



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

GLAUCO CAPDEVILLE FAJARDO SAMPAIO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS

PLÁSTICAS

JUIZ DE FORA

2008

D1058  
M.C. 00058



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**GLAUCO CAPDEVILLE FAJARDO SAMPAIO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS  
PLÁSTICAS**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos/Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**JUIZ DE FORA**

**2008**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

GLAUCO CARDEVILLE FAJARDO SAMPAIO

**Aluno**

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

**Tema**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

Laura B. Vieira

Falado

Aprovada em 11 / 12 / 2008.

Dedico este trabalho a todos aqueles professores, colegas de trabalho e de estudo e demais pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para que ele fosse realizado, em especial a minha orientadora a professora Mestre Laura Aparecida Vieira.

Aos meus pais e meu irmão que sempre me deram apoio nos momentos difíceis e sempre fizeram de tudo para que eu consiga alcançar os meus objetivos.

A minha tia e minha Avó que sempre acreditaram em mim e sempre me deram força.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa jornada.

Agradeço também esta conquista, à minha Avó (Aparecida), a meu irmão (Thiago) a minha tia (Márcia), que sempre me ajudou, aconselhando e buscando ajudar de alguma forma e aos meus pais (Amilton e Beatriz) grandes incentivadores e que sempre acreditaram em mim.

Mãe e Pai! Obrigado por todos os esforços que vocês fizeram para que esse dia chegasse. Valeu a pena toda essa luta, todo o sacrifício, EU AMO VOCÊS!

## **RESUMO**

A responsabilidade civil tem como finalidade na ordem jurídica a obrigação de reparar danos causados a outrem por atos ilícitos. A histórica posição de destaque social do médico sempre deixou o tema de sua responsabilização um tanto delicado, principalmente porque o contrato de prestação de serviços médicos tinha como característica fundamental a sua pessoalidade. Também sob a ótica do Código Civil de 2002, a responsabilidade médica continua a ser contratual, devendo o profissional, além de pautar pela sua conduta com diligência e perícia, nortear-se pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, primando pela ética, respeito ao ser humano e a sociedade. Inegável tratar-se também de uma relação de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor será aplicado à relação médico-paciente, com exceção do que vem expresso em seu art. 14, §4º. Desta maneira, a obrigação do médico não é de curar o doente, compromete-se, a empregar o tratamento adequado. Tem ele, assim, uma obrigação de meio atuando com diligência e prudência e não se comprometendo com a cura do paciente, ou seja, o resultado final. Necessário observar que, a doutrina e jurisprudência entendem ser obrigação de resultado somente as cirurgias plásticas estéticas já que as intervenções nesse tipo de cirurgia o médico se compromete com o resultado esperado pelo paciente. Há uma tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado, muitas vezes, os resultados ficaram aquém das expectativas do paciente, mas não significa dizer que houve falhas durante a intervenção.

### **Palavras Chaves:**

**Responsabilidade civil, Responsabilidade subjetiva, Obrigação de meio, Obrigação de resultado e Erro médico.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>9</b>
1.1 Abordagem histórica conceitual.....	9
1.2 Modalidades da Responsabilidade Civil.....	12
1.2.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	12
1.2.2 A responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.....	14
1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	17
1.3.1 Ação ou omissão do agente.....	17
1.3.2 Culpa do agente.....	18
1.3.3 Dano experimentado pela vítima.....	19
1.3.4 Nexo causal.....	19
1.4 AS Excludentes da Responsabilidade Civil.....	20
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....</b>	<b>21</b>
2.1 A responsabilidade médica na história.....	21
2.2 A responsabilidade médica e o Código de Defesa do Consumidor.....	23
2.3 Médico paciente: Um contrato.....	25
2.4 Elementos da configuração da responsabilidade.....	26
2.4.1 A culpa médica.....	26
2.4.2 O dano médico.....	28
2.4.3 O erro médico.....	29
<b>3 OBRIGAÇÕES DE MEIO E RESULTADO.....</b>	<b>31</b>
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS....</b>	<b>36</b>
4.1 Cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora.....	37
4.2 Cirurgia plástica estética: obrigação de meio ou de resultado?.....	39
Conclusão.....	46
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

A arte de lidar com as doenças e os males que podiam levar à morte, surgiu já na pré-história, era atributo daqueles que se revestiam de caráter religioso ou mágico, mas quando ocorria um erro daquele que tinha o poder de cura, ele e toda sua família eram punidos segundo a Lei de Talião "olho por olho dente por dente".

É cediço que o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com a evolução da ciência e as regras consagradas pela prática médica com a qual conviveu o profissional por longos anos de estudos, renúncias e sacrifícios. E esse dever consubstancia-se em um Código de Ética, ao qual, à evidência, apreendeu e obrigou-se a respeitar sob o sagrado juramento de Hipócrates.

A partir da metade do século XX verifica-se a massificação das relações sociais, a prestação "pessoal" do atendimento médico ficou muito restrita a uma minoria elitizada, que ainda pode manter o "médico de família". Em geral, o surgimento dos grandes hospitais e centros de saúde transformou esta relação, somado ao fato do próprio avanço da medicina, que levou e leva a cada dia uma especialização maior dos profissionais.

Esta transformação leva o médico a conhecer cada vez menos seu paciente, que é quase anônimo, aumentando sua responsabilidade pelos diagnósticos, pois a nova medicina, que aumenta as possibilidades de cura, também propicia uma nova gama de possibilidade de danos, com conseqüências muito mais graves do que aquelas que advinham da utilização dos métodos mais antigos e tradicionais de tratamento e cirurgia.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, também passou a ter uma nova forma de ver o problema sob o aspecto jurídico, sobretudo quando se diz respeito à relação médico-paciente, ultimamente entendido como médico-cliente, nos termos dos arts, 2º e 3º, da Lei 8.078/1990. Já o parágrafo 4º do art.14 do mesmo diploma exclui a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais o que implica para apuração de responsabilidade na ocorrência dos elementos da culpabilidade.

O presente trabalho monográfico tem escopo de discutir a problemática da responsabilidade civil dos serviços médicos, seus aspectos, princípios e a aplicabilidade no Código de Defesa do Consumidor, considerando o critério da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais na prestação desta atividade e mostrar quando sua obrigação é de meio ou de resultado.

Desta feita, a prestação contratual do médico, então, cinge-se a pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, desempenhando-os com zelo e adequação. Se cumprir tal prestação, o contrato terá sido adimplido, malgrado o insucesso do tratamento no tocante à meta de curar ou salvar o doente.

Há uma tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado, muitas vezes, os resultados ficaram aquém das expectativas da paciente, mas isso não significa dizer que houve falhas durante a intervenção médica, conforme se demonstrará no decorrer deste trabalho monográfico.

Para tanto, a monografia será dividida em quatro capítulos. O primeiro trata da responsabilidade civil, onde se discutirá a responsabilidade contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva, e os pressupostos da responsabilidade e as excludentes da responsabilidade civil.

O segundo capítulo analisou a responsabilidade civil médica na história e a relação entre a responsabilidade médica e o Código de Defesa do Consumidor, assim como os elementos da configuração da responsabilidade.

O terceiro capítulo se encarregou de analisar as obrigações de meio e de resultado. Partindo da premissa de que não compete ao médico a obrigação de restituir a saúde de seu paciente, objetivo que não integra sua prestação, mas utilizar sua técnica e seus conhecimentos da melhor forma possível para atingir este objetivo.

No quarto e último capítulo, abordar-se-á a polêmica natureza jurídica da cirurgia estética e a reparadora, buscando definir quando se tratam de obrigação de meio e de resultado e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Foco gerador de entraves ao julgamento da conduta do médico, posiciona-se na falta da compreensão de alguns institutos do direito. O exame desta conduta impõe uma série de cuidados que visam não só a evitar as errôneas interpretações da lei, futuras nulidades, como também a suprimir a indesejável injustiça da qual muitas vezes excelentes e renomados profissionais da medicina são vítimas, numa generalização de todo injustificada, sendo imprescindível a abordagem das modalidades da culpa.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil tem como finalidade na ordem jurídica a obrigação de reparar os danos causados a outrem por atos ilícitos

No entanto o novo Código Civil regulamentado pela Lei 10.406/2002, que começou a vigorar em janeiro de 2003, estabelece no artigo 927, parágrafo único, que:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (TAPAI, 2002, p.81).”

Já o caput do artigo 927 do Código Civil exclui totalmente o conceito da necessidade de verificação de culpa.

Para Sérgio Cavalieri Filho a responsabilidade tem dois sentidos:

“Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente de uma violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (2005, p. 24).”

No entendimento doutrinário a responsabilidade civil é o remédio jurídico que as pessoas têm contra aqueles que lhes causam prejuízos tanto no campo moral, quanto material.

### **1.1 Abordagem histórica conceitual**

A responsabilidade civil do médico tem sua primeira aparição com a Lei das XII Tábuas, onde se permitiu uma transação entre a vítima e o autor, convertendo uma pena em uma indenização.

Já no Direito Brasileiro, a matéria está contida no artigo 186 do Código Civil de 2002: "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Por combinação legal, soma-se a este dispositivo o artigo 951 do mesmo diploma:

“Art.951- “O disposto nos arts”. 948, 949 e 950, aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (TAPAI, 2002, p.83).”

Assim, para que ocorra a responsabilidade civil médica, é necessária a caracterização dos seguintes pressupostos: ação ou omissão lesiva do médico; dano de conteúdo pessoal, moral ou patrimonial; nexo causal, a relação de causa (ação), e efeito (dano).

O acórdão publicado TJMG nº 407349-8 traz um texto muito esclarecedor do desembargador Gouvêa Rios:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE MÉDICA E HOSPITALAR - ERRO MÉDICO - CULPA - NEXO DE CAUSALIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA. (...) Os médicos e os cirurgiões são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resulta algum evento lesivo ao paciente. Na espécie, o conjunto probatório não convence da culpa do médico/co-réu. Não há prova nos autos de que ele tenha sido negligente, imperito ou mesmo imprudente no acompanhamento do paciente, no período de internamento no Hospital/réu e quando se encontrava sob seus cuidados profissionais". Cabia ao autor/apelante fazer prova de suas alegações e desse ônus não se desincumbiu a contento, sabido de todos que quem tem o dever de direcionar a objetiva convicção do juiz é o autor. Se ausentes à prova da culpa e do nexo causal, a pretensão não deve ser acolhida. "Em se tratando de assunto de natureza humana, envolvendo o médico que trabalha com o objetivo maior de fazer o bem para seu semelhante, resultados não satisfatórios por parte do paciente exigem averiguação cautelosa para que não se cometa injustiça maior.<sup>1</sup>

O acórdão deixa claro que a responsabilidade médica é subjetiva, pois tem que estar presente nesta relação à ação lesiva, esta se caracteriza com a culpa, no caso a imprudência, a negligência e a imperícia do agente.

<sup>1</sup> MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 002669-9. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. 10 fev. 2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=407349&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=responsabilidade%20civil%20erro%20médico&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=407349&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=responsabilidade%20civil%20erro%20médico&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>) Acesso em: 25set.2008

Quanto à responsabilidade civil do médico, Delton Croce e Delton Croce Júnior têm a esclarecer o seguinte:

Há um salutar princípio jurídico geral que, objetivando resguardar os interesses, os direitos e as obrigações do homem no seio da sociedade, estabelece o todo indivíduo mentalmente sadio e capaz a obrigação de responder por prejuízos cometidos a outrem, por meio do dolo ou da atuação negligente, imperita ou imprudente, obrigação esta que será calculada, sob a perspectiva civilista, exclusivamente sobre a extensão do dano e não pelo grau de culpa, seja ela grave, seja leve ou mesmo levíssima". (1997, p.85).

Logo, o dano é toda ofensa ou prejuízo moral, material ou patrimonial que o paciente possa sofrer em conseqüência do ato médico.

O nexos de causa e efeito é a relação causal entre o médico e o dano. A causa de um dano resultaria do somatório dos fenômenos sucessivos, alcançando um determinado efeito prejudicial aos patrimônios pessoal e real do indivíduo.

Além disso, toda doutrina sobre o assunto não é unânime em afirmar que a responsabilidade civil do médico é contratual, ou seja, a obrigação configurada por meio de contrato escrito ou verbal entre o paciente e seu médico.

Pertence a Savatier uma das definições mais sucinta e satisfatória sobre o que vem a ser responsabilidade civil. Segundo o juriconsulto francês, trata-se de "obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (Savatier, apud Rodrigues, 2003, p. 6).

A doutrinadora Maria Helena Diniz ensina 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 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). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa."(2003, p. 28).

Outra definição trazida pela doutrina pátria, a saber:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma.

Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que se subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil (PEREIRA, 1999, p. 11).

Em síntese, a responsabilidade civil nasce sempre que houver, por parte de um agente, seja pessoa física ou jurídica, violação de um dever jurídico preexistente, e dessa violação resultar certo dano a outrem.

## **1.2 Modalidades da responsabilidade civil**

Serão analisadas as seguintes modalidades da responsabilidade civil: contratual ou negocial, extracontratual, objetiva ou teoria do risco e subjetiva ou teoria da culpa.

Na primeira ocorre quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato, ou seja, quando o médico tem o dever de prestar assistência nos casos de urgência e não o faz. Na extracontratual é quando o dever jurídico violado não está no contrato e sim na lei ou na ordem jurídica.

A responsabilidade objetiva a reparação dos danos independe da comprovação de culpa do agente, nesta teoria o ônus é invertido. Já na subjetiva a culpa tem que ser provado pelo autor da ação que o agente causador do dano agiu com imperícia, imprudência ou negligência.

### **1.2.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual**

A responsabilidade contratual, também chamada de responsabilidade negocial é aquela que decorre de descumprimento de uma obrigação contratual.

Deste modo, por exemplo, o segurador que não paga ao segurado a indenização devida incide nesta modalidade de responsabilidade. Logo, é uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.

Os preceitos da responsabilidade contratual estão expressos no art. 389 do Código Civil de 2002, *in verbis* "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente

estabelecidos, e honorários de advogado”. (TAPAI, 2002, p.38)

Essa espécie de responsabilidade civil norteadada pelo princípio da obrigatoriedade das convenções, denominado *pacta sunt servanda*, baseia-se no dever de resultado, o que acarreta a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Já responsabilidade extracontratual, igualmente nominada de responsabilidade delitual ou aquiliana, não decorre de um rompimento com uma obrigação preestabelecida, mas sim de ato doloso ou culposos, que cause dano a outrem. É de se observar que não figura aqui nenhum liame jurídico entre a vítima e o causador do dano; este, pela prática do ato ilícito, acarreta danos que deverá reparar. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito. Aplicam-se, no caso, os arts. 186 e 927, caput, do Código de 2002, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (TAPAI, 2002, p.19).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. . (TAPAI, 2002, p.81).

Quando um agente por ação própria ou por ação de terceiros que esteja sob sua guarda causar danos a outrem deverá reparar esses prejuízos.

Sérgio Cavalieri Filho tem o seguinte entendimento sobre a responsabilidade extracontratual e contratual:

Tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (2003, p.38)

Quanto ao ônus da prova, cabe ao devedor provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do devedor de indenizar.

Na responsabilidade extracontratual o ônus *probandi* cabe à vítima; ele é que deve provar a culpa do agente. Caso não consiga tal prova, ficará sem ressarcimento.

### 1.2.2 A responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva

São de vital importância para o estudo que se pretende desenvolver adiante, as definições contidas nesse tópico.

Com o intuito de avaliar a necessidade de ressarcimento de dano causado a outrem, a responsabilidade civil possui, doutrinariamente, duas teorias que regulam os mecanismos de responsabilização. São, a saber, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

Sobre o assunto, Silvio Rodrigues assim leciona:

Em rigor não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco. (2002, p.11)

A responsabilidade subjetiva é aquela dependente do comportamento do sujeito tendo por fundamento a ação ou omissão culposa do agente, vale dizer, não basta, para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexos causal, sendo necessário à comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo ou culpa.

No entanto, essa prova muitas vezes se torna difícil. O Direito positivo admite, então, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa.

A responsabilidade sem culpa vai aparecer no Código Civil de 2002 em questões especiais e, também, eventualmente, em legislação extravagante, sendo um bom exemplo a responsabilização objetiva dos fornecedores de produtos e serviços impostos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). A excepcionalidade da presença da teoria objetiva, no código acima referido, é a regra geral.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, é, pois, aquela que prescindir da culpa, cabendo à vítima apenas a prova do dano e do liame causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida.

A respeito do tema Rui Stoco, ensina que:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. (1997, p. 323)

A teoria objetivista está vinculada à teoria do risco, ou seja, quem exerce uma atividade que pode provocar uma lesão a um bem alheio, em caso de o prejuízo se concretizar, responderá, automaticamente, pelos danos causados. Basta a presença do ato lesivo, do dano e do nexos causal entre estes dois. Portanto, no campo da responsabilidade objetiva não há a avaliação da presença de conduta culposa. Sobre o assunto nos transmite José de Aguiar Dias:

A teoria da responsabilidade objetiva, ou doutrina do risco, tem pelo menos o mérito de se inteirar daquele equívoco e, se é passível de crítica, esta por certo não reside no fato de contradição. Corresponde em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa. (1997, p.49).

Importante salientar que a teoria objetiva não se confunde com a presunção legal de culpa, embora esta tenha precedido aquela. É necessário, apenas, que exista o nexos causal entre o ato do agente do dano e o prejuízo causado ao lesado, mas frise-se, deve haver nexos causal adequado entre o agir do que causou o dano e a lesão.

O que ocorre, porém, é que os casos de presunção de culpa excluem os de responsabilidade objetiva. O que há, na verdade, é uma inversão do ônus da prova no que tange à culpa do agente, uma vez que, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, essa é uma incumbência da vítima, ao passo que, se for o caso de culpa presumida, será justamente o causador do dano quem deverá comprovar alguma excludente da culpa. Já na teoria objetiva, como visto, não há que se questionar sobre a culpa. Desta forma, evita-se a confusão entre o instituto da culpa presumida e a teoria objetiva.

Nesse diapasão, importante ressaltar que a responsabilidade civil do médico é regida pelas regras do Ordenamento Jurídico que regem a responsabilidade civil em geral. Portanto, está sujeita ao regramento da responsabilidade civil pela teoria da responsabilidade subjetiva

(teoria da culpa). Assim, não se pode falar em responsabilização do médico se não se provar a culpa. Esta, mesmo que levíssima, tem que estar presente no agir de tal profissional, sem que qualquer insucesso em um atendimento médico tenha que ser debitado ao infortúnio. Por ação ou omissão, o dolo ou a culpa em sentido estrito a imprudência, a negligência ou a imperícia, pelo menos uma delas tem que estar presente no agir do médico para que fique caracterizado o seu atuar com culpa, justificando, assim, para o julgador, a sua responsabilização civil pelos danos causados ao paciente.

No mesmo sentido o entendimento jurisprudencial do TJMG:

INDENIZAÇÃO - ERRO DE DIAGNÓSTICO - MORTE - IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO E AO HOSPITAL - PRESENÇA DOS ELEMENTOS - RESPONSABILIZAÇÃO. É de ser responsabilizado, médico e hospital, quando se evidencia que o resultado danoso - morte de paciente - noticiado nos autos, decorre porque não observado o mínimo exigível e ao alcance para se chegar à certeza do diagnóstico da paciente e modo a conduzir ao seu tratamento adequado, levando à convicção da precariedade do atendimento recebido e da atuação profissional feita com negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro, porque não fez o que deveria e o que estava ao seu alcance naquele momento e circunstância.<sup>2</sup>

Destacando que a evidente busca da cura do enfermo nem sempre pode ser concretizada quando a ciência médica e a própria natureza do paciente não permitem que essa meta seja assegurada. Portanto, o médico tem que pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, desempenhando-os com zelo e adequação. Se cumprir tal prestação, o contrato terá sido adimplido, malgrado o insucesso do tratamento no tocante à meta de curar ou salvar o doente.

Assim, não compete ao médico restituir a saúde de seu paciente, objetivo que não integra sua prestação, mas utilizar sua técnica e seus conhecimentos da melhor forma possível, para atingir este objetivo.

---

<sup>2</sup> MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 002669-9. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. 13 dez. 2005. Disponível em: [http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=518&ano=1&txt\\_proce sso=2669&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=responsabilidade%20civil%20erro%20 medico&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=518&ano=1&txt_proce sso=2669&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=responsabilidade%20civil%20erro%20 medico&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=) Acesso em: 25 set. 2008

## 1.3 Pressupostos da responsabilidade civil

### 1.3.1 Ação ou omissão do agente

Sergio Cavalieri conceitua ação como “a forma mais comum exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer”. (2006, p.48)

Já a omissão, leciona o jurista Rui Stoco (1997, p.69), “seria um *non facere* relevante para o Direito desde que atinja um bem juridicamente tutelado”. Nota-se, na prática, que a responsabilidade individual por omissão é mais freqüente na seara contratual.

De acordo com os ensinamentos do autor Silvio Rodrigues (2002), a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.

Aquele que causa dano a outrem através de ato próprio tem sua responsabilidade delineada pelo princípio informador da teoria da reparação. Isto se justifica na medida em que se alguém, através de atitude pessoal, na infringência de dever legal ou social, prejudica terceiro, é notadamente lógico que deva reparar o dano causado.

Importante, ainda, trazer à tona a definição dada por Sérgio Cavalieri Filho:

Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. (2003, p.43).

A responsabilidade por ato de terceiro materializa-se quando, sem ter dado causa pessoalmente ao dano, um indivíduo fica sujeito a responder pelo mesmo. O causador do dano, no caso, é alguém que está sob a sujeição daquele. Exemplos clássicos são o da responsabilidade do pai pelos atos dos filhos e o do patrão com relação aos atos dos empregados.

### 1.3.2 Culpa do agente

Segundo entende a melhor doutrina, é fundamental que se caracterize o dolo ou a culpa do agente para que surja a responsabilidade de indenizar.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua culpa como sendo a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém, previsto ou previsível”. (2003, p. 54).

De modo geral, o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos resulta da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente.

Assim, não havendo culpa, não existirá qualquer responsabilidade, visto que no nosso Ordenamento Jurídico vigora a regra geral da culpa como fundamento da responsabilidade civil, apesar de existirem alguns casos de responsabilidade sem culpa.

Não resta dúvida que quando se analisa a culpa na responsabilidade civil, esta deve ser entendida num sentido lato, englobando tanto o dolo, quanto a culpa *stricto sensu*. Assim, a culpa em sentido lato, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela. Compreende: o dolo e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência, ou negligência.

O dolo é uma ação intencional, ou que assume o risco de produzir um ato ilícito. É a violação deliberada, intencional, consciente, de um dever jurídico. O dolo pode ser: a) direto, quando o agente almejava deliberadamente alcançar o resultado; b) eventual, quando a vontade do agente não era dirigida à obtenção do resultado, querendo ele algo diverso, porém, assumindo o risco de causar, com seu comportamento um dano a outrem.

Já a culpa *strictu senso*, por sua vez, se manifesta através das seguintes modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência vem do latim *negligere*, que significa desprezar: desatender, não cuidar. Bitencourt (2002, p. 229) define negligência como sendo a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É um não fazer do que deveria ser feito.

Já a imprudência é mais que falta de atenção, é a imprevidência acerca do mal, que se deveria prever, porém, não previu. Pode ser compreendida como a prática de uma conduta perigosa, arriscada, passível de produzir um dano a outrem. É a inobservância do dever de cautela na adoção de certas práticas ou procedimentos. Representam o triunfo da falta de moderação, da insensatez e da precipitação sobre a experiência, o bom senso e o profissionalismo.

Por fim, a imperícia é o que se faz sem o conhecimento da arte ou técnica, com o qual se evitaria o mal. É, pois, a falta de capacidade, o despreparo prático, a insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de uma arte, de uma profissão, de um ofício. Para Miguel Kfoury Neto. (2003, p. 97) imperícia é falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático.

### **1.3.3 Dano experimentado pela vítima**

Silvio de Salvo Venosa ensina que:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se toma mais própria modernamente, tendo em vista ao vultoso que tomou a responsabilidade civil (...). O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral. Não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (2003, p. 28).

O dano, portanto, pode ser de ordem material, facilmente representado por uma prestação pecuniária, e de ordem moral, equivalente à dor psíquica ou mais propriamente ao desconforto comportamental provocam intenso sofrimento íntimo ao lesionado. O dano estético se enquadraria como uma modalidade de dano moral.

Não se pode cogitar obrigação de indenizar sem a existência de um dano, pois a admissão de tal idéia ensejaria um enriquecimento sem causa àquele que receberia a indenização.

### **1.3.4 Nexo causal**

Por derradeiro, para que a responsabilidade civil seja reconhecida, surgindo assim, a obrigação de indenizar, é fundamental que seja clara a ligação entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado, uma perfeita relação de causa e efeito. Não havendo tal relação, inexistente a obrigação de indenizar. A esse liame são dados muitos nomes: nexo causal, relação de causalidade, nexos etiológico etc.

Segundo Silvio Venosa, nexos causal "é o liame que une uma 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". (2003, p. 39)

Isso é demasiado importante porque nem sempre um dano está relacionado a um agente. É o que ocorre, por exemplo, quando o que se verifica é um caso fortuito ou força maior é o que ocorre quando, por exemplo, a vítima experimenta um dano causado por uma tempestade. Nesse caso, não há que se falar em responsabilidade civil, pois não há como relacionar o dano a um agente. É o que se verifica também, quando há a culpa exclusiva da vítima.

A obrigação de indenizar a rigor não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. Basta que o autor seja responsável por uma causa, sempre que dessa provier o dano, estabelecida sua relação com as demais.

#### **1.4 As excludentes da responsabilidade civil**

Para que surja a obrigação de indenizar, há a necessidade da coexistência de certos pressupostos, a saber: ação ou omissão do agente; culpa do agente; dano experimentado pela vítima e nexo causal. Porém, assim como existem tais pressupostos ensejadores do dever de reparar o dano sofrido pela vítima, há outros que, se presentes no caso concreto, isentam o causador dano de responsabilidade, são as chamadas excludentes da ilicitude.

Não se pode deixar de mencionar algumas causas que, quando evidenciadas, excluem a culpabilidade do médico e que levam à improcedência de uma possível ação de indenização. Tais causas são comumente chamadas de excludentes de responsabilidade.

Jerônimo Romanello Neto (1998, p.96) arrola algumas causas que eximem a responsabilidade do médico e que devem ser analisadas sob o princípio da interpretação do magistrado: iatrogenia (alteração para pior no tratamento de um paciente), estado de necessidade, obediência devida, cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito, erro e ignorância, caso fortuito e força maior, dispensa de culpa, culpa do enfermo e culpa concorrente.

Para a maioria dos juristas a presença de uma ou mais destas causas excludentes já exime o médico da responsabilidade, mesmo que se verifique dano, nexo causal e culpa.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico evoluiu juntamente com a medicina e com as legislações vigentes em cada época e sociedade. Desde os primórdios dos tempos no início da prática da medicina, de diversas maneiras, o profissional já respondia pelos seus erros e pelas conseqüências deles decorrentes.

### 2.1 A responsabilidade médica na história

Uma breve exposição da evolução histórica da valoração e reparação do dano mostra-se indispensável para que se consiga compreender melhor os diversos aspectos que envolvem a responsabilidade civil, e mais especificamente, a responsabilidade civil médica.

Era essencialmente artesanal, nos primórdios da civilização, a arte da medicina. Esta era vista como um dom divino, até porque pouco se conhecia da anatomia e da fisiologia humanas.

Os médicos eram considerados verdadeiros sacerdotes e seus métodos não sofriam qualquer tipo de questionamento. Por outro lado, o insucesso lhes era cobrado na mesma proporção e por tal motivo, podemos dizer que o desenvolvimento da responsabilidade civil, por vezes, se confunde com o desenvolvimento da reparação do dano médico.

Sobre a responsabilização do médico pelos seus insucessos, Néri Tadeu Câmara Souza expõe que:

Desde a antiguidade, os diversos povos elaboraram legislações em que se responsabilizava o médico por eventuais insucessos no seu desempenho profissional. [...]. Cite-se, como exemplos de legislações da antiguidade com punições ao mau desempenho profissional do médico: o Código de Ur Nammu (dos sumérios, no século XXI a.C.), o Código de Manu (da Índia), o Cho-King (na China), a Lei de Zoroastro (da Pérsia), o Talmude (dos judeus), leis específicas para a atividade do médico no Egito, o Código de Hamurabi (na Babilônia, no século XVII a.C., que estabeleceu a Lei de Talião - em que, por exemplo, era prevista a amputação das mãos do cirurgião em caso de insucesso em um atendimento), na Grécia, no século V a.C., eram usadas regras (*Corpus Hippocraticum*) para a atividade médica, com base nas leis egípcias, e no Império Romano, a *Lex Aquilia* (no século III a.C.) previa sanções para o médico que fosse malsucedido nos tratamentos que realizava. (2006, p. 14).

Segundo os ensinamentos de Miguel Kfoury Netto (1996, p. 38) a respeito da história da evolução da responsabilidade civil, o primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.). Tal código, além de tratar do erro médico, trazia normas a respeito da profissão médica em geral, contendo artigos que impunham ao cirurgião, por exemplo, a máxima atenção e perícia no exercício da atividade médica. Em caso de morte ou lesão ao paciente desencadeavam-se severas penas, podendo o cirurgião, até mesmo, ter suas mãos amputadas. Aqui não existia o conceito de culpa caso o paciente morresse logo após a intervenção cirúrgica, o médico era punido.

Já o primeiro documento a trazer em seu bojo um princípio geral regulador da reparação do dano é a *Lex Aquillia*, de Roma. Seus princípios foram a base para que o direito posterior, através da jurisprudência e da reflexão doutrinária, desse forma e conteúdo ao que passaria a existir na esfera jurídica sob a denominação "responsabilidade civil". A Responsabilidade Civil recebeu grande influência do Direito Romano, sendo que foi em Roma que se solidificou a idéia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade. Caberia ao Estado o poder-dever de disciplinar a indenização devida pelos danos causados por um particular a outrem. No entanto, a idéia de punição retributiva não foi abandonada. A diferença passou a ser a permissão ou não do Estado para que pudesse ser aplicada.

Com a evolução e desenvolvimento da medicina, as grandes culturas também avançaram na questão da responsabilidade.

Na Grécia, paralelamente ao desenvolvimento dos estudos que dotaram a medicina de um caráter mais científico, apareceram novos elementos que se sobrepõem ao conceito vingativo da Lei de Talião. Estes estudos, datados do século V a.C., viriam a constituir o *Corpus Hippocraticum*. Nesta época de efervescência cultural vivida na Grécia, a medicina se transformava cada vez mais em ciência, e na medida em que sua importância crescia as atenções do Estado para ela se voltavam.

Esta mudança de pensamento permitiu alterações significativas no que tange à apuração da responsabilidade médica sob a égide dos ensinamentos de Platão e Aristóteles, o médico passou a ser responsabilizado não mais pelo resultado em si, mas por sua conduta profissional em cada caso concreto. Platão também foi responsável por avanços ao propor o abandono da Lei de Talião se baseando na idéia de que o valor compensatório a ser pago poderia conduzir à transformação do ódio em amizade. Desenvolveu, ainda, a idéia de dano estético.

A partir do século XVIII se produz um importante desenvolvimento, tanto legislativo

quanto regulamentar, relativo à matéria. Os franceses assumiram postura bastante peculiar quanto à responsabilidade médica, tendendo à imputabilidade, em virtude de múltiplos fatores capazes de influenciar os resultados de um procedimento médico.

Tal pensamento se modifica a partir de 1832, quando a responsabilidade subjetiva passa, pois, a ser mitigada, reconhecendo os tribunais franceses, desde então, que no caso de negligência, leviandade ou engano grosseiro do médico, toda a responsabilidade recai sobre ele.

Com o advento século XX, verificamos um grande desenvolvimento da medicina, o que possibilitou a aplicação de técnicas cada vez mais sofisticadas e precisas para o conhecimento da dimensão exata das conseqüências de determinado evento traumático sobre a saúde de um indivíduo. Foram modificados conceitos fundamentais, que haviam permanecido estáveis durante séculos, como o próprio conceito de saúde, a aceitação da idéia da transcendência do prejuízo estético, o estudo dos danos morais e de sua reparação, até se chegar ao momento atual.

No direito brasileiro, na fase colonial e imperial, a responsabilidade civil estava atrelada à responsabilidade criminal. Foi Teixeira de Freitas quem consolidou a responsabilidade civil como independente da responsabilidade criminal. O ressarcimento do prejuízo responsabilidade civil segundo ele, passa a pertencer como entidade autônoma à área do direito civil. Nessa mesma época, estabeleceu-se que a responsabilidade civil seria baseada na culpa do agente causador do prejuízo. A seguir, com o estabelecimento da indenização por dano moral alçado a elemento constitucional, através do advento da Constituição Federal de 1988, e com a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/1990, uma nova era de direitos veio a se estabelecer no país, no tocante à responsabilidade civil.

## **2.2 Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor**

No Brasil, via de regra, é contratual a relação entre médico e paciente, havendo, pois, um contrato entre estes. Este é o entendimento que os Tribunais têm expressado em suas decisões.

Inegável tratar-se também de uma relação de consumo. Com isso, tudo o que está disposto no Código de Defesa do Consumidor a Lei 8.078/1990 será aplicado à relação médico-paciente, com exceção do que vem expresso em seu art. 14, §4º.

O fornecedor de serviços, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços,

bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos .

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (TAPAI, 2003, p. 806-807)

O parágrafo 4º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor a Lei 8.078/1990, prevê que a responsabilidade do médico profissional liberal será verificada pela presença de culpa no seu agir. Assim, para que o médico seja responsabilizado pelos prejuízos causados a um paciente, tem que ficar provado que ele é o culpado pelo o que aconteceu.

Tal entendimento é justificado pelo caráter personalíssimo da prestação de serviços dos profissionais liberais, visto que eles são, normalmente, contratados em função da confiança que transferem para os clientes. E desta forma o profissional liberal autônomo, excluído aquele com vínculo empregatício, não será responsabilizado sem a comprovação da culpa.

No que diz respeito aos serviços médicos, importante destacar que se tais serviços forem prestados por hospital, como fornecedor de serviços, a verificação da responsabilidade não depende da existência da culpa, visto que o código diz que apenas para a "responsabilidade pessoal" dos profissionais liberais se utilizará o sistema baseado na culpa. Assim, trabalhando o médico em hospital, ele responderá apenas com culpa, ao passo que a apuração da responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente.

Sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações médico-paciente, também verificamos ponto de divergência ao tratar sobre as diferenças entre as obrigações de meio e de resultado.

Cavaliere Filho (2002) defende que o Código de Defesa do Consumidor não criou um regime especial para os profissionais liberais, apenas estabeleceu que a responsabilidade deles continuará sendo apurada pelo sistema tradicional (alicerçado na culpa); sendo assim, nas obrigações de meios, a culpa deverá ser provada, já nas de resultado, ela é presumida.

Outro entendimento sobre o assunto, por parte da doutrina, é o de que a regra do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretada restritivamente. Sendo assim, em qualquer atividade, o profissional liberal terá sua responsabilidade baseada, única e exclusivamente, na culpa. Com isso, a responsabilidade dos médicos seria sempre subjetiva.

No entanto, esse segundo posicionamento deve ser analisado com ressalvas já que em alguns casos, como nas cirurgias plásticas estéticas, devido às suas peculiaridades, o ônus

probatório recairá sobre o profissional médico por tratar-se de uma obrigação de resultado.

### 2.3 Médico-paciente: Um contrato

Segundo a doutrina e a jurisprudência dominante, o médico e o paciente têm uma relação de características negociais. Esta relação jurídica que se estabelece com aspectos contratuais bem definidos quando trata da prestação de serviços médicos.

No entanto, tal relação é aceita pela doutrina e pelos julgamentos dos magistrados, em seus diversos graus, como tendo características de uma relação contratual, apesar de sua atipicidade, inominado que é como contrato.

Veja o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa:

Também na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. Será principalmente um contrato de prestação de serviços, embora possa caracterizar-se como empreitada ou como de outra natureza, dependendo da hipótese em caso concreto. O contrato entre o médico e o paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica. Esse contrato será *intuitu personae* na maioria das vezes, bilateral de trato sucessivo, oneroso. (2004, p. 114).

É um contrato *intuitu personae* por ser um ato de confiança entre as partes e o médico tem a liberalidade de aceitar ou não o paciente por motivos pessoais ou em razão da especialidade desde que não traga prejuízos para o paciente e não esteja em curso com resultado determinado pré-fixado e data final prevista. Bilateral porque terá obrigações para as duas partes. O paciente deve seguir as orientações médicas e pagar os honorários e o médico tem que ser prudente, diligente e perito dentro das normas indicadas pela ciência médica. É também um contrato de consumo uma vez que o médico é um prestador de serviços e o paciente um consumidor conforme arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

A relação contratual entre o médico e o paciente como em qualquer pacto é necessário um acordo de vontade das partes, sendo tácito ou expresso. É essencial o consentimento do paciente, mas nas situações de emergência ou de eminente perigo de vida o médico deve agir no cumprimento do seu dever inarredável para ajudar ao próximo, não pode falar em sentimento e não estabelece contrato.

Também sob a ótica do Código Civil de 2002, a responsabilidade médica continua a ser contratual, devendo o profissional, além de pautar sua conduta com diligência e perícia, nortear-se pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, primando pela ética, respeito ao ser humano e a sociedade.

## **2.4 Elementos da configuração da responsabilidade**

Serão abordados separadamente como elementos de configuração da responsabilidade civil médica a culpa, o dano e o erro.

### **2.4.1 A Culpa Médica**

Ao analisar a responsabilidade médica, verifica-se que o simples agir culposo do profissional, seja qual for a modalidade da culpa, mas desde que provada a inobservância do dever objetivo de cuidado, e o liame entre a sua conduta e o dano, dará ensejo a reparação cível é o que extraímos da leitura dos arts. 186 e 927 do nosso Código Civil.

As modalidades de culpa subjetiva são as negligências, as imprudências e as imperícias, derivadas das relações individuais diretas com dano decorrente de ação ou omissão do agente contra a vítima. Nessas, o agente não quer o resultado, mas a ele deu causa diretamente. Importante vermos o reflexo de cada modalidade na seara médica.

A negligência médica caracteriza-se, pela inação, inércia, passividade, sendo, pois, um ato omissivo. O abandono do doente, a omissão ao tratamento, a permissão que estagiários realizem certas condutas médicas gerando dano ao paciente, o esquecimento em cirurgia de corpo estranho no abdômen do paciente, entre tantos outros, são casos típicos de negligência.

Entretanto é importante que a negligência não se confunda com a imperícia. Se o médico deixar de prescrever um medicamento por desatenção, será negligente; porém, se receitar um remédio que não possui nenhum vínculo com a enfermidade, estará sendo imperito. A diligência exigida é a do homem médio, não se podendo exigir dos profissionais dotes excepcionais.

Já a imprudência caracteriza-se quando o médico tem atitudes precipitadas, não justificadas, sem o uso da cautela. Imprudente é o cirurgião que aplica a anestesia, dispensando o profissional competente para tanto; que realiza uma cirurgia, que normalmente dura duas horas, em uma hora; que avalia, diagnostica e receita por telefone.

Por fim, é considerado imperito, conforme jurisprudência pátria, o obstetra que, na cesariana, corta a bexiga da parturiente. Configura-se a imperícia médica também quando o obstetra realiza a ligadura de trompas, ou laqueadura (forma de esterilização feminina), e, mesmo assim, a mulher volta a engravidar; e também o é, o ginecologista que ao realizar exame em cliente, supondo-a desvirginada e grávida, provoca, com o dedo, o rompimento do hímen.

Importante ressaltar que o pressuposto básico da imperícia deve repousar no exercício legítimo da profissão, ou seja, somente os profissionais com o registro do diploma e inscrição definitiva no Conselho Regional de Medicina podem ser taxados de imperitos.

O art. 1545 do Código Civil de 1916 cuidava da culpa dos profissionais de saúde da seguinte forma:

Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento. (CAHALI, 2002, p. 385).

O dispositivo legal supracitado teve sua redação modificada pelo Novo Código Civil 2002, o qual reza em seu artigo 951, in verbis:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950, aplicam-se ainda, no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (TAPAI, 2002, p. 83)

Comentando o art. 1545 do Código de 1916, Clóvis Bevilácqua tece considerações interessantes, que são transcritas por Miguel Kfoury Neto:

A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no

pressuposto de que os zelem E esse dever de possuir a sua arte e aplica-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações. (1996, p.58).

No entanto, a culpa médica não é, definitivamente, de fácil aferição, despendendo esforços acima do usual por parte do julgador, que tende a ser rigoroso em sua apreciação de casos concreto. Trata-se de casos delicado, de difícil resolução por envolver questões técnicas relativas às ciências e artes médicas. O magistrado, sendo leigo no assunto, deve apoiar nos dados de comum de experiência (senso comum), sem, contudo, prescindir de pareceres de profissionais habilitados em juízo, para esclarecer a situação. Portanto não deve ficar adstrito nas provas periciais e sim verificar o comportamento e os cuidados que o profissional utilizou com o paciente, se estão dentro dos padrões determinados pela ciência médica e compará-los com o parecer pericial para depois pronunciar se houve ou não falha do profissional. Não sendo observado as técnicas e procedimentos o médico agiu com culpa.

Como já visto antes, a regra geral é a de que a obrigação do médico é de meio, sendo de resultado somente em algumas circunstâncias (dentre elas, e principalmente, a cirurgia plástica estética). No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que houve culpa por parte do médico, o que torna a reparação por dano médico bastante difícil. Já nas obrigações de resultado, basta que a vítima demonstre o dano (ou seja, que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, então, uma inversão do ônus da prova; passa a ser de interesse e ônus do médico demonstrar que o efeito danoso não implica culpa de sua parte.

#### **2.4.2 O Dano Médico**

Para que se institua a responsabilidade médica é preciso que se verifique a efetividade do dano ao paciente, que ocorrerá sempre que houver uma lesão a um direito ligado à vida, à integridade física e à saúde do paciente, seja este dano decorrente de uma violação de um direito patrimonial ou moral.

Miguel Kfoury Neto (1996, p. 86) sobre o tema, assim se manifesta: "O dano revela-se, assim, elemento constitutivo da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele - caso contrário nada haveria a reparar".

No tocante à responsabilidade médica, faz-se mister o estudo do dano físico (ou corporal), dano material (ou patrimoniais) e dano moral (que engloba o dano estético).

Sobre os danos físicos, Miguel Kfouri Neto (1996, p. 87) diz que estes "assumem maior relevância e o prejuízo corporal se compõe de elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme a invalidez, por exemplo, seja parcial ou total, permanente ou temporária".

Já o dano material, ou patrimonial, é a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, parcial ou total, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. É, em geral, consequência do dano físico: lucros cessantes, despesas médica, medicamentos, viagens etc.

Abrange o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) e o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, sem razão do evento danoso).

E, por último, há o dano moral (igualmente denominado de dano psíquico), de especial relevância na compreensão da responsabilidade civil do cirurgião plástico, visto que abarca o dano estético. Trata-se de lesão de interesses não materiais, decorrente da privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem, como a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra, entre outros.

Dano estético vem a ser aquele que, recaindo sobre a aparência do sujeito, caracteriza-se pela lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém, e pode ter efeitos morais e patrimoniais, apesar de estar compreendido no dano moral. Terá, pois, 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 impossibilitado exercer certas atividades.

Parte da doutrina entende que para que o dano estético seja caracterizado, é indispensável à permanência, a constante "aparência" da lesão. Quer dizer, a existência do dano estético exige que a lesão seja duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito (dano moral), mas em atentado reparável a integridade física ou lesão estética passageira, que se resolve em perdas e danos habituais.

Nesse sentido, Miguel Kfouri Neto (1996) leciona que a avaliação do dano estético deve ser feita por ocasião do julgamento, o mais tarde possível. Desta forma, a cicatriz, a deformidade, pode atenuar-se.

### **2.4.3 O Erro Médico**

A verificação do erro médico é uma das grandes dificuldades encontradas no que

concerne à reparação decorrente da responsabilização do médico por dano decorrente de seus atos profissionais. Os operadores e aplicadores do Direito possuem extrema dificuldade em verificar a ocorrência de tal erro.

Para o direito, o erro do profissional da medicina é caracterizado pela presença de dano ao paciente, com nexos comprovados de causa e efeito, sendo caracterizado, também, pela presença de procedimento em que tenha havido imperícia, imprudência ou negligência. Assim, a conduta médica ensejadora de responsabilidade pode consistir numa ação ou omissão culposa.

Desta forma, o juiz se vê diante de uma pessoa que se submeteu a uma intervenção médica e que alega ter sofrido dano em decorrência de tal intervenção.

Resta, então, saber se há um nexo causal entre a referida conduta (intervenção do médico) e o prejuízo experimentado (o dano) e é isso que passará a desafiar o julgador, sendo a constatação do nexo causal que irá determinar ou não a ocorrência do erro médico.

Mesmo sendo iguais em muitos países, não são uniformes os critérios, em caso de erro médico, que os julgadores utilizam para as decisões.

Sobre o tema, Néri Tadeu Câmara Souza nos expõe que:

Na França, Itália, Portugal, Alemanha, Colômbia, Uruguai, Suíça, Argentina e Espanha aplica-se o critério de que tem que haver culpa no agir do médico para que seja responsabilizado. Principalmente, perquire-se, no processo judicial nestes países, se a negligência esteve presente no agir do médico. Se tudo ocorreu por conta do infortúnio, não há que se inculpar o médico. E, o acusador deve provar a culpa. Mas, não em todos os países, pois pode-se citar a Itália, onde, em casos de erro médico, a inversão do ônus da prova já é prevista legalmente. Cabe, na Itália, pois, ao médico, provar que agiu sem culpa. No Brasil, apesar de prevista a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, esta só é determinada pelo julgador se for, a seu critério, verossímil a acusação ou que ele se convença da real hipossuficiência do autor da ação. (2006, p.7).

Contudo, a configuração do erro médico dependerá da análise de cada caso concreto. Uma vez comprovado o erro médico, e se o mesmo acarretou ao paciente alguma espécie de dano, a responsabilidade civil médica se torna certa, cabendo ao doente ou aos seus familiares, se for o caso, pleitear judicialmente a reparação que o direito lhes garante.

### 3 DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Além dos conceitos de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva; responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, já estudados, faz mister o estudo do que vem a ser obrigação de meio e obrigação de resultado onde será analisado a situação jurídica que se estabelece entre o médico e o paciente.

O contrato médico apresenta-se, dentro do quadro geral das obrigações negociais, como um contrato de prestação de serviços, que não se rege pela legislação do trabalho, porque versa sobre atividade de profissional liberal. A prestação devida é por parte do médico, o serviço correspondente à sua formação técnica e por parte do cliente, o pagamento dos honorários correspondentes aos serviços prestados.

Neste sentido o entendimento de Hildegard Taggesell Giostri.

Obrigações recíprocas comporta, normalmente, o contrato médico. O facultativo compromete-se a despender seus cuidados ao paciente, enquanto este se incumbe de lhe remunerar; o que caracteriza um contrato sinalagmático e a título oneroso ( não impedindo que, em caráter nem excepcional, o médico ofereça seus cuidados gratuitamente). Quando as condições, por eles estabelecidas, forem totalmente cumpridas extingui-se o contrato. (2001, p.66).

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

Assim como o advogado, o médico não se compromete com um resultado, salvo algumas exceções como a seguir se verá, mas sim prestar sua assistência, de forma diligente, prudente e atenciosa.

Não compete ao médico restituir a saúde de seu paciente, objetivo que não integra sua prestação, mas utilizar sua técnica e seus conhecimentos da melhor forma possível, para atingir este objetivo. Em suma, trata-se de uma obrigação de meio e não de resultado.

As obrigações podem ser enquadradas dada a sua natureza, como de meio ou de resultado. Tal definição influirá sobre o objeto do negócio jurídico, isto é, a configuração da

prestação devida, e, conseqüentemente, sobre a conceituação do inadimplemento.

Na obrigação de meio, aquele que é contratado não se compromete com um objetivo específico, obrigando-se, apenas, a utilizar no cumprimento da obrigação que tem com o contratante toda a sua diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais, naquele momento, para o procedimento pelo qual se comprometeu.

Neste sentido tem-se o entendimento de Sílvia Rodrigues:

A vantagem de colocar a responsabilidade do médico no campo do contrato é limitada, pois, em rigor, o fato de o esculápio não conseguir curar o doente não significa que inadimpliu a avença. Isso se dá porque, ordinariamente, a obrigação de *meio* e não de *resultado* (v. 2.n.5). Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, curar o doente. (2003. p.248).

Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função, a frustração, porém, do objetivo visado, não configura inadimplemento, nem, obviamente, enseja dever de indenizar o dano suportado pelo outro contratante.

A doutrina de Miguel Kfoury Neto (1996, p.26) ressalta que: "ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga".

Somente haverá inadimplemento, com seus consectários jurídicos, quando a atividade devida for mal desempenhada. É o que se passa, em princípio, com a generalidade dos contratos de prestação de serviços, já que o obreiro põe sua força física ou intelectual à disposição do tomador de seus serviços sem se comprometer com o resultado final visado por este.

Quando se tratar de obrigações de meio, o ônus da prova recai sobre quem alega e a culpa tem que ser provada, o que é regra geral no Ordenamento Jurídico brasileiro, art.333,I, CPC.

Na obrigação de resultado, o médico assume o compromisso de atingir o resultado pactuado e esperado pelo paciente (contratante) se este não atingir o objetivo que é o resultado

concreto supõe-se que agiu com culpa ou sob outro prisma houve uma propaganda enganosa devendo indenizar ao paciente pela frustração de não ter o objetivo atingido conforme ofertado.

Neste sentido o entendimento de Fernanda Schaefer:

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a atingir um determinado objetivo, como, por exemplo, cirurgias estéticas rejuvenescedoras, e anestésias. O que importa é o resultado final e não os meios utilizados. Não sendo atingido o resultado, será o médico considerado inadimplente. Aplicam-se a estes casos os princípios da responsabilidade civil objetiva, restando ao devedor demonstrar que não atingiu os objetivos estipulados por total impossibilidade objetiva. (2006, p.38).

Já nas situações em que se tratar de obrigações de resultado, devido à presunção de culpa, há inversão do ônus da prova, cabendo provar a inverdade do que lhe é imputado ao acusado.

Para Sérgio Cavalieri Filho a obrigação de resultado “é aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o quê haverá inadimplemento” (2003, p. 344).

Assim o médico, nas obrigações de meio, estará obrigado a usar de todos os meios habitualmente disponíveis ao seu alcance para desincumbir-se na execução da sua obrigação. Obriga-se, assim, a ser diligente e prudente empregando dentro do estado da arte (*Lex artis*) todos os meios disponíveis naquele local e momento para alcançar sucesso no tratamento de seu paciente nunca se comprometendo com a cura, visto ser esta uma promessa de realização impossível devido as imprevisibilidade das reações do corpo humano.

Por outro lado, as obrigações de resultado têm o objeto perfeitamente delimitado, tendo um objetivo específico a ser atingido, este não é via de regra, o caso da atividade médica, que segundo a doutrina e jurisprudência pátrias, assumem, com o paciente uma obrigação de meio.

Sílvio de Salvo Venosa diz:

Quando o paciente contrata com o médico uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. Não se tratando de cirurgia plástica estética, [...] a obrigação

contraída pelo médico, quer no contrato quer fora dele, é de meio e não de resultado. Quando a iniciativa do médico é unilateral, quando passa a tratar a pessoa, ainda que contra a vontade dela, a responsabilidade profissional emerge da conduta e não do contrato. [...] Como percebemos, a atividade múltipla do médico não pode ficar presa exclusivamente ao plano contratual. (2004, p. 115-116).

No entanto, a atividade do médico cirurgião plástico, em cirurgia plástica com finalidade meramente estética, é encarada como exceção pela doutrina e jurisprudência, que concordam que o médico assume com o paciente uma obrigação de resultado.

Tal enquadramento implica inversão do ônus da prova, já que doutrinariamente, nas obrigações de meios, em caso de contrato entre médico e paciente, o ônus da prova compete ao contratante, mas nas obrigações de resultado há presunção de culpa do médico, pois, não adimpliu com aquilo pelo qual especificamente se obrigou, mesmo que esse inadimplemento seja parcial.

Logo, compete ao cirurgião plástico o ônus da prova de que não é o responsável pela inexecução da obrigação.

Essas duas modalidades de obrigação compreendem a existência de uma bipartição no conteúdo dos deveres possíveis de uma relação jurídica obrigacional.

O dever pode ser um elemento de natureza objetiva, através de uma prestação que por si só é satisfativa de uma necessidade econômico-social, independente de ter esta prestação sido realizada com muito ou com pouco esforço do devedor, como é típico das obrigações, de dar, de restituir e de fazer "fungíveis", como pode ser de natureza subjetiva, próprio das obrigações de fazer infungíveis, consistindo na exigência de comportamento do devedor em direção a determinado resultado.

Neste caso, a obrigação é de um esforço pessoal em direção a si próprio, desvinculado da finalidade econômico-social, que a prestação pretende atingir.

Enquanto na obrigação de resultado a imputação da responsabilidade depende do resultado econômico-social determinado contratualmente, na obrigação de meio, depende da honestidade e diligência do devedor na realização da prestação.

O critério diferencial entre ambas está na determinação do núcleo da prestação. Assim, da mesma forma que a obrigação de prestar uma coisa, por exemplo, a entrega de um pão, tem como objeto da prestação a efetiva entrega do pão e não que aquele pão mate a fome de alguém, na obrigação de meio o objeto da prestação consiste somente no fazer, independente de satisfazer uma necessidade da vida.

De qualquer forma, esta divisão não é rígida, pois mesmo as obrigações consideradas de resultado deixam fora do conteúdo da prestação à satisfação de alguma necessidade da vida.

Assim, o advogado e o médico se obrigam a "prestar serviços", devendo eles agirem com diligência e cuidado no sentido de atingir a finalidade pretendida pelo cliente. Não se obrigam ao resultado.

Mesmo que no contrato de "prestação de serviços" estes profissionais se vinculem a uma prestação mais ampla, incluindo um resultado positivo da sua ação, não farão nascer uma obrigação válida, pois o resultado não depende somente da vontade e do esforço dos profissionais, estando, muitas vezes, em relação de dependência maior com fatores externos à relação.

Isto significa dizer que não é ínsita ao exercício da atividade médica e advocatícia a assunção de riscos. Neste sentido foi feliz o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), no § 4º do art. 14, ao excluir de seu regime de responsabilidade objetiva os profissionais liberais.

A imputação de uma responsabilidade objetiva a advogados e médicos significaria a inviabilização do exercício destas profissões, na medida em que só são chamadas a intervir em situações duvidosas e arriscadas. Quando o exercício do Direito é pacífico ou quando não há risco contra a saúde dos sujeitos, a intervenção tanto do médico como do advogado são raras.

#### 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

As cirurgias plásticas, tanto de caráter reparador como as de finalidade estética, estão sujeitas aos mesmos tipos de problemas, intercorrências e complicações indesejáveis de todo procedimento cirúrgico. Ao médico só cabe prometer usar de todo seu conhecimento, prudência e diligência para obter um bom resultado, devendo, no entanto, prestar o exaustivo dever de informação, mesmo assim existe a probabilidade de complicações.

Aplicam-se, em relação às cirurgias plásticas, a toda evidência, os princípios gerais inerentes à responsabilidade médica.

No presente capítulo verá, justamente, as singularidades de tal intervenção cirúrgica, sendo o foco a cirurgia plástica puramente estética prática intervencionista médica, que não tem por finalidade a cura de mal que acometa a saúde do homem.

Caio Mário da Silva Pereira leciona:

No meio-dia da vida, homens e mulheres sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se pela imprensa "centros estéticos", multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tomam socialmente prestigiosos, e até mundialmente famosos. Dentro de tais conceitos é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento cotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a idéia de iliceidade, e de que constitui-la, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo. (1993, p. 168-169)

Na atualidade, não resta dúvidas que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada um mero capricho de quem a ela se submete, visto que para o paciente que busca tal cirurgia estética há ao menos uma necessidade de ordem psíquica.

O mais importante a ser respeitado no que tange às cirurgias plásticas é que, sempre que a saúde e a vida do paciente estiverem em perigo, deve haver a renúncia do médico ao aperfeiçoamento de caráter estético. Notório é o fato de que em havendo complicações nesse

tipo de cirurgia, o médico sofrerá uma reprovação muito maior do que se tivesse, por exemplo, operado um tumor no cérebro. Fala-se, então, de obrigação de meio e obrigação de resultado.

No entanto, não sendo possível atingir o resultado pretendido pelo paciente o médico deve alertá-lo ou então negar a realizar o procedimento.

A questão primordial no caso da cirurgia estética é a informação do médico para com o paciente. Não pode o cirurgião omitir informações, ou seja, só falar dos pontos positivos, o que o paciente quer ouvir, tem que adverti-lo dos possíveis efeitos negativos. Esta omissão viola o dever de informação e um direito básico do consumidor conforme está disposto no Código de Defesa do Consumidor na Lei 8.078/1990 em seu art.6º, III, nos seguintes termos:

A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam. (TAPAI, P. 820).

A omissão é suficiente para respaldar a responsabilidade médica ao cirurgião, podendo responder pelos riscos inerentes não por ter ocorrido devido ao serviço, mas pela falta de informações devidas ao paciente dos riscos reais do procedimento.

Portanto, iniciará a abordagem sobre a quem incumbirá o ônus de provar a responsabilidade pelo dano advindo de ato cirúrgico nessa especialidade cirurgia estética.

#### **4.1 Cirurgia Plástica Estética e Cirurgia Plástica Reparadora**

A cirurgia plástica por ter sido considerada por muitos anos uma “medicina de luxo” e, ainda hoje, como reflexo da futilidade humana, faz com que o cirurgião não conte com a condescendência verificada normalmente quando da ocorrência de erros médicos em outras especialidades. Porém, somente as cirurgias puramente estéticas são alvo de todo esse rigorismo, pois quando se analisa a cirurgia plástica reparadora, por ser esta considerada uma cirurgia com finalidade terapêutica necessária, acaba tendo a mesmo tratamento das demais intervenções médicas. Sobre o rigor com que é tratada a cirurgia puramente estética, assim se manifesta José de Aguiar Dias:

Esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até inexequíveis

processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica.( 1997, p. 269).

Para qualificar a natureza da prestação do médico na cirurgia plástica, deve-se analisar não só sua especialidade profissional, bem como, também, e principalmente, a finalidade do tratamento ou da cirurgia prometida. Aqui se faz importante estabelecer previamente uma diferenciação dentro da própria especialidade. Neste diapasão, se distinguem as intervenções cirúrgicas curativas, corretoras ou reparadoras, e as intervenções eletivas, voluntárias ou estéticas.

Sobre tal diferenciação, assim nos ensina Amaldo Rizzardo:

Costuma-se classificar em dois os tipos de cirurgia plástica: a corretiva, realizada, como o nome indica, para corrigir deformidade física congênita ou traumática, que nasceu com a pessoa ou surgiu no curso da vida, sendo exemplos a praticada para retirar uma protuberância nas costas, ou eliminar a cicatriz causada por um corte, de modo a retomar às condições físicas originais; e a estética, que é praticada para melhorar a aparência, ou atenuar as imperfeições do corpo, sendo exemplos as que se destinam a reduzir o excesso de gordura no ventre, ou a eliminar rugas do rosto, ou a diminuir o tamanho dos seios.(2005, p. 293).

No entanto, ressaltar, que a feição da cirurgia estética é também curativa, pois enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. As enfermidades decorrentes das moléstias mentais e psíquicas que o mal-estar físico ocasiona são tantas que o caráter curativo da intervenção estética não pode ser questionado.

É de vital importância para a caracterização da responsabilidade civil médica, a distinção entre cirurgia plástica reparadora e estética.

Neste sentido o ensinamento doutrinador José de Aguiar Dias:

No tocante à cirurgia plástica estética, continuam-se a confundir cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há que ser enquadrada como obrigação de resultado, até pelos termos em que os profissionais, alguns dos quais criminosamente distanciados da ética, se comprometem, sendo generalizada no segundo grupo, ao contrário do que ocorre no primeiro, a promessa do resultado

procurado pelo cliente. (1997, p. 277).

Na primeira (cirurgia reparadora), a finalidade é corrigir defeitos orgânicos. Neste caso é evidente que a relação entre médico e paciente se traduz em uma obrigação de meio. Aqui, em caso de um resultado diferente do esperado, deverá ser comprovada a culpa do médico antes de responsabilizá-lo.

Na segunda (cirurgia estética), por ser uma intervenção que nunca é urgente, onde a finalidade não é de curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas, caracteriza-se uma obrigação de resultado. Neste caso, haverá a presunção da culpa do médico em caso de superveniência de resultado negativo.

#### 4.2 Cirurgia Plástica Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado?

Não existe uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza obrigacional em relação à cirurgia plástica estética, sendo para uma corrente, como de meio e para outra, a corrente dominante, uma obrigação de resultado.

Entretanto, esta divergência será demonstrada através de julgados selecionados e o posicionamento de alguns doutrinadores no que diz respeito à obrigação assumida pelo médico em uma cirurgia plástica puramente estética.

No sentido de que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico que realiza cirurgia meramente estética é de resultado, de acordo com o acórdão de nº 459217-4 do TJMG traz um voto elucidativo do desembargador Fernando Caldeira Brant:

INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA - NATUREZA DA OBRIGAÇÃO - DANO ESTÉTICO - DANO MORAL - CONDUTA CULPOSA - AUSÊNCIA. - A natureza jurídica da obrigação assumida por cirurgião plástico é de resultado, respondendo o médico pelo resultado insatisfatório decorrente do procedimento cirúrgico. Se não comprovados o dano estético e a conduta culposa do médico, não há direito à indenização. Apelação não provida.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 1.0024.05.643925-0/001. Relator: Desembargadora Avangelina Castilho Duarte: 22 julho 2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt\\_processo=643925&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20plastica%20estetica%20o%20brigação%20de%20resultado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt_processo=643925&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20plastica%20estetica%20o%20brigação%20de%20resultado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)> acesso em: 25/09/2008.

Há uma tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado, muitas vezes, os resultados ficaram aquém das expectativas do paciente, mas isso não significa dizer que houve falhas durante a intervenção médica.

No mesmo sentido, leia-se a seguinte ementa, *in verbis*:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA. NATUREZA REPARADORA E ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. LESÃO ESTÉTICA. INTERCORRÊNCIAS PÓS-OPERATÓRIAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES. NEGLIGÊNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. - Em se tratando de cirurgia plástica, em que comprovou-se ser de natureza reparadora e estética, a obrigação assumida pelo profissional é de resultado. - Não havendo sido cumprido, de forma adequada, o dever de informação ao paciente, que dever ser exaustiva, a culpa é evidente, uma vez que agiu o profissional com negligência. - A lesão estética é causadora de danos morais, razão pela qual a indenização é devida. - Inexistindo prova de danos materiais, não é cabível a condenação do réu. - Preliminar rejeitada e apelação parcialmente provido.<sup>4</sup>

O médico deverá Informar ao paciente ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde. Em se tratando de cirurgia, o médico deve esclarecer o paciente e seus familiares exaustivamente de forma calma, tranqüilizadora, demonstrando segurança no seu diagnóstico e a necessidade da cirurgia.

Após explicar de forma clara e até mesmo em termos leigos, o médico deve esclarecer quais são os riscos, o tipo de tratamento, a mudança necessária de novos procedimentos no decorrer da cirurgia e suas possíveis complicações, seqüelas que podem ocorrer. Ao esclarecer os procedimentos ao paciente, o médico deve deixar que o mesmo decida sobre o tratamento recomendado ou a cirurgia proposta.

Ainda nesse diapasão, leia-se a seguinte ementa, *in verbis*:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - CIRURGIA PLÁSTICA COSMETOLÓGICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - LESÃO ESTÉTICA -

<sup>4</sup> MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 002669-9. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. 12 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=441496&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20estética&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=441496&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20estética&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)> acesso em: 25/09/2008

PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEVER DE REPARAÇÃO - LUCROS CESSANTES - DANO MORAL. Em se tratando de cirurgia plástica embelezadora, o cirurgião plástico assume a obrigação de resultado, obrigando-se a indenizar quando a intervenção der causa a defeitos físicos anteriormente inexistentes, piorando a aparência física da paciente de modo a causar-lhe constrangimento no convívio social. Fixada a responsabilidade, pelo reconhecimento da conduta culposa, o dano deve ser amplamente indenizado, desde que cumpridamente comprovados os prejuízos, através de documentos e outras provas hábeis. [...].<sup>5</sup>

Na obrigação de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não-consecução importa no descumprimento do contrato, obrigando a indenização por parte do médico ao paciente.

E, por fim, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CORREÇÃO DO NARIZ. DANO MORAL. AJG. Cirurgia plástica de natureza estética não caracteriza obrigação de meio, mas obrigação de resultado. A prestação do serviço médico, livremente pactuado, deve corresponder ao resultado prometido, mediante o pagamento do preço estipulado. Calosidade que a paciente pretendia retirar e após duas cirurgias ainda mantinha acarreta, sem dúvida, constrangimentos e sofrimentos ensejadores de dano moral.<sup>6</sup>

Portanto, não há dúvida de que o médico assumiu uma obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar o resultado esperado pelo paciente.

Todavia, esse posicionamento, não é unânime nos tribunais nacionais, conforme se verifica a partir dos seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA - ERRO MÉDICO - DANOESTETICO DANO MORAL -

<sup>5</sup> MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 394967-9. Relator: Desembargador José Afonso da Costa Côrtez. 28 fev. 2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=394967&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20estetica&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=394967&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20estetica&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=)> acesso em: 25/09/2008.

<sup>6</sup> RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 70008482846. Relator: Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. 12 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)> acesso em: 25/09/2008.

INDENIZACAO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - Indenização. Danos físicos e morais decorrentes de cirurgia plástica de caráter estético mal sucedida. Responsabilidade contratual e aquiliana que no caso se completam. Mesmo que se admita que a cirurgia plástica embelezadora é contrato de meio e não de resultado, a imperfeita execução da avenca da margem a reparação do dano. Responsabilidade solidária da clinica onde o medico ocupava cargo de relevo na especialidade. Verba de dano moral que no caso se justifica cumulativamente com a indenização pelos danos materiais, pela ofensa a sensibilidade da mulher deformada pela cirurgia imperfeitamente executada.<sup>7</sup>

Neste sentido o acórdão responsabilizou o médico porque ele errou e não porque sua prestação de serviço está vinculada na obrigação de resultado.

No mesmo sentido, por fim, a seguinte ementa, *in verbis*:

EMENTA: INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO- DANOS MATERIAIS E MORAIS - CIRURGIA ESTÉTICA - PROVA - CULPA - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. - Embora possa ser considerada obrigação de meio, evidenciada nos autos a culpa do médico na realização da cirurgia estética de redução das mamas, impõe-se o dever de reparar o dano. - A fixação do quantum da reparação do dano moral deve ser dentro de critério de razoabilidade, atendendo às condições do fato e pessoal das partes.<sup>8</sup>

Pois bem. Não pode perder de vista que as obrigações de meios constituem-se naquelas onde se exige do devedor pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado, enquanto as obrigações de resultados são aquelas avenças onde o devedor só se livra de sua incumbência se o fim estabelecido no pacto for alcançado, tendo que suportar as conseqüências em ocorrendo o contrário.

A obrigação assumida pelo médico é, regra geral, de meio, bastando tão somente que o mesmo preste ao paciente cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as condições evolutivas da ciência médica, para que se exima da obrigação de indenizar na superveniência de algum dano por sua atividade. Porém, possui peculiar feição, a atividade desenvolvida pelo

<sup>7</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 1990.001.01329. Relator: Desembargador CARPENA AMORIM: 25 set. 1990. Disponível em: < <http://www.tj.rj.gov.br/> > acesso em: 25/09/2008.

<sup>8</sup> MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 335532-2. Relator: Desembargador Dárcio Lopardi Mendes: 09 agot. 2001. Disponível em: < [http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=335532&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20estetica&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=335532&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=cirurgia%20estetica&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>) > acesso em: 25/09/2008.

cirurgião especialista em cirurgias plásticas estéticas, que ora é tratada como obrigação de resultado, ora como obrigação de meio.

Diante do exposto, restou claro que a responsabilidade do médico, enquanto operador de técnicas curativas e reparadoras é sempre obrigação de meio, sendo unânime tal posicionamento. Entretanto, não há unanimidade entre os doutrinadores e tribunais, quando se trata de danos oriundos de cirurgia puramente estética.

O Ministro Rui Rosado Aguiar Júnior (1997, p.53), faz parte da corrente que defende a teoria da obrigação de meio, argumentando que a cirurgia plástica é um ramo da cirurgia geral, estando sujeita aos mesmos imprevistos e insucessos daquela, de modo não ser possível punir mais severamente o cirurgião plástico em detrimento ao cirurgião geral.

Defende também que o corpo humano possui características diferenciadas para cada tipo de pessoa, não sendo possível ao médico comprometer-se a resultados diante da diversidade de organismos, reações e complexidade da fisiologia humana e que mesmo um cirurgião plástico, assegurando o resultado, a obrigação continuaria sendo de meio.

Contudo, a maioria da doutrina e jurisprudência defende entre cirurgião plástico e o paciente se estabelece uma obrigação de resultado. Entre tantos outros brilhantes juristas, podemos citar os ilustres Aguiar Dias e Caio Mário.

Os defensores da teoria do resultado alegam que, na maioria dos casos, o paciente que se submete à intervenção cirúrgica não se encontra realmente doentes, pretendendo apenas corrigir algum defeito.

Sobre o assunto, Rui Stoco se manifesta da seguinte maneira:

O que impede considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam mesmo de programas de computador que projeta a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente, relação contratual de resultado que deve ser honrada. Portanto, *pacta sunt servanda*. (1995, p. 298)

Na obrigação de resultado o objeto está delimitado tendo um objetivo e um fim específico a ser atingido. Caso este objetivo não seja atingido fica o sujeito a reparação dos danos.

Nesse mesmo sentido, Miguel Kfoury Neto leciona que:

A cirurgia de caráter estritamente estético, na qual o paciente visa a tomar seu nariz, por exemplo que de modo algum destoa da harmonia de suas feições, ainda mais formoso. Considerando, por vezes, um modelo ideal de beleza estética. Neste caso, onde se expõe o paciente a riscos de certa gravidade, o médico se obriga a um resultado determinado e se submete à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção (a jurisprudência alienígena registra caso de cirurgião que, no propósito de corrigir a linha do nariz, terminou por amputar parte do órgão). (2001, p. 175).

Neste caso o que o paciente quer é melhorar a sua aparência corrigir algumas imperfeições, portanto o médico assume uma obrigação de resultado.

Importante, também, a consideração feita por Caio Mário da Silva Pereira. Nas palavras do jurista:

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 recrudescer 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. (1995, p. 169).

O médico deve informar ao paciente ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde e fazer o paciente entender porque os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu diagnóstico, acompanhamento e tratamento e também pode recusar a prestar os serviços quando identificar que os riscos dos serviços são desproporcionais ao benefício pretendido pelo paciente.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves corrobora:

Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto

pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias. (1998, p. 124).

Portanto a cirurgia plástica puramente estética enseja uma obrigação de resultado para o cirurgião e tal obrigação será apreciada de acordo com as regras da responsabilidade objetiva. Aqui, como em qualquer outra intervenção cirúrgica, também é permitido ao facultativo demonstrar que a interferência de fatores imprevisíveis e imponderáveis refletiu de modo decisivo no inadimplemento da obrigação.

Porém, sendo uma obrigação de resultado, o ônus da prova recairá inteiramente sobre o cirurgião plástico, devendo o profissional comprovar que a influência de tais fatores foram fundamentais para o insucesso da intervenção. Ocorre nestes casos a inversão do ônus probatório em favor do paciente, onde o médico só ficará isento da reparação se conseguir demonstrar a existência de alguma excludente. Caso contrário arcará com o ônus da responsabilidade civil e criminal.

## CONCLUSÃO

A importância do estudo deste tema está na dificuldade de reparação *in natura* dos danos causados pelo erro médico. Mesmo que a medicina tenha alcançado alto grau de desenvolvimento nos dias de hoje, ela não consegue recuperar funções vitais do corpo humano, órgãos e a própria vida, bens maiores do homem. A relevância reside também na constante intervenção deste profissional, que é cada vez mais exigido, diante da amplitude e profundidade que assumem as informações sobre o complexo funcionamento e organização do corpo humano. Assim, dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica, corresponderia a obrigar o médico a dar saúde ao doente, a prolongar a vida, ultrapassando as potencialidades do médico enquanto homem, para transformá-lo em Deus.

Foco gerador de entraves ao julgamento da conduta do médico, posiciona-se na falta da compreensão de alguns institutos do direito. O exame desta conduta impõe uma série de cuidados que visam não só a evitar as errôneas interpretações da lei, futuras nulidades, como também a suprimir, banir de uma vez a indesejável injustiça da qual, muitas vezes excelentes e renomados profissionais da medicina são vítimas, numa generalização de todo injustificada, sendo imprescindível à abordagem das modalidades da culpa.

A responsabilidade civil do médico surgiu historicamente nas mais primitivas legislações da Antiguidade, onde muitas das vezes os médicos eram imbuídos de uma certa religiosidade tendo sua primeira aparição com a Lei das XII Tábuas o que permitiu uma transação entre o médico e o paciente ou seja autor e vítima.

Portanto a responsabilidade civil do médico evoluiu juntamente com a medicina e com as legislações vigentes em cada época e sociedade. Desde os primórdios dos tempos no início da prática da medicina, de diversas maneiras, o profissional já respondia pelos seus erros e pelas conseqüências deles decorrentes.

Já no direito brasileiro a matéria está regulamentada pelo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/1990, onde em seu art. 14, §4º, exclui a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais o que implica na apuração da responsabilidade na ocorrência dos elementos da culpabilidade.

No que diz respeito às modalidades da responsabilidade civil são contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva.

Os preceitos da responsabilidade contratual estão dispostos no art. 389 do Código Civil, pois esta modalidade é norteadada pelo princípio da obrigatoriedade das convenções, baseia-se no dever de resultado.

A responsabilidade extracontratual ocorre quando os serviços prestados pelo médico sejam de forma espontânea, não decorrendo de um rompimento de uma obrigação preestabelecida, mas sim de um ato doloso ou culposo, que cause dano a outrem, aplicando nestes casos os arts. 186 e 927 caput, do Código Civil de 2002.

No que tange à responsabilidade subjetiva, depende do comportamento do sujeito, ficando a cargo da vítima provar a culpa ou o dolo do agente tendo como fundamento ação ou omissão culposa.

No entanto a responsabilidade objetiva, por sua vez, é, pois, aquela que prescinde da culpa, cabendo à vítima apenas a prova do dano e do liame causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida. A imprudência, a negligência ou a imperícia, pelo menos uma delas tem que estar presente no agir do médico para que fique caracterizado o seu atuar com culpa, justificando, assim, para o julgador, a sua responsabilização civil pelos danos causados ao paciente.

Portanto, existem dois tipos de obrigações, de meio e de resultado, sendo que na primeira o médico não se compromete com o resultado, mas estará obrigado a usar todos os meios habitualmente disponíveis a seu alcance para desincumbir-se na execução de sua obrigação sendo ainda prudente e diligente, assim não compete ao médico a restituir a saúde de seu paciente. Na segunda o médico se compromete com o resultado que é o caso das cirurgias estéticas, pois o que importa é o resultado e não os meios utilizados, há inversão do ônus da prova cabendo ao devedor provar a inverdade do que lhe é imputado.

No entanto não existe uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza obrigacional em relação à cirurgia plástica estética, sendo para uma corrente entendida como obrigação de meio e para outra, a corrente dominante, obrigação de resultado.

Para esta última corrente, o médico se compromete com o resultado pretendido pelo paciente. Quando esse resultado pretendido não for possível, o médico deve alertar ao paciente, e até mesmo negar em realizar a cirurgia estética, quando o risco for maior do que as vantagens que seria recebida pelo paciente em realizar tal procedimento.

O ponto chave desta obrigação é a informação do médico para com o paciente, sobre o que pode ocorrer, e, caso o paciente só seja informado dos pontos positivos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos o médico viola o dever de informação que está

contido no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor a Lei 8078/90, sendo esta omissão suficiente para respaldar a responsabilidade do médico.

Sendo assim, não restam dúvidas que o ato do médico, excluindo-se evidentemente a do cirurgião plástico, constitui uma obrigação de meio. O profissional não se obriga a curar o doente que seria contra a lógica do criador, mas prestar-lhe assistência e cuidados adequados ao estado do paciente.

É claro que paciente e médico têm um objetivo comum: a busca da cura do enfermo. Ambos se empenharão na tarefa de perseguir esse objetivo, porém, sem a certeza de poderem alcançá-lo. A prestação contratual do médico, então, cinge-se a pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, desempenhando-os com zelo e adequação. Se cumprir tal prestação, o contrato terá sido adimplido. Acabando assim com o sentimento de perda, por conseguinte, a responsabilidade do médico na obrigação de meio será apurada, conforme prescreve o Código Civil, mediante a verificação de culpa.

Há uma tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado, muitas vezes, os resultados ficaram aquém das expectativas do paciente, mas não significa dizer que houve falhas durante a intervenção.

**BIBLIOGRAFIA**

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico**. 1. ed., São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. VII.

GIOSTRI, Hidelgard Taggesell. **ERRO MÉDICO: À luz da jurisprudência comentada**. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, V.4.
- ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1998.
- SCHAEFFER, Fernanda **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. 2. ed. Campinas, SP: LZN, 2006.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TAPAI, Giselle de Melo (Coordenadora) **Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. v. IV
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2004. V. 4