Fonte DJ 31/05/1999 p. 140. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=81101 &&b= ACOR&p =true &t=&l=10&i=2>> Acessado em: 13/06/2008.

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação. nº 4961544000. Rel. Enio Zuliani. 4ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 24/04/2008. Disponível em:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO MÉDICA DE RESULTADO - A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. Presunção só afastada fizer ele prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser à própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração.<sup>71</sup>

Diante do exposto, fica claro que aqueles que consideram ser de resultado a obrigação assumida pelo médico, entendem que o paciente é saudável e, portanto, não se submeteria aos riscos de uma cirurgia nem se disporia a ter elevados gastos se não fosse para obter um resultado claro e preciso. Entendem ainda que no caso de insucesso na cirurgia estética, haverá presunção de culpa do médico pela inadimplência do contrato e ocorrerá inversão do ônus da prova, cabendo ao médico elidir essa presunção mediante prova de ocorrência de fator imponderável, enquanto a vítima só precisa provar que o resultado pretendido não foi alcançado.

Isto posto, cabe, agora, expor os argumentos da corrente contrária, segundo a qual ao cirurgião plástico estético aplica-se a regra geral de que a obrigação assumida pelos médicos é de meio.

Parece-nos mais acertada a idéia de que também na cirurgia estética o médico não está obrigado a obter um resultado certo, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, na busca pelo melhor resultado possível. Em qualquer intervenção cirúrgica podem haver resultados inesperados, logo, a satisfação do contrato firmado entre o médico e o paciente que pretende se submeter a cirurgia embelezadora não depende somente da perícia ou diligência do cirurgião, mas de diversos fatores presentes em quaisquer outras cirurgias, razão pela qual na hipótese de insucesso do procedimento, o médico só será responsabilizado se restar comprovado que agiu com culpa ( a culpa não é presumida), conforme prevê o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.

---

<<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>> Acessado em: 13/06/2008

<sup>71</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 595068842. Rel. Des. Osvaldo Stefanello. 6ª Câmara Cível. Julgado em 10/10/1995. Disponível em:

<[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)> Acessado em: 13/06/2008.

Além disso, não se aplica a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do mesmo Código, uma vez que se trata de uma medida de exceção. A inversão não é um privilégio, mas uma faculdade judicial e, por isso, só se justifica quando, na análise do caso concreto, o juiz constatar a verossimilhança da alegação do consumidor ou sua hipossuficiência em produzir a prova.

A primeira corrente demonstra total indiferença ao fato de que a cirurgia estética envolve os mesmos riscos e depende da mesma álea que qualquer outra cirurgia, tendo em vista que em toda operação existe uma certa imprevisibilidade ligada à própria reação do corpo humano. Complicações podem advir, por exemplo, da resposta do orgânica do paciente à intervenção ou do fato deste não ter seguido corretamente as indicações do médico no pós-operatório. Não são raros os casos em que o cirurgião, mesmo sendo diligente e aplicando corretamente as técnicas com quais sempre obteve sucesso, não obtêm o resultado esperado devido a características peculiares do próprio paciente, não detectáveis antes da operação.

Deste modo, vigora o entendimento, compartilhado por célebres juristas como Caio Mário<sup>72</sup> e Miguel Kfoury Neto<sup>73</sup>, de que na cirurgia plástica estética, recrudescer o dever de informação posto que tal intervenção não possui caráter de urgência e não há uma necessidade imperiosa de saúde ou de vida. Cabe ao médico, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois avaliar os riscos envolvidos e, a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente todos os detalhes do procedimento, as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento esclarecido.

Assim, antes de proceder à qualquer intervenção cirúrgica, o profissional deve avaliar atentamente a proporção entre os riscos e os benefícios e, percebendo que a possibilidade de desgraça é maior que o embelezamento esperado, poderá desconsiderar o consentimento do paciente e recusar o seu serviço<sup>74</sup>.

A vaidade em excesso gerada pela popularização da cirurgia plástica e o crescente culto à boa forma física e à beleza cria uma obsessão pelo inatingível. Neste contexto, cabe ao cirurgião afastar as expectativas infundadas, que fogem à realidade, por isso é que a obrigação de informar é extremamente rigorosa nesta especialidade.

---

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, p.157

<sup>73</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p. 181

<sup>74</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p. 181

Pela própria natureza do ato cirúrgico, a relação entre o cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível. Porém, a apreciação do resultado estético é infinitamente subjetiva e permitir que a atuação médica fique submetida a tamanha subjetividade seria dar margem a uma enxurrada de demandas descabidas. Nesse ponto, o Ministro Menezes Direito<sup>75</sup> ensina que a própria “*literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, indica com clareza, que não é possível alcançar 100% de êxito*”.

Não é raro encontrarem-se pessoas que depositam em um novo nariz ou em seios mais empinados, toda a mudança de suas vidas. E, quando essa mudança não vem embutida no pós-operatório, passam a ter, potencialmente, a condição de se transformarem em litigantes judiciais.

Irany Novah Moraes<sup>76</sup> salienta que, frequentemente, o paciente confunde a não realização de suas expectativas com um erro médico.

Na hipótese de o paciente sentir-se insatisfeito, por entender que não foi atingido o resultado embelezador esperado, é preciso analisar o seguinte: se ocorreu mera frustração de suas expectativas, tendo em vista que o conceito de beleza é subjetivo e a capacidade do cirurgião de modificar o contorno corporal é limitada e restrita a uma série de fatores já mencionados, tendo o paciente sido informado previamente de todos os riscos e possíveis complicações, não poderá o profissional ser responsabilizado, se atuou com diligência e dentro dos padrões exigidos pela prática médica. Neste caso, o cirurgião cumpriu o contratado e alcançou um resultado satisfatório sob o prisma técnico, devendo o paciente conformar-se e enxergar que a intervenção cirúrgica foi realizada da melhor forma e com o melhor resultado possíveis, diante das disponibilidades atuais da Medicina e do fator aleatório inafastável<sup>77</sup>.

Agora, se a intervenção médico-cirúrgica provocar um agravamento das condições do paciente, com a piora dos seus aspectos físicos, deve-se verificar se o insucesso decorreu de peculiar característica do próprio corpo do paciente, que não poderia ter sido detectada antes da intervenção, hipótese que configuraria uma causa excludente da responsabilidade, ou se o insucesso ocorreu por culpa do médico.

Para os defensores do contrato de cirurgia plástica como sendo obrigação de resultado, no caso de resultado inalcançado, há presunção da culpa do cirurgião, especialmente se restar agravado o aspecto físico do paciente. Todavia, para a corrente, a qual nos filiamos, que

<sup>75</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Cf. **Revista dos Tribunais**. v. 767, p. 111 *et seq.* In: OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Op. cit.*, p. 93

<sup>76</sup> MORAES, Irany Novah. *Op. cit.*, p. 209

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Marina Massara Rodrigues de. *Op. cit.*, p. 136

defende a idéia de que o objeto do contrato médico é sempre uma obrigação de meios, não importa se o resultado foi alcançado ou não, pois, como afirmado anteriormente, a culpa do facultativo jamais é presumida. Então, o que importa é verificar se ocorreu imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, importa saber se o médico agiu com culpa ou não. Vale lembrar que o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima são causas excludentes da responsabilidade civil.

Outro aspecto levantado pela primeira corrente, e que deve ser combatido, é o de que o paciente que procura a cirurgia cosmetológica se encontra bem de saúde e apenas quer melhorar sua aparência, pelo que pretende um resultado certo e determinado, ao qual o médico se obriga, sem o que ninguém se submeteria aos riscos de uma operação. Alguns autores afirmam, ainda, que tal especialidade cirúrgica apresenta feição menos nobre pois estaria a serviço de uma vaidade fútil e por esse motivo, deveria ser apreciada pelos Tribunais com maior rigor.

Cabe expor aqui o entendimento do médico e professor Avelar<sup>78</sup>, para quem

(...) o imprescindível papel da cirurgia plástica é destinado à correção de assimetrias, desproporcionalidades, desequilíbrio e desarmonia entre os elementos de um órgão e deste com os demais elementos da região e das regiões vizinhas, para fortalecer o bem-estar íntimo e a auto-estima dos pacientes.

Aliando o entendimento do doutrinador ao fato de que, como visto no item anterior, não restam dúvidas sobre a legitimidade da cirurgia plástica estética, aceita mundialmente como válida e necessária aos pacientes, tanto por sua finalidade corretiva das formas do organismo, como por sua ação psicológica positiva, de se ver que aquelas afirmações dos que defendem a obrigação de resultado são inconsistentes e inverídicas.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de completo bem-estar físico, mental e social<sup>79</sup>. Seguindo este conceito, que é bastante amplo, até mesmo pequenas falhas antiestéticas passam a ser importantes para a saúde do indivíduo, na medida em que podem ser causa de complexos de inferioridade ou até mesmo depressão.

---

<sup>78</sup> AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia Plástica: obrigação de meio e não de fim ou de resultado**. São Paulo: Hipócrates, 2000, p. 328

<sup>79</sup> SEGRE, Marco. O Conceito de Saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, vol. 31, nº 5, out/1997. Disponível em: < [http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101997000600016](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016)> Acessado em: 14/06/2008.

Nesse sentido, salienta Jorge Fonseca Ely<sup>80</sup> que

(...) se uma mulher tem os seios muito pequenos ou a face muito enrugada e se sente mal com esse aspecto, sua queixa não pode ser levianamente tachada de frivolidade, mas os seus sintomas deverão ser estudados com toda a atenção. Estabelecida a correlação entre o defeito físico, por mínimo que seja, com a doença emocional ou psicossomática<sup>81</sup>, o tratamento está indicado, seja por psicoterapia, cirurgia plástica, ou a combinação de ambas. O estudo da auto-imagem poderá nos esclarecer muitos aspectos que poderão levar à indicação ou não de uma cirurgia estética.

Com efeito, essa influência da área orgânica na área psíquica e vice-versa, prossegue Ely<sup>82</sup>, *“fundamenta a remoção das causa orgânicas que ferem o equilíbrio do ser integral. Sem dúvida, um desses fatores é representado pela baixa auto-estima e dificuldade de relacionamento resultantes de uma aparência desgraciosa ou desarmônica”*. Assim sendo, percebe-se que a cirurgia estética, além de corrigir a desproporção de forma, alivia o paciente da tensão emocional produzida pela inadequação da auto-imagem.

Portanto, fica demonstrado que os transtornos da personalidade, depressões, neuroses e outras patologias psíquicas ou psicossomáticas podem ser abrandadas ou até erradicadas com uma intervenção cirúrgica estética, pelo que não é possível ignorar seu caráter curativo, a implicar uma obrigação de meios.

A fim de ilustrar todo o pensamento exposto, nos parece oportuno transcrever o voto vencido do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no acórdão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 81.101/PR), cuja ementa já usamos de exemplo início deste item. Trata-se de longo julgamento, iniciado em 26/08/1996 e somente concluído em 13/04/1999, o que demonstra a complexidade na tratativa do tema em tela. Não obstante ser voto vencido, as lições do eminente Ministro, são bastante elucidativas e nos trazem conclusões importantes acerca da discussão em pauta. Confira-se o trecho em que são citados os valiosos ensinamentos do ilustre Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Em estudo recente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar mostrou, com muita clareza, o tema sob julgamento na seguinte passagem de seu estudo sobre a responsabilidade civil do médico, *verbis*: "Polêmica é a definição da natureza jurídica da cirurgia estética ou corretiva, quando o paciente é saudável e apenas pretende melhorar a sua aparência; diferente da cirurgia

<sup>80</sup> ELY, Jorge Fonseca. *Op. cit.*, p. 494

<sup>81</sup> Psicossomático: Pertencente ou relativo, simultaneamente, aos domínios orgânicos e psíquicos; diz-se das perturbações ou lesões orgânicas produzidas por influências psíquicas (emoções, desejos, medo etc). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Nova Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1154

<sup>82</sup> ELY, Jorge Fonseca. *Op. cit.*, p. 494

reparadora, que corrige lesões congênitas ou adquiridas (Antônio Chaves, Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos, Rev. Jurídica 159/118). A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade reside no recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado (Penneau, *La responsabilité...*, p. 35). Duas decisões da Corte de Lyon e da Corte de Cassação de 1981, comentadas por Georges Durry (*Revue Trimestridle de Droit Civil*, p. 153), reafirmam que se trata de uma obrigação de meios, porque em toda operação existe uma álea ligada à reação do organismo, e acentuam a existência de um dever particular de informação. Mais recentemente, em 21.02.1991, a Corte de Versailles, reconhecendo a existência de uma obrigação de meios, condenou o cirurgião plástico que não comparou convenientemente os riscos e os benefícios de uma operação considerada prematura, deixando de fornecer a exata informação de todos os riscos (*Recueil Dalloz-Sirey*, 1993, p. 29). [...]Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso<sup>83</sup>.

Tal entendimento é bastante coerente, eis que a garantia de determinado resultado pelo cirurgião não desqualifica a unidade científica do ato cirúrgico, que tem a mesma natureza e constitui procedimento invasivo, envolvendo a mesma álea, logo, a obrigação continua a ser de meios. Ainda assim tal comportamento do profissional é condenável. O médico que garante um resultado inalcançável mostra-se corrompido pela mercantilização da Medicina que se ve na atualidade. A realidade é que muitos transformaram a cirurgia plástica em uma indústria com propaganda em massa e pagamentos facilitados. A atitude destes médicos que fazem promessas infundadas, ignorando o fator aleatório inerente a qualquer operação, é completamente leviana e, por isso, deve ser punida severamente.

Prossegue o Ministro Menezes Direito:

Toda cirurgia é uma forma de tratamento. As cirurgias bem poderiam ser uma subdivisão da terapêutica, que é a arte e a ciência do tratamento. [...]Em qualquer das subespecialidades cirúrgicas exige-se um profissional habilitado, agindo com perícia, prudência e diligência em todas as etapas de

---

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 81101/PR. Recurso Especial 1995/0063170-9. Rel. Min. Waldemar Zveiter. 3ª Turma. Julgado em: 13/04/1999. DJ 31/05/1999 p. 140. Voto. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=true?vPortalAreaPai=289&vPortalArea=338&vPortalAreaRaiz=>> Acessado em: 15/06/2008.

sua atuação, de forma comparável a outro profissional atuando nas mesmas circunstâncias.

[...]O principal argumento para transpor a cirurgia estética ao campo das obrigações de resultado está assentado no compromisso do cirurgião de obter com o ato cirúrgico um determinado resultado, que teria sido contratado, considerando que não há patologia a ser enfrentada. Todavia, [...] qualquer que seja o ato cirúrgico, o que determina a responsabilidade é a constatação da existência do erro médico e não, diante da igual natureza científica do ato, o compromisso de alcançar certo resultado.

Por um lado, mesmo a cirurgia meramente estética não significa, necessariamente, a ausência de uma patologia. Pode ocorrer, por exemplo, que uma paciente procure um cirurgião plástico para corrigir uma deformidade no apêndice nasal que, enfeitando-lhe o rosto, cause-lhe um transtorno da personalidade, assim uma depressão.

Enfim, há uma variedade enorme de circunstâncias peculiares que não devem ser vinculadas a um padrão imposto pela jurisprudência sobre a configuração jurídica da cirurgia estética como obrigação de resultado, que pode levar, ademais, a absurdos gravosos como o conceito de aceitação do resultado diante de determinado detalhe, assim, por exemplo, o exato tamanho da mama, ou sua angularidade específica, ou o do nariz.

Por outro lado, não é possível estabelecer, talqualmente em direito não o é, um padrão de resultado uniforme em todos os pacientes, mesmo em se tratando de cirurgia em subespecialidade diversa da estética, dependendo o resultado, sempre, de muitos fatores, até mesmo do comportamento do paciente. [...]O que não se pode admitir é a repetição de um *standard* jurisprudencial que está em desalinho, a meu juízo, com a realidade mais moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.<sup>84</sup>

O insigne Ministro do Superior Tribunal de Justiça continua a fundamentação do seu posicionamento lembrando que o Código de Defesa do Consumidor estipula, expressamente, em seu art.14, § 4º, que “*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa*”. E finaliza:

Ora, tal regra não separa o ato cirúrgico em obrigação de meio ou de resultado, não destaca a cirurgia estética, nem, tampouco, explicita que destina-se a incidir sobre a responsabilidade aquiliana, não sobre a responsabilidade contratual.

O dito contrato para melhorar a aparência física do paciente por meio de cirurgia não depende, exclusivamente, da perícia ou diligência do cirurgião mas, de fatores idênticos aos de qualquer outra cirurgia, devendo a responsabilidade do profissional ser apurada, como prescreve o Código, mediante a verificação da culpa.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 81101/PR. Recurso Especial 1995/0063170-9. Rel. Min. Waldemar Zveiter. 3ª Turma. Julgado em: 13/04/1999. DJ 31/05/1999 p. 140. Voto. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=true?vPortalAreaPai=289&vPortalArea=338&vPortalAreaRaiz=>> Acessado em: 15/06/2008.

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 81101/PR. Recurso Especial 1995/0063170-9. Rel. Min. Waldemar Zveiter. 3ª Turma. Julgado em: 13/04/1999. DJ 31/05/1999 p. 140. Voto. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=true?vPortalAreaPai=289&vPortalArea=338&vPortalAreaRaiz=>> Acessado em: 15/06/2008.

Nesse sentido, inexistindo qualquer prova de falha médica, não há como se comprovar o nexo causal existente entre o resultado obtido e a conduta do facultativo, uma vez que sem a prova da culpa, ainda que o resultado não tenha sido satisfatório para o paciente, não há que se falar em responsabilidade civil – sem a prova do dano, interrompe-se a pretensão de uma reparação.

Assim, não restam dúvidas sobre a aplicação do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, valendo reforçar, quanto a inversão do ônus da prova prevista no referido Código, que o deslocamento da carga probatória decorrente da presunção de culpa não se aplica no caso de responsabilidade do médico, que é subjetiva, nos termos do já citado § 4º. O art. 6º, VIII, admite que a inversão do *onus probandi* seja adotada segundo o critério do juiz, caso a caso, sob a condição de verificar-se a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência técnica do consumidor, do que se vê que tal regra não é absoluta.

Diante da presente exposição, repetimos mais uma vez que nos casos em que se vislumbram promessas inalcançáveis e/ou diante da ausência de informação ao paciente dos riscos ou complicações, bem como, ausente o consentimento do paciente, há que ser apurada a culpa do cirurgião, mas pelo descumprimento de uma obrigação de meios (dever de informação, dever de obter o consentimento esclarecido, dever de abstenção de abuso de poder).

Tomando conhecimento prévio de toda informação pertinente à intervenção, seja ela clínica ou cirúrgica, bem como concientizando-se de que o resultado pretendido por todos os fatores já discutidos, expectativas infundadas serão afastadas pelo paciente, o que lhe proporcionará posicionar-se de maneira coerente diante do resultado atingido, evitando-se demandas judiciais injustificadas.

Enfim, nota-se que, na verdade, o que realmente deve importar no julgamento de uma demanda judicial é verificar se o profissional agiu com culpa ou não, se cumpriu todos os seus deveres de aconselhar, prestando as informações pertinentes e obtendo o consentimento do paciente; de ser vigilante, e; de abster-se de abuso ou desvio de poder, e ainda, saber se o paciente seguiu as orientações do médico no pós-operatório, se tomou os medicamentos corretamente etc. São estes fatores que, se comprovados, vão determinar a responsabilização do facultativo e seu conseqüente dever de ressarcir, e não, o fato da obrigação ser de meios ou de fins.

Assim, faz-se imprescindível a prova da culpa mas esta nem sempre é fácil de ser produzida. É certo que o juiz não está adstrito à perícia, porém, dificilmente encontrará nos autos outras provas suficientes para responsabilizar o médico. Visto que não cabe ao Judiciário avaliar questões de alta indagação científica, nem se pronunciar sobre qual tratamento é mais indicado para a cura do doente, só lhe resta o exame da conduta profissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha médica.

Arrematando, mostra-se imperioso que o juiz ao proceder a apreciação do caso concreto, seja extremamente cuidadoso, qualquer que seja a especialidade médica em discussão, levando em consideração o contexto peculiar da atuação médica, onde se ve que paralelo a todo desenvolvimento científico que eleva as probabiliades de êxito, a Medicina ainda não conta com todas as respostas para as reações do corpo humano. Além disso, o juiz deve analisar o contexto social. Hoje em dia, a boa aparência física parece ter se tornado requisito para a aceitação do indivíduo, e, tendo em vista essa busca pela beleza aliada a grande propaganda e aos pagamentos facilitados, a cirurgia plástica popularizou-se. Porém, infelizmente, a despeito dessa nova demanda, nota-se que o ensino em algumas faculdades de Medicina está longe da excelência, formando profissionais despreparados. Tudo isso deve passar pela avaliação do juiz, no sentido de tornar mais rigorosa e justa a apuração da responsabilização médica.

## 5 CONCLUSÃO

Tendo em vista a inafastável realidade de ampliação crescente do número de reclamações judiciais fundadas em culpa atribuída à ação médica, não há como negar a relevância do estudo sobre a responsabilidade civil deste profissional.

Atualmente, a crescente exigência social de culto a boa aparência física, aumentou a procura pela cirurgia plástica estética. O consumidor, seduzido por esta valorização da beleza e estimulado pelos avanços científicos e a amplitude de novas técnicas médicas, busca, através deste tipo de intervenção, o bem-estar físico e mental, além da melhor aceitação social e profissional.

Neste cenário, aumentou também o número de processos na Justiça visando obter reparação por prejuízos causados na realização de tais cirurgias. E, assim, a responsabilidade do cirurgião plástico estético ganhou grande relevo no âmbito da responsabilidade civil.

Deste modo, a análise do tema mostra-se de suma importância, não apenas para os operadores do direito, mas também para os profissionais da área médica, tendo em vista que a apreciação da existência ou não de responsabilização deve ser cuidadosa e levar em consideração todas as singularidades da prestação do serviço médico e da relação do profissional com o seu paciente.

No presente trabalho buscou-se abordar as principais características da responsabilidade civil do médico de um modo geral e, especificamente, nas cirurgias plásticas estéticas.

É seguro afirmar que, via de regra, a responsabilidade civil do médico é tida, na atualidade, como responsabilidade contratual. E, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que deve ser apurado o descumprimento da prestação, surgindo o dever de indenizar, se restar comprovada a culpa, em qualquer de suas modalidades (imprudência, imperícia ou negligência), tendo em vista que a obrigação do médico é de meio, e, por isso, não se admite a presunção de culpa do profissional.

O contrato firmado entre médico e paciente tem natureza *sui generis* ou atípica, vez que agrega à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres imateriais, essenciais à natureza da avença, quais sejam o dever de aconselhar, de cuidar e de abstenção de desvio ou abuso de poder.

A falha médica deve ser apreciada com cautela, buscando-se desvendar se configura um erro escusável, decorrente da imperfeição da ciência médica e a da falibilidade humana, ou um erro eivado de culpa, caracterizado pelo agir com imprudência, negligência ou imperícia. Se do erro resultar prejuízo ao paciente, este poderá ser indenizado por danos materiais e morais, conforme o caso, podendo este último ser cumulado com o dano estético.

As chamadas cláusulas de não-indenizar não têm validade nos contratos firmados entre médicos e pacientes, haja vista o corpo humano ser bem indisponível. O médico tem o dever de zelar pela saúde e integridade corporal de seus pacientes e o direito à incolumidade é irrenunciável, logo, não há que cogitar acerca da validade de tais avenças, por serem contrárias àqueles preceitos.

O Código de Defesa do Consumidor consagra o sistema da responsabilização objetiva do prestador de serviços, mas há que se ter em mente que a responsabilidade dos profissionais liberais é, inegavelmente, uma das exceções a este sistema.

No que tange a inversão do ônus da prova, prevista no estatuto consumerista, impõe-se uma apuração efetiva do juízo de verossimilhança acerca dos fatos afirmados pelo autor, bem como, a adequada demonstração de sua hipossuficiência, para que seja adotada. Não se pode admitir que diante de suposto erro médico, já presume-se a culpa do profissional e inverta-se, quase que automaticamente o ônus da prova. O julgador deve lembrar que, em regra, a atuação do médico se pauta na diligência e na boa técnica, sendo que a má-prática é exceção. Logo, é mister a análise criteriosa de cada caso concreto posto que o objetivo maior do processo deve ser sempre a busca da verdade real que não pode ser obstaculizada pela repetição de decisões, descartando-se a apreciação profunda de cada caso.

Quanto à cirurgia plástica estética, especificamente, devem ser erradicados quaisquer resquícios que possam gerar dúvidas sobre a sua liceidade e legitimidade, uma vez que permitida por lei e incorporada à arte médica, tal especialidade encontra-se a serviço da sociedade, propiciando aos pacientes boa saúde física e mental, através da recuperação da harmonia corporal.

O uso da obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional do médico na cirurgia plástica estética mostra-se inadequado, visto que não pode ser assegurado ao paciente um resultado certo e predeterminado em face da complexidade do corpo humano e da imprevisibilidade das reações de cada organismo frente a uma mesma intervenção. Tal imprevisibilidade das reações à agressão do ato cirúrgico compõe o fator aleatório, que não pode ser ignorado. Além disso, o conceito de beleza é totalmente subjetivo, do que resulta que a expectativa de cada paciente sobre determinado tratamento e seu resultado pode não coincidir com o resultado alcançado, o que não significa que o profissional não tenha sido diligente.

O acerto está em inserir o cirurgião plástico estético no conjunto do demais especialistas da Medicina, aos quais se atribui uma obrigação de meios. Isto porque, além da correção da desproporção física, as depressões, os complexos de inferioridade, neurose e outras patologias psíquicas podem ser abrandadas ou totalmente afastadas com uma intervenção cirúrgica estética, demonstrando-se, com isso, o seu caráter curativo. Ademais, em qualquer cirurgia está presente o fator aleatório, o que significa que podem haver complicações imprevisíveis ou incontrolláveis, e também o comportamento do paciente, no

que diz respeito à reação de seu organismo e à sua atitude no pós-operatório, interfere no resultado final da operação.

Assim, o cirurgião diligente e cuidadoso não será responsabilizado porque não atingiu o resultado esperado. Entretanto, o médico que age levemente, despertando expectativas infundadas no paciente com promessas de resultados certos, deve ter uma punição mais severa na hipótese de decorrer dano ao paciente durante a cirurgia.

Finalmente, tendo em mira todos esses aspectos, considerando os riscos que a cirurgia envolve e o dever do facultativo de zelar pela saúde de seu paciente, demonstra-se imperioso o dever daquele de prestar informações claras e precisas ao paciente sobre o ato cirúrgico pretendido, expondo todas vantagens e desvantagens do tratamento e as possíveis complicações e cerceando desde logo expectativas inatingíveis, devendo o médico mesmo se recusar a prestar seus serviços se constatar que os riscos da intervenção são significativamente maiores que os benefícios. Em seguida às informações, o profissional deve colher o consentimento esclarecido do paciente sem o qual ele não pode atuar. Se tal dever for descumprido e danos sejam ocasionados ao paciente, o cirurgião será responsabilizado pelo descumprimento de uma obrigação de meios.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>> Acessado em: 25/05/2008.

AVELAR, Juarez Moraes. **Ensino da Cirurgia Plástica nas Faculdades de Medicina**. São Paulo: Hipócrates, 1994.

\_\_\_\_\_. **Cirurgia Plástica: obrigação de meio e não de fim ou de resultado**. São Paulo: Hipócrates, 2000.

BRITO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>.

Acessado em: 07/05/2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed., rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.1.

\_\_\_\_\_. **Da responsabilidade civil**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.2.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001, v. 7.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Cf. **Revista dos Tribunais**. v. 767, p. 111 *et seq.* In: OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

ELY, Jorge Fonseca. **Cirurgia Plástica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 8.ed, rev., aum. São Paulo:BYK, 2003

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil do médico**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. **O dano estético (responsabilidade civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MATOS, Cecília. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. In: FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARTIERE JÚNIOR, Lybio. O Alcance Atual da Cirurgia Plástica. In: AVELAR, Juarez Moraes. **Ensino da Cirurgia Plástica nas Faculdades de Medicina**. São Paulo: Hipócrates, 1994.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. **Elementos da responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

PIO XII, Papa. Nature et Problèmes Professionnelles et Moraux de la Chirurgie Plastique. *Ann. Chir. Plast.*, v.4, p.169, 1959. In: ELY, Jorge Fonseca. **Cirurgia Plástica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980

ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

SILVA, Roberto de Abreu e. **Hermenêutica Constitucional da Responsabilidade Civil**. *In*: OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOARES, Orlando Estevão da Costa. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**: teoria, prática forense e jurisprudência, 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **Erro Médico no Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http://www.ccih.med.br/erro\\_medico\\_codigo\\_civil\\_2002.html](http://www.ccih.med.br/erro_medico_codigo_civil_2002.html)> Acessado em 05/05/2008.

\_\_\_\_\_. **Erro médico e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5697>> Acessado em: 08/05/2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.

VIEIRA, Luiza Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001