

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
COGEAE-PUC/CAMPINAS**

KARINA CABRAL DE OLIVEIRA

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

São Paulo

2013

KARINA CABRAL DE OLIVEIRA

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

Monografia apresentada como exigência
parcial para conclusão da pós graduação em
Direito Contratual, ministrada pela
COGEAE-PUC/Campinas.

Orientadora: Professora Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

São Paulo

2013

KARINA CABRAL DE OLIVEIRA

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

Monografia apresentada como exigência
parcial para conclusão da pós graduação em
Direito Contratual, ministrada pela
COGEAE-PUC/Campinas.

BANCA EXAMINADORA

Professor (a):

Professor (a):

Professor (a):

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do médico, bem como a relação médico - paciente em casos de cirurgia plástica estética, com a finalidade de verificar como essa relação deve ser tratada e analisar se ela deve ser considerada uma obrigação de meio ou de resultado. Ademais, foram analisados os deveres do médico perante o paciente, em especial o dever de informação a ser prestado. Por fim, verificou-se a possibilidade da cumulação dos danos morais e danos estéticos.

Palavras chaves – Responsabilidade Civil do Médico – Cirurgia Plástica Estética – Obrigação de Meio – Obrigação de Resultado – Danos Morais e Estéticos.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the civil liability of the doctor, as well as the doctor - patient relationship in cases of aesthetic plastic surgery, in order to check how this relationship should be treated and also to analyze whether it should be considered an obligation of means or result. Furthermore, the duties of the physician to the patient have been analyzed, in particular the duty of information to be provided. Finally, the possibility of cumulation of moral and aesthetic damages has been examined.

Keywords – Medical Liability - Aesthetic Plastic Surgery - Obligation to Means - Obligation of Result - Aesthetic and Moral Damages.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS	09
1.1 Conceito	09
1.2 Espécies de responsabilidade civil	10
1.2.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal	10
1.2.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	12
1.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	14
1.3 Pressupostos da responsabilidade civil	16
1.3.1 Ação ou omissão qualificada juridicamente	17
1.3.2 Culpa ou dolo do agente	17
1.3.3 Nexo de causalidade	19
1.3.4 Dano	20
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS	21
2.1 Breves considerações	21
2.2 Relação contratual ou extracontratual	24
2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva do profissional da medicina	25
2.4 Pressuposto da responsabilidade subjetiva do médico	29
2.4.1 Conduta médica	30
2.4.2 Culpa médica	32
2.4.3 Dano médico	34
2.4.4 Nexo de causalidade	36
2.5 Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor	38
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NA CIRURGIA ESTÉTICA	40
3.1 Breves considerações	40
3.2 Cirurgia estética e reparadora	41
3.3 Obrigação de meio de resultado?	43
3.4 Cumulação do dano moral e do dano estético	48
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil interfere sobremaneira nas relações sociais, uma vez que está intimamente ligada aos bens das pessoas.

Com efeito, todo aquele que comete ato ilícito, não permanece imune, pois cada vez mais a sociedade se socorre do Poder Judiciário, para ver seus direitos individuais ou coletivos garantidos.

Isto ocorre, em virtude do avanço cultural da sociedade brasileira, bem como da facilidade de acesso às informações veiculadas no país, sobretudo em relação à política garantista de nossa Constituição Federal, norteadas por seus princípios fundamentais, em especial, aquele que sobreleva a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e a vida.

Nesse cenário, a medicina atua diretamente, uma vez que seu objetivo primordial também é zelar pela saúde dos indivíduos, notadamente, pelo seu bem estar físico e emocional.

Portanto, os profissionais desta área, devem ser responsabilizados, por eventuais condutas que venham a malferir os direitos de seus pacientes.

Destaque-se, nesse aspecto, que atualmente, os indivíduos, sem qualquer distinção de sexo ou idade, buscam pela perfeição estética e a beleza, amplamente demonstrada nas redes de comunicações, o que acarretou o aumento das cirurgias plásticas embelezadoras. Sendo assim, o referido método, antes utilizado para tratar os mutilados das guerras, caiu no domínio da sociedade vaidosa.

Segundo informações de Bueres ¹ nos meados de 1950 os tribunais franceses, italianos, entre outros, começaram a admitir as cirurgias plásticas como forma de melhorar a aparência do corpo. A partir de então, aceitaram a cirurgia plástica como uma atividade legalmente justificada, o que veio a demonstrar a importância desse procedimento para o bem estar da pessoa, na vida social.

¹ BUERES, Alberto J. *Responsabilidade Civil de Los médicos*. Buenos Aires: Ed. Ábaco. 1979, p.379

Saliente-se que, o Brasil tornou-se um dos países que realiza o maior número de cirurgias plásticas de todo o mundo, tanto as reparadoras quanto as de cunho estético. Contudo, o resultado esperado pelos pacientes, nem sempre é alcançado e, desta forma, na ânsia de ver seus direitos garantidos, abarrotam os Tribunais de todos os países, com ações judiciais indenizatórias em face dos cirurgiões plásticos, sob a alegação de erro médico.

A percepção deste problema no Direito Brasileiro chama atenção dos doutrinadores e até mesmo de toda a população. É notável o aumento de pessoas insatisfeitas com seus resultados, buscando de alguma forma ver o seu dano sanado, ou seja, o paciente busca através do campo jurisdicional, a solução pelo resultado não atingido.

Ademais, os erros na área médica estão se tornando demasiadamente corriqueiros, pois se identifica a imprudência, imperícia ou negligência na ocasião da realização dos procedimentos, além da ausência de aparelhagem adequada para efetivação da cirurgia.

Por outro lado, não podemos deixar de mencionar, que o erro também pode ocorrer por parte dos pacientes, que descumprem as orientações médicas dando causa ao posterior resultado danoso.

Nessas circunstâncias, discute-se se a cirurgia seria uma intervenção geradora de uma obrigação de meio ou de resultado, bem como sobre a necessidade de determinação de culpa dos médicos, se objetiva ou subjetiva, e finalmente, sobre a possibilidade de responsabilização civil e penal destes profissionais.

Destarte, a responsabilidade civil tem sido ao longo dos séculos, uma das mais importantes formas de reparação de danos materiais e morais à disposição da sociedade, pois, através desse instituto, ela poderá discutir judicialmente, a recomposição dos prejuízos sofridos durante ou após a intervenção cirúrgica.

Portanto, se justifica a relevância do tema abordado nessa monografia, uma vez que será analisada, especificamente, a atuação do médico nas cirurgias plásticas embelezadoras e

sua responsabilização perante o seu paciente, na hipótese de identificação de erro, durante o procedimento.

CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL - NOÇÕES GERAIS

1.1 Conceito

A palavra responsabilidade, conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves², origina-se do latim *respondere*, o qual traduz a idéia de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir o bem prejudicado.

Durante todos esses anos, a doutrina tem enfrentado grandes dificuldades para conceituar o instituto da responsabilidade civil, ao passo que muitos doutrinadores baseiam sua definição no conceito de culpa, outros a consideram em seu sentido mais amplo como é o caso de Josserand, citado por José de Aguiar Dias, que “considera responsável aquele que em definitivo suporta um dano.”³

Para Caio Mário da Silva Pereira⁴ 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 subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano

Para ele, a responsabilidade civil será configurada sempre quando houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, não importando se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta.

Já para Maria Helena Diniz a responsabilidade civil é como:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, a responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva)⁵

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 15.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 16.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

1.2 Espécies de responsabilidade civil

A doutrina majoritária classifica a responsabilidade civil a depender do aspecto em que se a analisa.

Segundo Maria Helena Diniz⁶, quanto ao fato ensejador da responsabilidade, esta pode ser contratual ou extracontratual. Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade civil pode se apresentar como subjetiva ou objetiva.

Sob um enfoque mais genérico, mister se faz diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade penal, o que faremos a seguir.

1.2.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal

O Direito é uma ciência una e indivisível, pelo que a responsabilidade jurídica abrange a civil e a penal. Assim, se faz necessário diferenciar as duas espécies.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

no caso de responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.⁷

No mesmo raciocínio⁸, esclarece o referido autor acerca de outros pontos diferenciadores, tais como: a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, o réu responde com a privação de sua liberdade e independe do prejuízo causado a vítima ou de sua vontade, ao passo que a responsabilidade civil é facultativa e patrimonial.

Ainda nesse sentido:

⁶ *Ibid.*, p. 126.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 24.

⁸ *Ibid.*, p. 25.

a tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. No cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito ou cause prejuízo a outrem (CC, art. 186).⁹

É possível a coexistência dos dois institutos quando da realização do mesmo ato ilícito gerar efeitos na esfera penal e cível. Se o agente causador do dano transgredir também uma lei penal, responderá perante o lesado (patrimonialmente) e perante a sociedade (criminalmente), assim nos ensina Carlos Roberto Gonçalves:

o fato danoso se revestiu de características que justificam o acionamento do mecanismo recuperatório da responsabilidade civil e impõem a movimentação do sistema repressivo da responsabilidade penal. Quando, porém, no fato de que resulta o dano não se acham presentes os elementos caracterizadores da infração penal, o equilíbrio rompido se restabelece com a reparação civil, simplesmente.¹⁰

O Código Civil de 2002, em seu artigo 935, estabelece o princípio da independência das responsabilidades de modo que o mesmo fato pode dar origem a sanções civis, penais e até mesmo administrativas, podendo, inclusive, serem aplicadas cumulativamente.

Nas sábias palavras de Nelson Nery Junior:

a coisa julgada penal não interfere na área civil. Absolvição do réu no processo penal, por exemplo, não significa automática liberação de responder na esfera civil. O direito penal exige a culpa em sentido estrito para a condenação, enquanto o direito civil pode sancionar o devedor que tenha agido com culpa, ainda que no grau mínimo. Assim, pode o réu ser absolvido no processo penal por falta de provas (CPP 386 VI) e responder ação civil e ser condenado a indenizar pelo mesmo fato.¹¹

Embora, haja independência entre a jurisdição penal e civil, é certo que, em determinadas circunstâncias, a primeira possui efeito reflexo na segunda, conforme disposto no artigo 63 do Código de Processo Penal e 91, inciso I do Código Penal, os quais estabelecem que a sentença penal condenatória transitada em julgado poderá ser executada no juízo cível, para efeitos de reparação do dano.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 119.

Ademais, na impossibilidade de se identificar a existência do fato e da autoria do ato ilícito perante a esfera cível, inquestionável que, se essas questões forem apuradas pelo juízo criminal, não caberá nova discussão, pois a sentença fará coisa julgada.¹²

Entretanto, à luz do princípio da independência dos juízos, segundo Sílvio de Salvo Venosa, “a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.”¹³

1.2.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

O Código Civil Brasileiro adotou dois sistemas de responsabilidade, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva. Essa última foi adotada pelo ordenamento como a regra do sistema, sendo a outra exceção.

Essa classificação tem como base os fundamentos da responsabilidade e conforme os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

a responsabilidade civil se assenta na conduta do agente (responsabilidade subjetiva) ou no fato da coisa ou risco da atividade (responsabilidade objetiva). Na responsabilidade objetiva o sistema fixa o dever de indenizar independentemente da culpa ou dolo do agente. Na responsabilidade subjetiva há o dever de indenizar quando se demonstra o dolo ou a culpa do agente, pelo fato causador do dano.¹⁴

Na responsabilidade subjetiva, o dever de reparar o dano somente se configura quando provada a culpa em sentido lato (imprudência, negligência, imperícia ou dolo) do agente, do contrário, não haverá responsabilidade.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. vol 1 . 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 19.

¹³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 240.

Nesse sentido, a culpa passa a ser pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade e a, conseqüente, reparação do dano, conforme aduz os artigos 186 e 927, *caput* do Código Civil, institutos basilares da responsabilidade subjetiva, *verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim, para que haja o dever de indenizar na responsabilidade subjetiva, requer-se a conjugação dos seguintes pressupostos: ação ou omissão do agente, prejuízo causado à vítima, nexos causal entre esses dois elementos e a culpa do agente, de modo que incumbirá ao autor da ação de indenização o ônus da prova.

Contudo, Maria Helena Diniz¹⁵ explica que a teoria da culpa ou subjetiva acabou por não solucionar satisfatoriamente alguns casos. Por isso que, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco, a fim de satisfazer o lesado na reparação do dano já que, por vezes, não é possível demonstrar a culpa do agente.

Dessa forma, a responsabilidade objetiva é aquela que prescinde de culpa, ou seja, basta, tão somente, a presença do nexos entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação ou omissão do agente.

Ressalte-se, que a responsabilidade objetiva está prevista em vários dispositivos do Código Civil, mas a disposição legal contida no parágrafo único do artigo 927, trata especificamente, sobre o assunto, conforme descrito adiante: “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, riscos para o direito de outrem.”

Diante disso, por intermédio do dispositivo supracitado, o Código Civil de 2002 introduziu em nosso ordenamento jurídico a denominada responsabilidade objetiva fundada

¹⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 50.

na teoria do risco, segundo a qual todo aquele que se beneficia de uma atividade, é responsável pelo risco dela advindo, obrigando-se a indenizar, independentemente, de culpa.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco-criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.¹⁶

Assim, em termos gerais, a lei determina que, em algumas situações específicas, o autor do dano será obrigado a indenizar a vítima, mesmo sem ter agido culposamente, ou porque a culpa é presumida, ou porque a responsabilidade de indenizar decorre do risco de sua atividade.

De tal modo, com o advento da responsabilidade objetiva, restou a vítima, em determinadas situações, tão somente, comprovar o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do agente, vez que a análise da culpa foi descartada, para efeitos da responsabilização. Enquanto que, na responsabilidade subjetiva, a verificação e a demonstração da culpa são imprescindíveis, para o deslinde da questão.

1.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

O dever de reparar um dano causado pode originar-se do inadimplemento de uma obrigação previamente firmada entre as partes ou pode decorrer da inobservância da lei, ou seja, “com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.”¹⁷

No primeiro caso, diz-se que a responsabilidade daquele que ocasionou o prejuízo a outrem é contratual e no segundo, extracontratual ou aquiliana.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

¹⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 31.

¹⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 128.

na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.¹⁸

Observa-se que esses dois institutos foram diferenciados pelo Código Civil ao prescrevê-los em artigos distintos. No entanto, o referido diploma legal omitiu qualquer parâmetro diferenciador entre as duas espécies de responsabilidade. Verifica-se que a responsabilidade extracontratual encontra-se disciplinada nos artigos 186 a 188 e 927 a 954, e a responsabilidade contratual nos artigos 389 e seguintes, e 395 e seguintes.

Apesar do Brasil e muitos outros países terem acolhido a tese dualista ou clássica em seus ordenamentos jurídicos, muitos são os adeptos da teoria unitária ou monista que criticam essa dualidade de tratamento entre a responsabilidade contratual e extracontratual sob o fundamento de que os seus efeitos são iguais já que três são as condições para a configuração da responsabilidade: o dano, o ato ilícito e o nexo causal entre os dois primeiros elementos.¹⁹

Silvio de Salvo Venosa adota uma posição mais extrema ao afirmar que a distinção entre os dois institutos é apenas de cunho didático já que “quem transgride um dever de conduta, com ou sem contrato, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual.”²⁰

Carlos Roberto Gonçalves afirma que a tendência das codificações modernas é aproximar os dois institutos de modo que os aspectos comuns a ambas sejam regulados por um regime uniforme. Exemplifica o referido doutrinador que o código alemão e português já adotaram essa postura por:

incluírem uma série de disposições de caráter geral sobre a “obrigação de indenização”, ao lado das normas privativas da responsabilidade do devedor pelo não-cumprimento da obrigação e das regras especificamente aplicáveis aos atos ilícitos. Ficaram, assim, fora da regulamentação unitária apenas os aspectos específicos de cada uma das variantes da responsabilidade.²¹

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 26.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 124.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. p. 21.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 28.

De qualquer forma é inegável a existência de características específicas dessas duas espécies de responsabilidade e, para o supracitado doutrinador, a distinção mais significativa refere-se ao ônus da prova.

Na responsabilidade contratual, é o devedor que deverá provar, ante o inadimplemento, a existência de alguma das excludentes do dever de indenizar: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, pois, caso contrário, será condenado a ressarcir os prejuízos causados à vítima.

No entanto, se a responsabilidade resultar da prática de um ato ilícito (responsabilidade aquiliana, artigo 186 do Código Civil), o ônus da prova recairá sobre a vítima do ato, cabendo a ela provar que o dano ocorreu por culpa do agente.

A par dessas distinções, há outra diferença no que diz respeito aos pressupostos. A responsabilidade extracontratual exige-se para sua configuração a existência de uma ação ou omissão do causador do dano, a ocorrência de um dano moral ou patrimonial à vítima, o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente e por fim, a culpa. Na responsabilidade contratual requer-se como pressupostos a existência de um contrato válido e seu posterior descumprimento por alguma das partes.

1.3 Pressupostos da responsabilidade civil

O artigo 186 do Código Civil, informativo da responsabilidade aquiliana, estabelece a regra geral do sistema, qual seja: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Da análise desse artigo, depreende-se que os pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil extracontratual são: 1) ação ou omissão qualificada juridicamente; 2) culpa ou dolo; 3) nexo de causalidade; e, 4) o dano experimentado pela vítima.

1.3.1 Ação ou omissão qualificada juridicamente

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil exige para sua configuração uma ação ou omissão qualificada juridicamente, isto é, o ato praticado pelo autor do dano deve ser ilícito e assim, decorrer de culpa ou dolo, ou lícito por decorrer do risco da atividade, responsabilidade essa que prescinde as culpa *lato sensu*.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.²²

No tocante à omissão do agente, Carlos Roberto Gonçalves²³ assevera que é necessário observar dois requisitos: a) existência do dever jurídico de praticar determinado fato (de não omitir); e, b) demonstração de que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir, ou seja, de não se omitir pode decorrer de lei, como por exemplo, o dever de prestar socorro às vítimas de acidente de automóvel imposto a todo condutor (art. 176, I do Código de Transito Brasileiro) ou de convenção, como ocorre no dever de guarda, de vigilância, de custódio ou, por fim, de alguma situação especial de perigo.

1.3.2 Culpa ou dolo do agente

O já citado artigo 186 do Código Civil estabelece a culpa, em sentido amplo, como elemento necessário à configuração da responsabilidade civil, a qual engloba-se o dolo e a culpa em sentido estrito nas seguintes expressões, respectivamente: “ação ou omissão voluntária” e “negligência ou imprudência”.

À luz da teoria subjetiva adotada pelo sistema brasileiro, a vítima deve provar o dolo ou a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) do agente para obter a

²²DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 39.

²³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p.41.

reparação do dano. Excepcionalmente, o nosso direito positivo admite em situações pré-estabelecidas o ressarcimento independentemente da comprovação da culpa *lato sensu* pela vítima, como são os casos de responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco ou decorrente de culpa presumida.

Numa definição simplificada, Rui Stoco diz que “o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato.”²⁴

Em relação à culpa em sentido estrito, continua o referido doutrinador, “ traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.” Assim, entende-se que quando o erro for escusável ou plenamente justificável pelas circunstâncias, não haverá a culpa em sentido estrito.

A culpa em sentido estrito abrange a imprudência, a negligência e a imperícia. Em linhas gerais, a imprudência é a ação sem as devidas cautelas; negligência é a inobservância das normas impostas a todo homem médio; imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para a prática de determinado ato que requer um conhecimento específico.

Nos ensinamentos de Rui Stoco:

a culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência: comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.²⁵

O *caput* do artigo 944 do Código Civil fixa o valor da indenização pela extensão do dano, estabelecendo assim, a regra segundo a qual, nos dizeres de Nelson Nery Junior:

quem estiver obrigado a reparar um dano deve recompor a situação pessoal e patrimonial do lesado ao estado anterior, para torná-la como era se o evento

²⁴STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132

²⁵STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 132.

maléfico não tivesse se verificado, evento esse que impõe ao responsável pelo dano (com ou sem culpa pela sua ocorrência – dependendo da hipótese legal de que se trata) a obrigação de repará-lo.²⁶

O Código Civil, embora não tenha feito nenhuma distinção entre os graus de culpa (levíssima, leve e grave), estabeleceu no parágrafo único do supracitado artigo, um juízo de equidade segundo o qual: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Assim, o referido artigo confere ao juiz o poder de agir equitativamente e, assevera Carlos Roberto Gonçalves, “facultando-lhe reduzir a indenização quando excessiva se mostrar a desproporção entre seu valor e o grau de culpa do responsável.”²⁷

1.3.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é um dos pressupostos da responsabilidade civil, sem o qual não há o que se falar em dever de indenizar.

A obrigação de reparar um dano somente nasce se, além da existência dos demais pressupostos, houver um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido, conforme se extrai do já mencionado artigo 186 do Código Civil. A obrigação de indenizar é atribuída àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.

Ausente esse liame de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso, não há o dever de indenizar. Nesse sentido, afirma Rui Stoco que “o nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito”²⁸, quando se tratar de responsabilidade subjetiva, ao passo que, na responsabilidade objetiva, à luz da teoria do risco, haverá o dever de indenizar quando se demonstrar o nexo causal entre a conduta culposa ou não do agente e o resultado danoso.

²⁶NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado*. p. 634.

²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 301.

²⁸STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 146.

1.3.4 Dano

O dano é mais do que um pressuposto da responsabilidade civil, é seu verdadeiro objeto, de modo que se não houver a existência de um prejuízo, a ação de indenização perderá sua razão de ser. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar.

Com amplitude, explica Agostinho Alvim, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se a da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.²⁹

O dano, sendo o prejuízo sofrido pela vítima, pode ser patrimonial (também chamado de dano material), ou extrapatrimonial (denominado dano moral).

O primeiro refere-se ao dano que afeta somente o patrimônio da vítima e engloba tanto os danos emergentes, como os lucros cessantes, conforme se extrai do artigo 402 do Código Civil: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

O dano moral (extrapatrimonial) é a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial, provocando prejuízos ao ofendido no âmbito de sua dignidade. Trata-se de uma verdadeira ofensa aos direitos da personalidade.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 337.

CAPÍTULO II. - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

2.1 Breves Considerações

A resolução do Conselho Federal de Medicina de número 1.246 de 8 de janeiro de 1988, revogada pela resolução 1931 de 13 de outubro de 2009, prevê em seu Capítulo I, os princípios fundamentais para o exercício da medicina, dentre eles, dois merecem maior destaque:

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”

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

Acerca desse estatuto, Jurandir Sebastião, ilustre magistrado, destaca:

o atual Código de Ética Médica estabelece uma série de *normas de conduta profissional*, de proibição ou de obrigação e, ainda, o rol de prerrogativas individuais ou em grupo. Como categoria profissional regulamentada em lei (inciso XIII do art. 5.º da CF/88, Lei 3268/1957, e Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958), cumpre ao órgão de cúpula – Conselho Federal de Medicina – por competência delegada e mediante Resoluções, estabelecer e alterar as regras de conduta profissional de acordo com os avanços constantes da medicina e das novas necessidades do Estado e da civilização, como um todo – visto que a saúde é questão de interesse da própria humanidade.”³⁰

Observa-se, portanto, que a medicina é de suma importância perante uma sociedade, visto que o ofício exercido pelos médicos é de interesse público e social, uma vez que eles têm o dever de zelar pelo bem de seus pacientes.

Todos nós estamos sujeitos a um lapso, entretanto, o erro do médico coloca em risco a vida e a integridade física do ser humano. Qualquer equívoco dessa natureza resultará no evidente resultado danoso e de ordem gravosa ao paciente.

³⁰SEBASTIAO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 91 e 92.

Por isso que, a medicina é a profissão que merece a maior atenção em nossas legislações, vez que a integridade física, a dignidade da pessoa humana, o direito a saúde, são os maiores bens da vida, os quais estão protegidos pela nossa Carta Magna.

Aliás, o erro médico, pode responsabilizar o profissional, tanto na esfera civil, criminal e administrativa, dependendo, da análise do caso concreto.

Nesse passo, importante destacar que, no ano de 2000, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), instaurou 285 processos, sendo que 182 médicos foram considerados culpados, em julgamentos ocorridos, nesse mesmo interregno. O número apresentado nos revela a grande reincidência de erros médicos, em especial, no Estado de São Paulo.³¹

Vale destacar ainda que, o médico possui diversos deveres no exercício de sua profissão, os quais estão insculpidos no Código de Ética (Resolução CFM 1931/2009).

Além disso, a doutrina³² estabeleceu, resumidamente, algumas regras a serem obedecidas pelos médicos, tais como: a) dever de aconselhar adequadamente o paciente; b) obrigação de tomar os cuidados necessários e manter o sigilo; c) não cometer desvio ou abuso de poder; d) dever de informação, esclarecendo ao paciente sobre a doença, os cuidados, as prescrições, os riscos possíveis e as precauções a serem tomadas; e) manter o paciente informado sobre da realidade do seu estado e dos riscos possíveis; f) nos casos de cirurgia exigir o consentimento do paciente (art. 22º do Código de Ética), salvo nas emergências com informações completas sobre o procedimento cirúrgico e a técnica a ser utilizada; g) não recusar atendimento ou omitir socorro.

Aponta Rui Stoco³³ que, com base nessa construção doutrinária, foram listadas algumas causas, diversas do erro médico, que poderão conduzir à obrigação de indenizar: a) a violação da lei ou do regulamento e o abuso de poder; b) a prática de experiências médicas com técnicas não aceitas; c) deixar de informar e aconselhar adequadamente o paciente; d) o erro grosseiro no diagnóstico, como causa do insucesso no procedimento médico; e) a quebra

³¹ <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=23>. Acesso em 23.08.2013

³² STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 531.

³³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 531.

do sigilo médico; f) exorbitar os limites estabelecidos no contrato; g) a violação do consentimento do paciente; h) omitir ou negar socorro em caso de iminente perigo de vida ou de urgência. Diante disso, o referido doutrinador conclui que “o médico poderá ser responsabilizado em razão da infringência da lei e dos preceitos éticos, quando deles resultar danos.”

É importante mencionar que, um dos maiores deveres do médico é o de fornecer informação ao seu paciente, comunicando os riscos dos possíveis resultados do tratamento a ser realizado. Sendo assim, o dever de informar os riscos da intervenção, está intimamente ligado ao consentimento do paciente, uma vez que o Código de Ética preconiza tal condição.

Nessa esteira, torna-se oportuno mencionar que um estudo realizado na Europa e na América do Norte, citado por Galán em sua obra, verificou que o crescimento nos litígios relacionados à responsabilidade civil médica, ocorre por falta de informação e/ou informação inadequada e ofensa direta ao consentimento do paciente,³⁴ ou seja, a informação e o consentimento são peças fundamentais que podem isentar o médico de uma eventual demanda pautada em um erro médico.

Por essa razão, muitas vezes os médicos se vêem em situações embaraçosas, pois, muito embora, tenha que informar ao paciente sua real doença, deve, ao mesmo tempo, lhe proporcionar conforto e segurança, no que diz respeito às medidas a serem adotadas. Nesse sentido, Georges Boyer Chamard e Paul Monzein, dizem que “quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, buscando não levá-lo ao desespero”.³⁵

Assim, pode se concluir que, a profissão da medicina não é nada fácil, pois está sempre ligada a vida e a integridade física do ser humano, que requer cuidados e atenção redobrada, sob pena de ressarcimento do dano.

34 GALÁN, Cortés. *Responsabilidad Médica Y Consentimiento Informado*. Madri: Vivitas, 2001. p. 21

35 CHAMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. *La Responsabilité Médicale*. Paris: Presses. Universitaires, 1974. p. 132.

Dessa forma, a responsabilidade do médico, será tratada adiante, especificamente, apenas, no âmbito do Direito Civil, excluindo, portanto, os aspectos penais e administrativos que também cercam essa profissão

2.2 – Relação contratual ou extracontratual

A relação médico-paciente para a maioria dos doutrinadores é uma relação contratual, uma vez que ao solicitar ao médico que ele realize uma cirurgia ou até mesmo um tratamento, pactua-se um contrato de prestação de serviços médicos, onde o médico é o prestador de serviços e o paciente o destinatário final.

Nesse caso, não será necessária forma escrita para contratação do médico pelo paciente, muito embora, o artigo 104 do Código Civil de 2002, exija tal formalidade em determinadas situações.

Para sanar a dúvida sobre essa relação, nos ensina René Savatier³⁶, em suas sábias palavras abaixo:

Entre o médico e o paciente estabelece-se um contrato. Do conteúdo desse contrato, depende a responsabilidade de um frente ao outro; apresenta-se, portanto como uma responsabilidade contratual. Após muito tempo decidindo o contrário, a Corte de cassação reconheceu esse princípio. E os tribunais e cortes de apelação são também unânimes em confirmá-lo.

Por conseguinte, temos os ensinamentos de José de Aguiar Dias, que elucida:

a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação pelo Código Civil de 2002 no capítulo relativo à 'obrigação de indenizar' que, como vimos, praticamente nada inovou em relação ao antigo capítulo 'dos atos ilícitos' do Código Civil de 1916 nesse particular, já que inicia o artigo 927 do novo Código referindo-se apenas àqueles que, por *atos ilícitos*, causem danos a outrem. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial.³⁷

³⁶ SAVATIER, René. *Traité de La Responsabilité Civile em Droit Français*. 2º.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo II. p.375.

³⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 328 e 329.

Dessa forma, não pairam dúvidas acerca da relação médico-paciente, uma vez que estamos diante de uma relação contratual, onde o médico tem o dever de zelar pela vida e integridade física de seu paciente, e este último, se obriga a atender todas as orientações que lhe foram repassadas.

Ressalte-se, por fim, apenas para esclarecimentos, que podemos identificar a natureza extracontratual da responsabilidade médica, quando, por exemplo, o profissional se depara com uma pessoa ferida, em plena via pública. Nesse caso, não há um contrato previamente pactuado e sim o cumprimento do dever legal, consubstanciado na prestação de socorro.

2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva do profissional da medicina

A responsabilidade civil do médico encontra-se disciplinada na regra geral da responsabilidade civil, notadamente nos artigos 186, 927, *caput* e 951 do Código Civil, bem como no parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Tais disposições legais indicam que a responsabilidade civil aplicada aos profissionais da medicina é subjetiva, pela qual o médico somente é obrigado a reparar o dano se agiu com culpa, incumbindo à vítima a provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente.

Nesse mesmo sentido, dispõe, inclusive, o Código de Ética Médica que “é vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.”

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo firma esse mesmo entendimento:

Ementa: Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos, movida por paciente contra médico, sob alegação de falha grave em atendimento ortopédico. A autora alega erro médico, na fixação de parafusos de imobilização de placa metálica colocada em sua perna esquerda, na tibia,

apresentando sequelas graves e, ao tempo da propositura da ação, ainda não curadas. Decisão de improcedência, em primeiro grau.

Responsabilidade do profissional médico é subjetiva. Aplicação do artigo 14, § 4º, do CDC e da regrainserida no artigo 951, do Código Civil de 2002. Dever de indenizar por parte do médico, desde que seu comportamento acarrete prejuízos para o paciente. Questão que se agravou, quando se verifica que duas séries de documentos foram perdidos ou danificados, justamente aqueles referentes à autora. Fatos e omissões constantes nos autos suficientes para a caracterização de falha médica. Danos estéticos consideram-se englobados pelos danos morais. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são os norteadores para a quantificação do dano moral e, ainda, o princípio que veda o enriquecimento ilícito, deles não podendo se divorciar o Julgador. Montante indenizatório fixado em R\$80.000,00 (oitenta mil reais), com correção monetária a incidir a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (artigo 405 do CC). Prequestionamento. Inexistência de violação direta e frontal a dispositivos legais e constitucionais. Ré que deverá arcar com o pagamento das verbas sucumbenciais. Recurso provido. (grifo nosso).

38

De igual modo, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, na ementa a seguir transcrita:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO** - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - **TEORIA DA PERDA DA CHANCE** - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, **sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva**; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a

³⁸ TJSP – Apelação nº 9201927-49.2009.8.26.000, 5º Câmara de Direito Privado, rel. Edson Luiz de Queiroz, j. 11 de setembro de 2013.

responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido. (grifo nosso) ³⁹

Também, esclarece o ilustre doutrinador Miguel Kfouri Neto:

evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente – hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde, propiciando a melhora ou a cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (...), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isto porque o advento da nova codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.
40

Em síntese, a responsabilidade civil do médico que enseja o dever de reparar o dano repousa no estatuto da culpa e assim, por tratar-se de uma responsabilidade subjetiva, conforme apontado acima, o ônus da prova recai sobre o ofendido, o qual deverá demonstrar o dolo ou culpa *stricto sensu* do médico.

Entretanto, nosso sistema admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva, isto é, a vítima não precisa demonstrar a culpa do médico para que seu prejuízo seja ressarcido, pois ela é presumida pela lei ou simplesmente dispensa sua comprovação, em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 927⁴¹ do Diploma Civil.

Aliás, responsabilidade objetiva, excepcionalmente, cerca algumas especialidades médicas, invertendo-se o ônus da prova em benefício da vítima, como ocorre, por exemplo, com a radiologia, a anatomopatologia, a cirurgia estética propriamente dita (que iremos estudar mais a diante), exames de laboratório, *check-ups*, bancos de sangue e de sêmen, etc.⁴²

³⁹STJ – Recurso Especial – Resp nº 1104665 – RS 2008/0251457 – 1 (STJ) – 04/08/2009.

⁴⁰KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61.

⁴¹“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

⁴²KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. p. 62 e 69.

De outro norte, uma inovação no campo da responsabilidade civil médica foi a introdução da denominada teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, aplicada pela jurisprudência francesa desde o ano de 1965 que, nos dizeres de Miguel Kfouri Neto:

quando não é possível afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, a Corte de Cassação francesa supõe que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura – e, em consequência, condena à indenização por esta perda.⁴³

Essa teoria procura proteger os inconvenientes na formação da culpa e a difícil comprovação, em determinados casos, do nexo causal entre o ato ou a omissão médica e o agravamento da saúde do paciente ou sua morte. Por meio dessa teoria, presume-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida do paciente, pois ele poderia ter uma possibilidade de se curar ou sobreviver. Evidentemente, que essa afirmação nunca será absoluta, basta a dúvida para que o magistrado admita a relação de causalidade entre a culpa e o dano.⁴⁴

A respeito desse tema, já existem alguns julgados nos Tribunais Brasileiros aplicando a teoria da perda de uma chance no tocante à responsabilidade médica, conforme se observa seguir:

Ementa: APELAÇÃO Indenização por dano moral Omissão Erro médico Morte de recém-nascido por síndrome de aspiração meconial Atendimento do pediatra com manobras adequadas, mas fora do momento preconizado pela técnica médica Falha do serviço caracterizada Aplicação da teoria da perda de uma chance Indenização devida Recurso provido..(...)”⁴⁵

Por fim, encerraremos os comentários acerca da teoria da perda de uma chance com uma declaração de voto feita pelo Desembargador Ênio Santarelli Zuliani do Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...) o resultado morte, trágico por atingir uma jovem, caracteriza hipótese de erro de diagnóstico. É provável que se diga que hospital é local adequado para morrer, o que não deixa de ser verdadeiro. Todavia, a moça não foi levada para lá como doente terminal, tanto que não se destinou a ela vaga na UTI. Na verdade, como anotado no voto do relator, embora fosse possível

⁴³ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. p. 64.

⁴⁵ TJSP – Apelação n. 9296267-50.2004.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Maria Olívia Alves, j. 25 de março de 2013.

intuir que algo de grave se escondia nos sintomas de uma inofensiva virose, nada de concreto se realizou para conter o avanço da infecção que progrediu enquanto permanecia a letargia médica, até se tornar impiedosa e retirar, por completo a chance de cura. Os médicos não são infalíveis em seus diagnósticos e não se poderá exigir que eles detectem uma doença misteriosa em exames clínicos. Porém, a paciente foi ao hospital equipado de todos os aparelhos de última geração para pesquisa de apoio da equipe médica e, ainda assim, não se ministrou terapia para o quadro infeccioso. Ocorre que não foi determinada a doença, o que equivale a dizer que não foi concluído o diagnóstico. Há erro ou não? A resposta deve ser afirmativa, porque estamos diante de uma conduta omissiva, que se apresenta inescusável. Não estamos discutindo o insucesso de um tratamento, mas, sim, a ausência de tratamento. A jovem não recebeu atendimento médico compatível para a sua doença, essa é a realidade, pois quando se tentou alguma coisa, já era tarde. Por mais que se reconheça a dificuldade do estudo do caso, é forçoso concluir que a evolução do estado infeccioso se deu dentro do hospital, na presença dos médicos e da aplicação de inútil soro fisiológico. O Hospital responde, na forma do art. 14, da Lei 8078/90, desde que haja culpa dos médicos [arts. 951, do CC, de 2002 e 14 parágrafo 4º, da Lei 8078/90]. Devemos lembrar que cabe isentar o médico de responsabilidade quando comete erro no diagnóstico, com convencimento, porque agiu na conformidade da técnica, sendo traído pelos mistérios da doença. Contudo, a negligência é imperdoável. Após versar sobre essa temática, cogitei de que a falta de diagnóstico conclusivo e eficiente subtraiu da paciente a chance de sobrevivência, o que caracteriza dano indenizável. Na oportunidade citei a aplicação da teoria da perda de uma chance em situações de responsabilidade civil do advogado [chance de sucesso de um recurso que não foi interposto por desídia do advogado] e que está sendo aproveitada na área da responsabilidade do médico, desde que haja oportunidade real de ser superada a morte (...). Lembrei que há uma distinção entre a relação do médico e a paciente e médico e pais da vítima, quando em pauta a indenização por perda de uma chance. Os pais sobreviveram e não há como repor, por completo, o vazio que a morte precoce abriu na vida deles, o que recrudesce o sentimento de perda. Assim, é de se admitir o verdadeiro tormento que o episódio representa para os autores da ação, que certamente não admitem ou compreendem como a moça morreu sem tratamento específico dentro do hospital. Para eles, o inexplicável não desafio ao vírus ou bactéria propulsor do choque séptico, será sempre a prova de que a filha morreu sem que lhe dessem a chance de cura. Resulta que a indenização, longe de reparar, apenas ameniza o trauma e contribui para contemporizar os infortúnios da inoperância médica e hospitalar.⁴⁶

2.4 Pressupostos da responsabilidade subjetiva do médico

Restou demonstrado, portanto, que a regra geral da responsabilidade civil médica, contemplada pelo Código Civil, funda-se na teoria subjetiva, na qual o dano somente será

⁴⁶ TJSP – Apelação Cível n. 438.947.4/5, 4º Câmara de Direito Privado, rel. Jacobina Rabello, j.25.04.2007.

reparado, quando existentes os seguintes pressupostos: ação ou omissão culposa do agente, existência de um dano e o nexo causal entre a conduta e o prejuízo causado à vítima.

Diante do apontamento desses requisitos, se faz necessária a rápida análise de cada um deles:

2.4.1 Conduta médica

Em sua obra, Jurandir Sebastião, indica que o exercício da medicina, deve atender algumas regras:

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica. E que o médico deve esclarecer o seu paciente sobre a doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado.⁴⁷

Afirma o doutrinador que o erro médico consiste no descumprimento de quaisquer desses deveres desde que tenha causado a vítima algum tipo de dano (material ou imaterial), ou seja:

o erro médico é a conduta voluntária ou involuntária, direta ou indireta, caracterizada como conduta profissional imperita, imprudente ou negligente, que causa dano ao paciente. Em caso de erro médico, três consequências distintas, concomitantes ou isoladas, poderão ocorrer, a saber: a) punição administrativa; b) reparação civil; c) punição criminal.⁴⁸

No entanto, a doutrina ainda não firmou um conceito claro e unânime acerca do real significado da expressão “erro médico”. Diante disso, se faz mister tecer algumas explicações acerca do tema.

Rui Stoco⁴⁹, *prima facie*, nos alerta que o “erro de técnica” não se confunde com o “erro médico”, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário analisar a técnica utilizada pelo médico no tratamento de seu paciente, ou seja, “ao Juiz é defeso, por não ser de sua

⁴⁷SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. p. 88 e 89.

⁴⁸*Ibid.*, p. 89.

⁴⁹STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 531.

competência, pronunciar-se por essa ou aquela escolha, optar por esse ou aquele método operatório,”⁵⁰ já que presume-se que o profissional seja habilitado para tanto.

Ademais, o erro profissional, não demonstra necessariamente um ato culposos, conforme podemos denotar das lições de Rui Stoco, “ocorre o “erro profissional” quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta. Significa que o médico aplica corretamente uma técnica ruim para aquele caso.”⁵¹

No mesmo sentido, o “erro de técnica”, expressão utilizada por Aguiar Dias, “é apreciado com prudente reserva pelos Tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões.”⁵²

Com efeito, o erro profissional difere-se da imperícia, uma vez que nesta, embora a técnica seja correta e adequada para o caso concreto, a atuação do médico é desastrosa, pois aplica mal uma técnica boa.⁵³

Ressalte-se que, no âmbito da responsabilidade civil, o “erro de técnica” (erro profissional) é escusável e o ato culposos (imperícia) é inescusável. Isso significa que no primeiro caso, o erro cometido pelo médico é justificável quando a técnica empregada por ele é conhecida, usual e aceita, enquanto que no segundo, é injustificável e, portanto, punível no plano civil, gerando do dever de reparar o dano.

Diante dessas considerações, Rui Stoco⁵⁴ conclui ao afirmar que “o erro profissional não pode ser objeto de valoração pelo Juiz, nem pode ser considerado como hipótese de imperícia, imprudência ou negligência.” Prossegue em suas conclusões afirmando que o médico pode ser responsabilizado quando se afasta dos preceitos legais e éticos inerentes a sua profissão, bem como “responderá quando, no exercício de sua atividade típica junto ao

⁵⁰YUSSEF SAID, Cahali, *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p.348) Citado por STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 531.

⁵¹STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 532.

⁵²AGUIAR DIAS, José. *Responsabilidade dos médicos*. COAD. p. 10 Citado por GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 244.

⁵³STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 532.

⁵⁴STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 532.

paciente, age com dolo ou intenção de lesar ou com culpa, nas modalidades de imperícia – não confundível com o “erro profissional”-, negligência ou imprudência.”

Por fim, pode-se afirmar que o erro médico é a ação dolosa ou culposa do médico que ocasionou no paciente dano de qualquer ordem, seja físico, psíquico ou moral, nascendo assim, o dever de indenizar. Nisso consiste a reparação civil do profissional da medicina que, segundo os dizeres de Jurandir Sebastião, “a *reparação civil* (patrimonial) de natureza particular *depende* da vontade da vítima e poderá abranger tanto a indenização *material* como a *imaterial*, mediante regular processo judicial”⁵⁵

2.4.2 Culpa médica

O Direito Civil pátrio abraçou totalmente a teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade médica, exceto em algumas especialidades em que o profissional se responsabilizará objetivamente pelo resultado não produzido como, por exemplo, na cirurgia estética embelezadora. Sendo assim, a regra impõe que a vítima do dano deverá provar a imprudência, a negligência e a imperícia do profissional, para ser ressarcida dos prejuízos causados.

A responsabilidade civil do médico fundada na teoria da culpa ou, também chamada de responsabilidade civil subjetiva, está expressamente consagrada no artigo 951 do Código Civil, segundo o qual: “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”.

Nesse trilhar, assevera Miguel Kfoury Neto:

para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns.” Prossegue acerca do *quantum* indenizatório, “a medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima*

⁵⁵SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. p. 89.

culpa venit). Em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas “pequenas”. (...) A excessiva desproporção entre o grau da culpa e o dano autorizará o juiz a reduzir, equitativamente, a indenização (art. 944, parágrafo único, do CC brasileiro).⁵⁶

O referido doutrinador, transcreve em sua obra os comentários feitos por Clóvis Beviláqua ao art. 1.545 do Código Civil de 1916 (atual artigo 951), acerca da culpa dos profissionais da saúde:

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 a aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações.⁵⁷

A culpa como pressuposto da responsabilidade civil do médico abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. O dolo é a violação consciente, intencional de um dever jurídico, ou seja, o resultado danoso foi intencionalmente desejado pelo agente. Na culpa em sentido estrito, por outro lado, o agente não deseja causar dano a vítima, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita acaba causando um dano a outrem.

A culpa em sentido estrito se divide em três modalidades: negligência, imperícia e a imprudência.

A negligência médica caracteriza-se por um ato omissivo, ou seja, é a inércia do profissional da medicina diante de um paciente que necessita de ajuda. Miguel Kfourri Neto cita inúmeros exemplos jurisprudências, tais como:

é negligente o médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica. Há erro grosseiro quando o clínico, sem identificar os sintomas de apendicite aguda, desconsidera sintomas evidentes e revela absoluto descaso pelo doente, já internado. Outro médico, solicitado pela enfermagem, ao se deparar com o quadro desfavorável ao paciente, removeu o apêndice, já perfurado e

⁵⁶KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. p. 78.

⁵⁷KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. p. 79.

supurado. Sobrevieram peritonite e a morte da vítima. Revela negligência o médico que, diante de caso grave, permanece deitado na sala dos médicos, em hospital, limitando-se a prescrever medicamento, sem contato com o paciente, criança desidratada, que veio a falecer.⁵⁸

Na imprudência, há culpa comissiva. O cauteloso como, por exemplo, um cirurgião que não espera pelo anestesista, aplicando ele mesmo o anestésico e o paciente falece de parada cardíaca.⁵⁹

A imperícia consiste na deficiência de conhecimentos técnicos para a prática de determinado ato que requer maior especialização. É o despreparo prático, a falta de habilidade.

2.4.3 Dano médico

O dano é certamente o elemento constitutivo da responsabilidade civil, por não bastar somente à existência da ação ou omissão culposa do agente, é necessário que a imprudência, a negligência ou a imperícia tenham causado dano a outrem, caso contrário não nascerá o dever de indenizar.

Comprovado em juízo, a existência do dano e do nexa causal entre a conduta culposa do médico e o resultado lesivo ao paciente, nascerá o dever de indenizar que poderá abranger duas modalidades distintas: a indenização material e a imaterial, sendo que uma não exclui a outra. Há a possibilidade de se pleitear, também, a indenização por dano estético, conforme se verá a seguir.

A indenização material, também chamada de patrimonial, compreende na reposição do que a vítima perdeu, bem como no *quantum* ficou impedida de ganhar (lucros cessantes) por conta do prejuízo sofrido. Assim, a vítima poderá pleitear eventuais gastos com hospital, viagens, lucros cessantes, medicamentos, contratação de enfermeiros, etc. No caso de haver morte do paciente, a indenização será devida aos beneficiários da renda auferida pelo falecido.

⁵⁸KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. p. 92.

⁵⁹*Ibid.*, p. 95.

Importante ressaltar que a lei não estabelece critérios quantitativos para a fixação do *quantum* indenizatório, cabendo ao juiz, prudentemente, fixá-lo, conforme o caso concreto, observado os parâmetros da *reposição* e da *composição/punição*. O valor indenizatório nunca poderá se converter em enriquecimento sem causa ou aposentadoria a vítima ou seus familiares.

No tocante à indenização imaterial, Jurandir Sebastião explica que:

a indenização extrapatrimonial ou imaterial (moral) tem três finalidades concomitantes e indissociáveis: de um lado, amenizar a dor da vítima (ou de seus familiares, em caso de falecimento), mediante uma recompensa financeira e, de outro, punir o agente. E, pelo prisma de punição, além do desestímulo à repetição da conduta lesiva, por parte do agente (réu), deflui a terceira finalidade, que é a de exemplaridade social, alertando a todos a fim de que não cometam o mesmo ou similar erro.⁶⁰

É impossível reparar a dor, o sofrimento, a tristeza de um ser humano, especialmente quando esses sentimentos atrelam-se a morte de um ente querido. A indenização extrapatrimonial (moral), está longe de reparar o desconforto profundo de uma pessoa, pois, reverte-se, mais em um caráter punitivo, do que reparatório, propriamente dito.

No entanto, há casos em que o falecimento de um membro familiar traduz-se em verdadeira solução de paz, tendo em vista, por exemplo, a agressividade, as confusões e sofrimentos que tal pessoa causava no âmbito familiar. Nesse caso, em vez do sentimento de perda, haverá um alívio por parte dos familiares porque o desejo de paz foi atingido em via transversa. Assim, afirma Jurandir Sebastião que, o pedido de indenização por danos morais quando o falecimento da vítima representar um apaziguamento de conflitos no seio familiar deverá ser julgada improcedente.

Além da indenização por danos materiais ou extrapatrimoniais, a indenização também poderá ser à título de dano estético que consiste “em qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta uma

⁶⁰SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. p. 66.

transformação” e lhe causa humilhação e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral.
„61

O dano estético caracteriza-se pela lesão à beleza física, pela transformação desarmoniosa entre a aparência do paciente, antes da intervenção médica e após a mesma. Ressalte-se que, essa modificação para pior deve ser duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais.⁶²

Teresa Ancona Lopez⁶³, em sua obra, defende que o dano estético acarreta um dano moral porque tal modificação incoerente na aparência de uma pessoa causa, inquestionavelmente, humilhações, tristezas, desgostos, constrangimento na vítima. Há um sofrimento moral, em decorrência da ofensa à integridade física da paciente, caracterizada pelo dano estético.

2.4.4 Nexo de causalidade

A configuração do dever de indenizar está intrinsecamente ligada à presença da conexão de causalidade entre o comportamento do médico e o dano causado ao paciente, sem a qual não poderá se falar em reparação do dano, exceto quando reconhecida a teoria da perda de uma chance, conforme já alinhavado anteriormente.

Acerca do nexos causal, nos ensina Maria Helena Diniz:⁶⁴

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que ao fato lesivo deverá ser oriundo de ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa, todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este

⁶¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético. Responsabilidade civil* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

⁶² *Ibid.*, p. 48.

⁶³ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. Vol 7. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 100

poderá não ser a causa imediata, mas se for a condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

No mesmo íterim, temos os dizeres do professor Sílvio de Salvo Venosa⁶⁵:

O conceito de nexu causal, nexu etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos que foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que o leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

A demonstração do nexu de causalidade é imprescindível, tanto na responsabilidade subjetiva, quanto na responsabilidade objetiva. A regra geral do sistema é a responsabilidade subjetiva que se funda na teoria da culpa e, assim, o paciente deverá provar, além da conduta culposa do médico e o dano causado, o nexu de causalidade entre esses dois elementos.

Miguel Kfoury Neto afirma que se a vítima sofre um dano, mas não consegue demonstrar o nexu causal com o comportamento do médico, improcedente será o pleito indenizatório.⁶⁶

No entanto, diante da dificuldade em se estabelecer o liame de causalidade entre o fato lesivo e o dano causado em alguns casos, a doutrina desenvolveu duas teorias, quais sejam, a teoria da equivalência das causas e a teoria da causalidade adequada.

À luz da teoria da equivalência das causas, todos os elementos da série causal, próximos ou remotos, concorrem em igualdade para o evento danoso.

Em relação à teoria da causalidade adequada, Caio Mário da Silva Pereira sintetiza:

em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência,

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. p.39

⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. p. 111.

o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da “causalidade adequada”, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais”⁶⁷

2.5 - Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, via de regra, que a responsabilidade civil dos fabricantes, produtores, construtores, importadores e fornecedores de serviços é objetiva, nos termos dos artigos 12 e 14 do referido diploma legal.

Entretanto, o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, faz uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil, em virtude dos danos advindos da relação consumerista, qual seja, na hipótese de se tratar do fornecimento de serviços por profissionais liberais em que a responsabilidade será apurada mediante a comprovação da culpa.

Assim prescreve o referido artigo Art.14, parágrafo 4º: *A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

Os médicos, mesmo quando conveniados, são considerados pela maioria da doutrina como profissionais liberais em razão da natureza *intuito personae* dos serviços prestados e da autonomia e independência técnica com que exercem suas atividades.

Desta forma, o médico como profissional liberal somente será responsabilizado pelos eventuais danos causados quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, — conforme amplamente explanado acima — em quaisquer de suas modalidades: imprudência, negligência ou imperícia.

Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, aponta:

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 87.

Discorrendo sobre esse aspecto, Francisco Chagas de Moraes abordou a questão esclarecendo que a responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional liberal, em face do disposto no art. 14, parágrafo 4º, do CDC, será apurada mediante a verificação da culpa, regra, aliás, aplicável a todos os demais profissionais liberais, cujo elenco está relacionado no anexo do art. 577 da CLT.(...) Quando se tratar de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços (art. 14, *caput*), a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa, conforme esclarece Antonio Herman de Vasconcelhos e Benjamim: “O Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais. É que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente.”⁶⁸

Apesar do dispositivo em comento ter afastado a incidência da responsabilidade objetiva aos profissionais liberais, não aboliu a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova, isto é, à luz do artigo 6, inciso VIII do CDC, incumbe ao profissional provar que não agiu com culpa no desempenho de sua atividade:

Artigo 6 – São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

Não obstante a natureza contratual da atividade médica, em regra geral, ser de meio, o Código consumerista confere ao magistrado a faculdade de inverter o ônus da prova em favor do consumidor quando presentes os requisitos da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do paciente.

⁶⁸STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 545.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

3.1 Breves considerações

Atualmente, as pessoas idealizam a beleza perfeita, submetendo-se, cada vez mais, a diversas cirurgias plásticas estéticas. Aliás, conforme já citado alhures, o Brasil é considerado um dos países que mais realiza cirurgias estéticas no mundo, ocupando a vice-liderança, perdendo apenas para os Estados Unidos, conforme se verifica no ranking referente ao ano de 2011, no quadro abaixo⁶⁹:

1. Estados Unidos – 1.094.146
2. Brasil – 905.124
3. China – 415.140
4. Japão – 372.773
5. Itália – 316.470
6. México – 299.835
7. Coréia do Sul – 258.350
8. Índia – 207.049
9. França – 191.439
10. Alemanha – 187.193

Destaque-se que, conforme os dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), o número mais crescente é o de cirurgias realizadas entre adolescentes, o qual vem crescendo sobremaneira, pois é certo que, em apenas 4 anos, o aumento foi de 141% (cento e quarenta e um por cento).⁷⁰

Observa-se, portanto, que os jovens e adolescentes, se comparados as pessoas de idade mais avançada, buscam ainda mais, as cirurgias plásticas, a fim de alcançar a beleza padronizada pela sociedade.

⁶⁹ <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/materia-folha-de-sao-paulo/>. Acesso em 10.09.2013.

⁷⁰ <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/numero-de-cirurgias-plasticas-entre-adolescentes-aumenta-141-em-4-nos/>. Acesso em 10.09.2013.

De qualquer modo, ao realizar tais cirurgias, não podemos deixar de verificar se o profissional escolhido para realizar o procedimento é especialista, pois, conforme levantamento realizado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a maioria das ações propostas, entre janeiro de 2001 a julho de 2008, buscava o ressarcimento decorrente de erros médicos cometidos em cirurgias plásticas, realizadas por profissionais não especializados⁷¹.

Diante das considerações acima, vamos analisar a responsabilidade do médico por erros em cirurgias estéticas, com intuito de verificar quais são as opiniões dos doutrinadores e juízes sobre essa questão.

3.2 Cirurgia estética e reparadora

Antes de adentrarmos na discussão da responsabilidade civil do médico em relação à cirurgia estética, necessário se faz distinguir a cirurgia plástica estética da cirurgia plástica reparadora, uma vez que seus conceitos são distintos e em consequência disso as obrigações também se diferem.

A cirurgia plástica estética para a maioria dos doutrinadores é conhecida como uma cirurgia simplesmente cosmética, que tem como principal alvo o embelezamento de uma parte do corpo do paciente, sendo certo que tal paciente não apresenta nenhuma patologia.

Nesse sentido, temos os dizeres da doutrinadora Teresa Ancona Lopez:

(...) ramo da medicina hoje dia em franco desenvolvimento é o que diz respeito às operações que visam melhorar a aparência externa de alguém, isto é, tem por objeto o embelezamento da pessoa humana. São operações estéticas ou cosméticas. Tais intervenções foram muito combatidas no passado e, hoje, apesar de aceitas, a responsabilidade pelos danos produzidos por ela é vista com muito maior rigor que nas operações necessárias à saúde ou à vida do doente.⁷²

⁷¹<http://www.sbcsp-sp.org.br/noticias-e-artigos/noticias/82-paciente-deve-investigar-se-cirurgiao-plastico-tem-titulo-de-especialista>. Acesso em 10.09.2013.

⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético. Responsabilidade Civil*. p 118

Observa-se, portanto, que a cirurgia estética tem por objetivo melhorar a aparência do indivíduo que se submeteu a tal procedimento. Torna-se oportuno mencionar que boa parte das pessoas que se submetem a tal cirurgia estão de certa forma, incomodadas e envergonhadas com o corpo, ou seja, a pessoa se deixa afetar com esse eventual “problema” o que pode ocasionar até mesmo um transtorno psicológico.

Nas palavras de Jurandir Sebastião

(...) se o paciente tem desvio de personalidade, dando excesso de atenção a detalhes irrelevantes de sua aparência e sofrendo com isso, o médico, como pessoa equilibrada, não pode abrir mão do bom senso e do exaustivo dever de advertência contra indicando a cirurgia, pelos riscos decorrentes. Quando desses deveres descuida, a ponto de ver o paciente apenas a oportunidade de ganhar dinheiro, deve pagar pelo mau resultado, se ocorrer.⁷³

Dessa forma, entende-se que mesmo que não seja uma cirurgia para pessoas com doenças patológicas, merece ela total atenção e principalmente informação passada pelo médico, com intuito de dar segurança ao paciente para que ele decida se realmente que passar pelo procedimento e assumir os riscos que toda cirurgia proporciona.

Assim sendo, não pairam dúvidas que a cirurgia estética visa à melhoria de algo que incomoda o paciente, diga-se sadio e que se encontra em boa saúde.

Já a cirurgia plástica reparadora, serve para corrigir uma deformidade física congênita ou traumática, que pode ocorrer no nascimento ou até mesmo no decorrer da vida da pessoa “lesada”, sendo que é considerada tão necessária quanto qualquer outro tipo de cirurgia.

Tal cirurgia tem como função a melhoria estética, entretanto, não tem como objetivo o embelezamento, uma vez que o objetivo dela é a solução de uma patologia, como exemplo podemos citar: acidentes, queimaduras, lábios leporinos, etc.

Ensina-nos Wanderby Lacerda Panosco:

(...) a cirurgia plástica reparadora representa uma obrigação de meio na relação contratual médico - paciente, ligada a um estado de necessidade ou uma condição terapêutica. O paciente não pode prescindir dos recursos

⁷³ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. p. 71

profissionais por tratar-se de conduta terapêutica, necessária na procura da técnica médica ou cirúrgica para abolir uma alteração patológica. Os enxertos reparadores da deformidade cicatricial, o lábio leporino, as fissuras palatinas congênitas ou adquiridas, as osteomias de recomposição plástica, após consolidação viciosa, a cirurgia da mão e tantos outros dados importantes da cirurgia plástica nos dão, sobremaneira, a amplidão dos seus horizontes, sedimentando o conceito, o respeito e o privilégio dos seus seguidores.⁷⁴

A cirurgia plástica reparadora nada mais é do que um procedimento que busca a reconstrução de uma patologia, onde o médico não se compromete a curar o paciente, mas sim a fazer tudo que está ao seu alcance para melhorar a aparência do paciente que está acometido com tal enfermidade.

Ante as diferenças acima expostas, podemos passar adiante e começar a verificar qual é o tipo de obrigação a ser imposta nas cirurgias plásticas estéticas, a qual estamos estudando no presente trabalho monográfico.

3.3. Obrigação de meio ou resultado?

Diversamente da maioria das especialidades médicas, o cirurgião plástico estético assume obrigação de resultado perante o seu paciente sendo, portanto, uma relação de natureza contratual de resultado e não de meio.

Nessa trilha percorre a maior parte da doutrina e jurisprudência, embora existam juristas que defendem a obrigação de meio desses médicos, conforme entendimento abaixo do doutrinador Andorno:

Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de situar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão nos levou à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, colocando também o campo da cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência. Para o jurista platino, o comportamento da pele humana, é de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos. Acrescenta que toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória. Anota, por fim, que a doutrina e as jurisprudências francesas têm se orientado nesse sentido. A nosso juízo,

⁷⁴ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 261

o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente⁷⁵.

Na mesma linha de raciocínio, temos Raul Canal, que entende que a cirurgia plástica estética deve ser obrigação de meio, uma vez que ao se submeter a uma cirurgia estética, estaria o paciente a correr os mesmos riscos que qualquer outra cirurgia proporciona.

Alega-se, em consequência, que quem contrata uma cirurgia meramente cosmetológica ou estética persegue sempre um resultado satisfatório. Consequentemente, não se pode admitir o insucesso em tais procedimentos cirúrgicos, muito menos não satisfatórios. Ora, mas quem se submete a qualquer outro tipo de cirurgia esperando um resultado nefasto? Alguém porventura, se submeteria a uma cirurgia cardiovascular, esperando morrer na mesa de operações? Alguém, por acaso, faz um transplante de fígado e se entrega aos braços de Morfeu, quando recebe a anestesia, na firme esperança de, quando reabrir os olhos, dar bom dia a São Pedro? Evidentemente que não. Todos os seres humanos, ao submeterem a qualquer procedimento médico esperam dele o melhor resultado, o resultado satisfatório.⁷⁶

O Tribunal de Justiça de Goiás compactuou com o entendimento dos autores mencionados acima, decidindo que a obrigação seria considerada de meio, uma vez que toda relação entre médico e paciente deverá ser vista dessa forma:

EMENTA: INDENIZACAO. CIRURGIA PLÁSTICA. FALTA DE PROVA. OBRIGACÃO DE MEIO. TRATANDO-SE A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE DE OBRIGACÃO DE MEIO, O QUE SERÁ ANALISADO E JULGADO E A SUA ATIVIDADE, E NÃO O RESULTADO, SENDO ASSIM, NAO CONSEGUINDO A VITIMA PROVAR QUE O PROFISSIONAL LIBERAL DILIGENCIOU DE FORMA ERRONEA E IMPRUDENTE, NAO HA QUE SE FALAR EM CONDENAÇÃO EM VERBA INDENIZATORIA, ANTE A AUSÊNCIA DE PROVA CONCRETA DO DANO. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO, A UNANIMIDADE DE VOTOS⁷⁷. (grifo nosso)

Ocorre que mesmo diante dos entendimentos supracitados, a corrente majoritária é que a obrigação assumida pelo médico ao realizar uma cirurgia plástica estética é de resultado, pois, a pessoa sadia que procura por tais serviços, acredita que o resultado será alcançado, ou seja, que a estética da parte pretendida será melhorada, trazendo a perfeição, afinal, essa é a expectativa de alguém que busca uma cirurgia estética.

⁷⁵ ANDORNO, Luis *La responsabilidad civil médica*. **Ajuris** v. 59. p. 224.

⁷⁶ CANAL, Raul. *O exercício da medicina e suas implicações legais*. Brasília. Editora Barbara Bela, 2000. p. 117

⁷⁷ TJGO – Apelação Cível nº 58115-8/188, 2ª Câmara, rel. Felton Teodoro Reis, j.19.06.2001.

Um dos doutrinados que nos ensina sobre essa corrente, que diga-se é majoritária, é Carlos Roberto Gonçalves, que tem os seguintes dizeres:

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.⁷⁸

Uma pessoa que com a saúde plena procura um médico apenas para melhorar algum aspecto físico seu, almeja sair da operação obtendo esse resultado, caso contrário, não se arriscaria a se submeter a uma intervenção cirúrgica sem a promessa de obter exatamente o que imagina. Esse paciente não deseja que o profissional aja apenas com diligência e conhecimento científico, como é exigido aos médicos os quais se submetem às obrigações de meio, ele deseja obter o resultado prometido no momento de formação do contrato e dessa maneira, trata-se de uma obrigação de resultado.

Nesse sentido, confira-se o entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. **ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido.

2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ (grifo nosso)⁷⁹.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. p. 245.

⁷⁹ AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL nº 328.110 – RS – (2013/0110013-4) Relator: Ministro Luis Felipe de Salomão. J.19.09.2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL Ação de indenização por erro médico Apelo contra sentença que julgou parcialmente procedente a demanda Cirurgia plástica Contratação do profissional demandado para a realização da correção estética nos seios falha no serviço prestado Procedimento médico mal sucedido. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. **Intervenção cirúrgica de caráter estético a ensejar obrigação de resultado e não de simples meio. Responsabilização objetiva do réu caracterizada Indenização por dano material e moral mantida** Afastado o dano estético Sentença parcialmente reformada Recurso provido em parte. (grifo nosso)⁸⁰

Ademais, para demonstrar que essa corrente é trazida por grandes nomes na nossa lista de doutrinadores, podemos citar os entendimentos da Rui Stoco e Teresa Ancona Lopez:

O que impede considerar é que o profissional na área da cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é sua atividade-fim) prevendo, inclusive, com detalhes esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou impressora, para que o cliente decida.⁸¹

(...) mesmo que considerasse a cirurgia plástica obrigação de meio, o médico que não cumpriu o que estava no contrato foi inadimplente e deverá pagar por isso, posto que ninguém vai se sujeitar a passar por uma operação e seus riscos e amolações se não for para ficar melhor. Isto é o mínimo que se espera. Ir para mesa de operação esperando que o médico seja diligente e esforçado, mas infelizmente se este não conseguir o resultado pretendido, não convence ninguém.⁸²

Os entendimentos de Rui e Teresa estão amparados pela maior parte da jurisprudência, bem como pelos doutrinadores, uma vez que eles entendem que a obrigação do médico cirurgião plástico estético é de resultado em decorrência da atividade fim que tal cirurgia deverá proporcionar, visto que conforme amplamente mencionado no presente trabalho, a pessoa se submete a esse procedimento, buscando a perfeição estética. Afinal, ela não se submeteria a essa cirurgia se não estivesse almejando uma grande melhora em seu corpo, pois, ela não está acometida de nenhuma doença.

A expectativa do paciente ao se submeter a tal procedimento cirúrgico deve ser atendida, claro que se a expectativa for algo impossível de ser atingida o médico não será responsabilizado, tudo deverá ser analisado buscando a razoabilidade do caso, ou seja, o

⁸⁰ TJSP – Apelação Cível nº 0039329-88.2010.8.26.0577º 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Luiz Ambra, j.21.08.2013.

⁸¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 436

⁸² LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético. Responsabilidade civil*. p. 93.

médico deverá ser compelido a arcar com os danos quando piora a situação do paciente o deixando ainda mais insatisfeito com o seu corpo.

Importante notar que o cirurgião plástico pode se favorecer da superveniência de causas imprevisíveis e imponderáveis as quais não poderia conhecer e que acabaram por frustrar o resultado prometido, ou seja:

há casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou em outros pacientes com absoluto sucesso, não obtém o resultado esperado. Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente da responsabilidade.⁸³

Ademais, existem casos em que o médico estará diante de uma obrigação de meio e de resultado, visto que a cirurgia pode ser realizada de forma mista (estética e reparadora). Dessa forma, o médico deverá ser responsabilizado de forma fracionada, respondendo pela obrigação de meio com relação à cirurgia reparadora e pela obrigação de resultado no que tange a cirurgia estética, visto que assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. **CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA.** RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.

2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética.

3. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora - a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 4. Recurso especial provido.⁸⁴ (grifo nosso)

Diante das explanações acima, é evidente que a cirurgia plástica estética é demasiadamente complicada e merece toda atenção, sendo certo que se o médico não atingir o

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, p. 247.

⁸⁴ REsp 1.097.955/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j.27/9/2011.

resultado esperado pelo paciente, será demandado judicialmente a arcar com todos os danos suportados, sendo eles: matérias, morais e estéticos.

3.4 Cumulação do dano moral e dano estético

Há alguns anos atrás muito se discutia se era possível a cumulação do dano moral com o dano estético, visto que muitos autores entendiam que eles eram sinônimos. Entretanto, a jurisprudência e a doutrina se firmaram com entendimentos diversificados, trazendo as suas diferenças, bem como a possibilidade de sua cumulação.

Nas palavras de Néri Tadeu Câmara Souza o dano estético é:

(...) aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de autoestima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo, denigre a imagem que tem de si. Por isso não precisa estar exposto, ser externo, nem ser de grande monta para que se caracterize a seqüela física como dano estético⁸⁵.

No mesmo sentido, temos os ensinamentos da doutrinadora Teresa Ancona Lopez:

(...) No caso do dano estético, ficando comprometida a aparência, também ficara a imagem social da pessoa lesada ou o modo com que os outros a veem, o que a faz se sentir bem ou não (...).⁸⁶

Observa-se, portanto, que o dano estético refere-se à lesão da beleza física da pessoa, fazendo com que o mesmo sofra com a sua atual imagem. Esse sofrimento pode prejudicar demasiadamente a pessoa lesada, uma vez que ela poderá contrair diversos problemas psicológicos. Afinal, vivemos em uma época onde se busca a beleza perfeita, sendo certo que qualquer alteração indesejada em seu corpo pode acarretar um total desgosto e sofrimento, conforme amplamente mencionado acima.

Já o dano moral é algo que atinge a pessoa lesada sem especificamente atingir o seu patrimônio, os direitos lesados, são os descritos na nossa Carta Magna, ou seja, aqueles ligados a honra, dignidade humana, imagem e etc.

85 SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. Campinas/SP, Editora: Servanda, 2003. p. 79

⁸⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético. Responsabilidade civil*. p. 30

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação⁸⁷.

Ante as diferenças acima citadas, temos que é possível cumular o dano moral com o dano estético, sendo que encontramos a possibilidade para sua cumulação no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal.

Ademais, as Súmulas 37 e 387 do Superior Tribunal de Justiça prevê a possibilidade de cumulação entre dano material e dano estético decorridos do mesmo fato: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” e “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Não obstante, também temos o entendimento da Quarta Turma do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSOS ESPECIAIS. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. PRIMEIRO RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418 DO STJ. SEGUNDO RECURSO. **CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE.** SÚMULA 284 DO STF. **SÚMULA 387 DO STJ.** RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELOS ATOS DE SUA EQUIPE MÉDICA.

1. Nos termos da Súmula 418 do STJ, "é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

2. Inviável o recurso especial cujas razões não apontam ofensa a dispositivo de lei federal específico ou dissídio nos moldes legais e regimentais (Súmula 284/STF).

3. Consoante entendimento sedimentado no verbete 387 do STJ, "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."

4. A natureza da responsabilidade das instituições hospitalares por erros médicos deve ser examinada à luz da natureza do vínculo existente entre as referidas instituições e os profissionais a que se imputa o ato danoso.

5. Responde o hospital pelo ato culposo praticado por profissional de sua equipe médica, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. p. 359.

6. Recurso especial de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não conhecido e recurso especial de Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro não provido. (grifo nosso)⁸⁸

Assim, ao receber as duas indenizações a pessoa lesada estará sendo indenizada pelo dano estético em razão da grave deformação ocorrida, bem como pela tristeza e sofrimento que irão acompanhá-la em decorrência do dano sofrido, ou seja, o dano moral.

Apenas para finalizar, torna-se oportuno mencionar que a cumulação entre o dano estético e o dano moral só devem acontecer em situações graves, onde a deformação acarrete vergonha e rejeição à pessoa lesada.

⁸⁸ REsp 774963/RJ - RECURSO ESPECIAL 2005/0137527-1 – Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma. j. 06.12.2012

CONCLUSÃO

O estudo da presente monografia nos trouxe a certeza de que o Brasil é um dos países onde ocorre o maior número de cirurgias plásticas estéticas, sendo crível o alto desenvolvimento das técnicas para a realização de tal processo cirúrgico.

Conforme amplamente mencionado no decorrer do estudo, a cirurgia plástica é realizada em pessoa sadia que visa apenas melhorar a aparência física, sendo certo que não está acometida de nenhuma doença. Dessa forma, quando o resultado não é atingido, o paciente se vê extremamente prejudicado e busca de alguma forma ver o seu dano reparado.

Ocorre que, várias são as pessoas insatisfeitas com o resultado, e que buscam ver o seu dano ressarcido, compelindo o médico a arcar com o dano causado. Aí é que começam as discussões, uma vez que a regra é que o médico responda subjetivamente pelo dano causado, bem como que as obrigações sejam de meio frente ao paciente.

Contudo, a cirurgia plástica estética é considerada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência majoritária como obrigação de resultado, ou seja, uma exceção, vez que para que haja a responsabilização do médico é necessário apenas a demonstração do nexo causal e do dano sofrido pelo paciente, dispensando o requisito culpa do médico, pois, esta será presumida.

Ademais, não podemos deixar de mencionar que para evitar qualquer dano ao paciente o médico tem como obrigação o dever de agir com prudência, negligencia e perícia, deixando claro ao paciente os riscos da cirurgia que ele está se submetendo. Assim, o paciente terá a possibilidade de escolher os métodos em conjunto com o médico, pois, a informação faz toda a diferença com relação aos resultados esperados pelo paciente. Afinal, o paciente pode imaginar uma coisa e o médico pode esclarecer que isso não será possível, evitando, portanto, uma possível demanda judicial por insatisfação do paciente.

Verificamos também que o médico poderá ressarcir o paciente pelos danos morais e estéticos cometidos, pois, a possibilidade de cumulação dos danos é possível perante a nossa legislação, sendo que a cumulação só será possível em casos graves, onde as deformações e

desfigurações deixadas pelo médico importem em vergonha e problemas psicológicos ao paciente.

Por fim, concluímos com a presente monografia, que o paciente ao se submeter a esses atos cirúrgicos, espera que o médico o informe corretamente e haja conforme seus deveres, ou seja, que haja com extrema diligência, empregando todos os esforços necessários para atingir o resultado esperado. Afinal, nenhum paciente se submete a uma cirurgia buscando ser ressarcido por danos morais e estéticos, o que a pessoa quer é apenas melhorar o seu aspecto físico, uma vez que se sente incomodado e envergonhado com o eventual “problema” encontrado em seu corpo.

Isto posto, conclui-se que a forma mais adequada de evitar uma demanda judicial relacionada a erro médico por cirurgia plástica estética é a informação, bem como o zelo do profissional, que deverá cuidar de seu paciente com total diligência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José. *Da Responsabilidade Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDORNO, Luis *La responsabilidad civil médica*. **AJURIS**
- BUERES, Alberto J. *Responsabilidade Civil de Los Médicos*. Buenos Aires: Ed. Ábaco. 1979.
- CANAL, Raul, *O exercício da medicina e suas implicações legais*. Brasília. Editora: Barbara Bela, 2000.
- CHAMARD, Georges Boyer; e MONZEIN, Paul. *La Responsabilité Médicale Presses Universitaires*, 1974
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol 7. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GALÁN, Cortés. *Responsabilidad Médica Y Consentimiento Informado*. Madri: Vivitas, 2001.
- GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético: Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PANASCO, Wanderby Lacerda. *A reponsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SAVATIER, René. *Traité de La Responsabilité Civile em Droit Français*. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo II.

SEBASTIAO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil Criminal e Ética*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. Campinas/SP, Editora: LZN, 2003

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.