

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Débora Fernanda Rossato

Presidente Prudente/SP
2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Débora Fernanda Rossato

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP
2013

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Gilberto Notário Ligerio
Orientador

Guilherme Prado Bohac Haro
Examinador

Fernando Descio Telles
Examinador

Presidente Prudente/SP, 08 de novembro de 2013

"Desistir... eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que o cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça."

Cora Coralina

Dedico este trabalho à minha família por sempre estarem ao meu lado ao meu namorado, aos avós (já falecidos), tios, tias, primos, todos familiares e amigos, que sempre me apoiaram.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida, por ter me dado forças e sabedoria na elaboração do presente trabalho, e por sempre iluminar meus caminhos em todos os momentos difíceis que passei.

Agradeço a minha família, principalmente aos meus pais, Aginaldo e Laura, que tanto me ajudaram, pelas inúmeras horas de apoio, dedicação e paciência, bem como pelas grandes oportunidades que me proporcionaram o que me fez alcançar tão honroso título.

Ao meu irmão, Lucas, pelo carinho e compreensão durante a feitura deste.

Ao meu fiel amigo e namorado Lucas, por sempre me apoiar e por todo amor dado a mim nestes últimos anos.

Ao meu orientador, Professor Gilberto Notário Liger, pelo auxílio prestado para a melhor realização deste trabalho.

E, finalmente, aos membros da banca examinadora: Professor Guilherme Prado Bohac Haro, por ter aceitado o convite para a apresentação deste trabalho, bem como ao Doutor Fernando Descio Telles, a quem só tenho a agradecer, por me fazer crescer diariamente, tanto profissionalmente, quanto como pessoa.

RESUMO

O presente trabalho destina-se ao estudo da responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos, no que se refere à cirurgia plástica, tanto reparadora quanto propriamente estética. Para se chegar ao tema principal do trabalho, ao longo do estudo discutiu-se a teoria geral da responsabilidade civil, chegando à conclusão de que, para que o profissional da medicina seja responsabilizado, em regra, devem estar presentes os seguintes pressupostos: conduta (ação ou omissão), dano, nexo causal e culpa strictu sensu. Posteriormente, analisou-se se a relação médico-paciente tem natureza contratual ou extracontratual. Além disso, discutiu-se se em casos de responsabilidade do médico, a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva, e quanto ao fim, isto é, se a obrigação do médico é de meios ou de resultado. Estudou-se ainda, a relação de consumo na prestação de serviço médico à luz do Código de Defesa do Consumidor. As excludentes de responsabilidade médica. Foi especificada os tipos de erro médico que podem ocorrer, sendo: erro de diagnóstico e erro de tratamento, bem como todas as modalidades da culpa em stricto sensu: negligência, imprudência e imperícia. Ademais, foi especificado a responsabilidade médica em relação a cirurgia plástica estética e reparadora, identificando as principais diferenças entre ambas, bem como a obrigação do médico em cada uma delas. E por fim, foi apresentado todos os danos que uma cirurgia plástica mal sucedida pode ocasionar à vítima, sendo: dano material, moral e estético e os critérios usados pelos magistrados na fixação quantum indenizatório em cada espécie de dano.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica. Cirurgião Plástico. Cirurgia Estética e Reparadora. Erro. Obrigação. Dano. Quantum indenizatório

ABSTRACT

The present project is designed the civil liability of Plastic Surgeons, with regard to plastic surgery, both repairs as aesthetic properly. To get to the main theme of the project, throughout the study had been discussed the general theory of civil liability, concluding that, for the medical professional be responsible, as a rule, must be present the following assumptions: conduct (action or omission), damage, causation and guilt in the strict sense. Subsequently been analyzed whether the doctor-patient relationship is contractual or extra-contractual. Beyond that, it was discussed if in cases of civil liability of medic, the liability would be objective or subjective, and as the end, that is, the obligation of the medic is the means or results. We studied also the relationship of consumption in the provision of medical services in the light of the Consumer Code; the exclusionary medical liability. Were specified types of medical errors that can happen, being: misdiagnosis, error treatment, well as all forms of guilt in the strict sense: negligence, carelessness and malpractice. Moreover it was specified medical liability in relation aesthetic plastic surgery and reconstructive, identifying key differences between them as well as the obligation of the physician in each of them. Finally, it was shown all damage that unsuccessful plastic surgery can lead to the victim, being: material damages, moral and aesthetic; and the criteria used by judges in determining quantum indemnification every kind of damage.

Keywords: Medical Liability. Plastic Surgeon. Aesthetic and Reconstructive Surgery. Error. Obligation. Damage. Quantum indemnity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 Breves Considerações Históricas sobre a Responsabilidade Civil.....	13
2.2 Conceito de Responsabilidade Civil	14
2.3 A Responsabilidade Civil como uma Problemática Jurídica.....	15
2.4 Espécies de Responsabilidade Civil:.....	16
2.4.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual (aquiliana)	16
2.4.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	18
2.5 Pressupostos da Responsabilidade Civil	19
2.5.1 Conduta do agente: ação ou omissão do agente	20
2.5.2 Nexo de causalidade	22
2.5.3 Dano.....	24
2.5.4 Culpa	28
3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	30
3.1 Evolução da Responsabilidade Civil Médica.....	30
3.1.1 Roma.....	31
3.1.2 Egito	33
3.1.3 Grécia.....	33
3.1.4 França	34
3.2 Breves Considerações sobre a Atividade Profissional	35
3.3 Conceito de Responsabilidade Civil Médica.....	36
3.4 Natureza da Responsabilidade Médica.....	37
3.5 Das Obrigações do Médico: Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado ...	38
3.5.1 Obrigações de meio.....	38
3.5.2 Obrigações de resultado	39
3.6 Responsabilidade Subjetiva ou Objetiva: Verificando a Culpa.....	40
3.7 O Código de Defesa do Consumidor e a Relação de Consumo na prestação de Serviço Médico	42
4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE MÉDICA	45
4.1 Fato de Terceiro	45
4.2 Culpa Exclusiva da Vítima.....	46

4.3 Caso Fortuito e Força Maior.....	47
4.4 Cláusula de não Indenizar.....	48
4.5 Iatrogenia	50
4.6 Erro Escusável	51
4.7 Intercorrência Médica.....	52
5 ERRO MÉDICO E CULPA MÉDICA.....	54
5.1 Erro Médico	54
5.1.1 Erro de diagnóstico	55
5.1.2 Erro de tratamento	57
5.2 Culpa Médica (Stricto Sensu).....	57
5.2.1 Negligência.....	60
5.2.2 Imprudência.....	62
5.2.3 Imperícia.....	64
6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO	67
6.1 Breves Considerações Sobre a Cirurgia Plástica.....	67
6.2 Dever de informação do Médico e Consentimento do Paciente.....	67
6.3 Cirurgia Plástica	69
6.3.1 Cirurgia plástica reparadora	69
6.3.2 Cirurgia plástica estética	71
6.4 Reparação de Danos e Quantum Indenizatório	76
6.4.1 Dano médico	76
6.4.2 Dano material.....	77
6.4.3 Dano moral.....	79
6.4.4 Dano estético	82
7 CONCLUSÃO	87
BIBLIOGRAFIA	89

1 INTRODUÇÃO

O tema responsabilidade civil é extremamente crescente e complexo na sociedade, e nesta grande expansão do tema, o direito brasileiro não deixou de responsabilizar nenhum tipo de profissão. O grande destaque é em relação aos profissionais liberais, onde optou-se por falar especialmente sobre responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos, por ser matéria atual, de extrema importância e de grande discussão nos dias atuais.

A pesquisa foi realizada com base em doutrinas e jurisprudências, bem como em notícias atuais acerca do presente tema.

Como sabe-se, a busca por cirurgias plásticas vem sendo cada vez mais crescente em todo o mundo. As mulheres e os homens se preocupam cada vez mais com sua forma física, isto é, a busca pelo corpo ideal.

Nesta corrida obcecada pela beleza física, é normal que acabe aumentando o número de cirurgias plásticas mal sucedidas, o que faz com que os pacientes busquem uma reparação pelo dano sofrido junto ao Poder Judiciário.

No entanto, para responsabilizar ou não o médico cirurgião deve-se verificar o tipo de cirurgia realizada no paciente: reparadora ou estética.

Em relação a cirurgia reparadora não existem grandes polêmicas, pois entende-se ser ela uma obrigação de meios. Assim, se ficar comprovado que - por ação ou omissão do profissional - houve dano ao paciente, e restar comprovado que esse profissional agiu culposamente, seja de forma negligente, imprudente ou imperita, terá o dever de indenizar a vítima ou sua família.

O problema ocorre em relação à cirurgia estética onde existem alguns posicionamentos que entendem ser a mesma, assim como a reparadora, uma obrigação de meio de não de resultados, pelo motivo dessa controvérsia optou-se em defender o presente tema.

Portanto, o objetivo do presente estudo é esclarecer se o fim da cirurgia estética é de meios ou de resultado, bem como de analisar as espécies de danos (dano material, dano moral e dano estético) que uma cirurgia plástica mal

sucedida pode ocasionar à uma pessoa (paciente), ponderando se é possível a cumulação desses danos, já que o assunto é diversificado na doutrina, bem como o que os magistrados levam em consideração para aplicar o valor da indenização, isto é, o quantum indenizatório em cada modalidade de dano.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Breves Considerações Históricas Sobre a Responsabilidade Civil

É certo que o conceito de responsabilidade civil sempre existiu, ou seja, a ideia de que é obrigação do sujeito reparar o dano que causou sempre prevaleceu, desde a época dos primórdios, o que se mudou ao longo do tempo e da história foi a forma que este dano era reparado, sofrendo assim, enorme evolução.

Por esse fato, trata-se a responsabilidade civil de matéria dinâmica e em constante modificação, e por isso existem inúmeras teses jurídicas, afim de não deixar a mercê o direito de reparação para aquele que foi vítima ou sofreu um prejuízo. Falamos assim, das principais teses ao longo da evolução de tal instituto.

No início dos tempos, tratando-se de forma bem rudimentar, mas aceitável, era a vingança coletiva, onde o grupo que sofresse dano injusto se uniam para se vingar do agente ofensor que havia-lhes causado determinado prejuízo. Era uma reação natural do ser humano, não se premeditava ainda a culpa na conduta do sujeito que causou um dano ou prejuízo. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.52)

A responsabilidade civil teve suas origens e teses calcadas no Direito Romano, tal tese se baseia na ideia da vingança pessoal, ou seja, penaliza aquele que causou dano, da mesma forma com que agiu na sua conduta, era a chamada Lei de Talião, que traz a máxima do “olho por olho, dente por dente”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.52)

Com a evolução, a aplicação da vingança pessoal (justiça com as próprias mãos), tornou-se proibida, passou a ser regulamentada pelo poder público, onde este em determinados casos poderia permiti-la ou proibi-la.

Posteriormente, surge a ideia de composição tarifada, onde a reparação do dano causado pelo agente ofensor se dá através da pecúnia, ou seja, a previsão de uma tarificação (valor), estabelecido para cada tipo de dano que o sujeito infringisse. Ou seja, na própria Lei das XII Tábuas alguns artigos específicos previam o quantum da indenização. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.53)

No entanto, o instituto que trouxe mais inovações para a responsabilidade civil foi a “Lex Aquilia”, tanto por ter trazido o elemento subjetivo “culpa” para dentro do instituto, como por ter possibilitado o surgimento da responsabilidade extracontratual.

Como prevê Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 53):

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade extracontratual.

Mas somente no direito Francês é que foi aperfeiçoado o instituto da culpa, pois apenas esse analisava a vontade do ser humano na prática de um dano. A partir de então, a responsabilidade fundada na ideia de culpa foi regulamentada, sendo prevista até hoje em diversas legislações do mundo. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.54)

2.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Trata-se de responsabilidade civil quando o sujeito tem o dever jurídico de reparar um dano sofrido por outrem, pois foi ele o causador direto ou indireto de tal prejuízo, ou seja, é tentar voltar ao estado “quo ante” através da reparação. Esse dano causado a um terceiro partiu da conduta de um sujeito (agindo esse por meio da ação ou omissão).

Pode também haver a responsabilização de dano advindo pelo fato de terceiros, pelo fato da coisa e pelo fato do animal, sendo nesses casos, um causador indireto do dano.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 43):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato. A atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Nas lições de Maria Helena Diniz (2011, p. 50):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Assim, conforme posto, não há dúvidas que a responsabilidade civil faz gerar um dano a um terceiro e que este dano deverá ser reparado. O dano pode ser em relação aos direitos de personalidade, como: integridade física, a honra ou até mesmo contra bens materiais. A reparação desse dano é feita por meio de indenização (seja por um dano material ou por um dano moral causado à vítima), que é na maioria das vezes pela pena pecuniária.

2.3 A Responsabilidade Civil como uma Problemática Jurídica

A responsabilidade civil é um dos temas mais intensos e complexos da atualidade jurídica. Diariamente surgem problemas e desafios em face da responsabilidade civil, qualquer tipo lesão, avaria ou perda sofrida pelo homem, desencadeará um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, sendo, portanto, imprescindível a criação de soluções e remédios para que tais danos possam ser sanados.

O grande problema é que as soluções para os danos sofridos nem sempre se apresentam facilmente, no entanto, a ciência do direito não admite que aquele que sofreu dano, fique sem reparação ou indenização, pois estaria contrariando o grande sentido da responsabilidade civil, que nada mais se trata da aplicação da justiça.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 20):

Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social[...]

Tal posicionamento demonstra o ilimitado campo da responsabilidade civil. No entanto, esses direitos devem ser reparados, pois nos dias de hoje a justiça está muito mais facilitada e não há mais dúvidas quanto a reivindicações de direitos e deveres.

Assim, em busca da mais lúdima justiça, tem-se como remédio de responsabilidade civil, mesmo sendo um dos temas mais palpitantes da atualidade, é através dela que se busca a reparação do dano, tentando restaurar o estado que antes, ou seja, tentando indenizar ou ressarcir aquele que suportou um prejuízo.

2.4 Espécies de Responsabilidade Civil:

A doutrina classifica a responsabilidade civil levando em conta dois critérios. No primeiro critério, é classificada em razão da culpa, dividindo-se em responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Em relação ao segundo critério, leva-se em conta a natureza jurídica da norma infringida, podendo ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual (aquiliana).

2.4.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual (aquiliana)

Essa classificação é de acordo com a natureza do dever jurídico transgredido pelo causador do dano. Podendo ser contratual ou extracontratual.

Trata-se de Responsabilidade Contratual, quando já se tem convencionado entre as partes um contrato que as vinculam, configurando-se um dano para um dos contratantes, em razão do inadimplemento do contrato pactuado.

Em suma, quer dizer que o dever violado advém de um contrato ou de um negócio jurídico unilateral. Se dois contratantes celebram um contrato, nessa celebração eles têm ampla liberdade em escolher com quem deseja contratar, em escolher o conteúdo que versará o mesmo, bem como nas cláusulas contratuais que melhor lhes favorecerem.

No entanto, mesmo com essa liberalidade, tornam-se responsáveis em cumprir as obrigações que convencionaram. Tal responsabilidade está calcada nos artigos 389 e seguintes do CC, bem como no Art. 395 e seguintes do CC.

Entende César Fiuza (2011, p. 331), em relação à responsabilidade por atos unilaterais de vontade:

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem. Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a quem lhe restitui os documentos perdidos, só será efetivamente responsável, se e quando alguém encontrar e restituir documentos, ou seja, depois da bilaterização da promessa

Em contrapartida, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, tem como fonte deveres que devem ser obedecidos, tais deveres são calcados na lei ou no ordenamento jurídico.

Assim, o dever jurídico violado não foi inadimplido por descumprimento de contrato, neste caso não existe qualquer relação jurídica entre lesante e lesionado, mas sim da violação de uma norma legal, sendo exemplo clássico o caso do sujeito que bate em um carro. Encontra-se disciplinado nos artigos seguintes do Código Civil brasileiro.

Existem algumas diferenças básicas nessas duas formas de responsabilização, existem assim três elementos que podem ser citados: 1) A necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionante e lesionado; 2) O ônus da prova quanto a culpa; 3) A diferença quanto a capacidade.

Para que se possa enxergar a responsabilidade contratual é necessário que os contratantes já tivessem uma aproximação e se vinculado por meio de um contrato, sendo a culpa contratual a transgressão de um dever de adimplir o que fora estabelecido no contrato, que trata-se do objeto do negócio jurídico. Já na culpa aquiliana, há a violação de um dever negativo, ou seja, um dever de não causar dano a outrem.

Justamente, por esses motivos, O elemento culpa, na responsabilidade aquiliana, deverá ser sempre provado pela vítima, em contrapartida na responsabilidade contratual, em regra, será presumida.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona filho (2011, p.60):

A responsabilidade contratual, em regra será presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar que a obrigação não foi cumprida, restando para do devedor o ônus probandi de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Cabe ainda mencionar que, na prática, ambas as responsabilidades (contratual ou extracontratual) dão causa à mesma consequência jurídica, qual seja,

a obrigação de reparar o dano. Desta forma, o sujeito que violar um dever jurídico, existindo ou não negócio jurídico, e vir a causar dano a outrem, não resta dúvidas que deverá repará-lo.

2.4.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Traz-se como denominação de responsabilidade civil subjetiva aquela que decorre de conduta culposa lato sensu, que abarca dano causado por ato doloso ou culposos (culpa stricto sensu). A culpa stricto sensu é observada quando o sujeito que causou o dano o praticou com negligência ou imprudência, conforme traz a primeira parte do art. 186 do Código Civil de 2002:

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

Já o elemento dolo é a vontade do agente conscientemente apontada à produção do resultado ilícito.

Até certo ponto da história, a responsabilidade civil subjetiva foi suficiente para solução dos conflitos, no entanto, com o passar do tempo e conforme o mundo foi se evoluindo a doutrina e a jurisprudência percebeu que esse tipo de responsabilidade não seria suficiente para adimplir todos os problemas de responsabilidade civil viventes, fazendo nascer a responsabilidade civil objetiva.

Um dos principais motivos para o seu surgimento se deu por conta da evolução da sociedade industrial e os riscos e danos causados aos trabalhadores.

Sobre o assunto, menciona Rui Stoco (2007, p.157):

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.

Desta forma, surge a responsabilidade civil objetiva, que dispensa o elemento culpa. Sendo alicerçado na teoria do risco, ou seja, no risco da atividade exercida pelo agente.

É mister dizer que para tal espécie de responsabilidade o dolo ou a culpa na conduta do sujeito que causa o dano, será irrelevante juridicamente, “haja vista que somente é necessário o elo de causalidade entre o dano e a conduta do sujeito, para que assim surja o dever de indenizar”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.56-57)

É notório que embora o código civil de 1916 fosse subjetivista, o código civil de 2002, embora não tenha abandonado a teoria subjetivista, ele foi se ajustando a evolução da responsabilidade, inovando a responsabilidade objetiva no Código civil de 2002, no parágrafo único do Art. 927, estabelecendo o seguinte:

Art.927 Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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.

Para completar o raciocínio, é imperioso o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entendendo que: (2011, p. 57 e 58):

A nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.

Verifica-se, assim, após as citações legais e doutrinárias, que há no sistema jurídico brasileiro que é possível estabelecer harmônica entre as duas modalidades de responsabilidade civil.

2.5 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que nasça o dever de indenizar, é imprescindível a existência de determinados pressupostos. Na falta de qualquer deles, não há de se falar em responsabilidade civil, sendo determinante a ocorrência de todos.

Entretanto, existe enorme imprecisão doutrinária acerca desses elementos, ou seja, são desiguais as ideias dos juristas sobre a nomenclatura dada aos elementos configuradores da responsabilidade civil.

Mas, é certo que: a conduta, o dano, nexo de causalidade e a culpa são elementos da responsabilidade civil, e assim, discorreremos sobre cada um deles.

2.5.1 Conduta do agente: ação ou omissão do agente

Trata-se do elemento primário da responsabilidade civil. A conduta, nada mais é do que o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através da ação ou omissão do sujeito, ocasionando assim, consequências jurídicas.

Maria Helena Diniz traz a seguinte definição (2011, p.56):

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

A voluntariedade, que é núcleo fundamental para a noção de conduta humana, pois sem esse elemento não daria para falar em ação humana ou em responsabilização de alguém, assim trata-se da “liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 69)

Para que possa ser caracterizada a responsabilidade, a conduta do sujeito deve ser contrária ao direito, mostrando-se assim, como um ato ilícito. Se a responsabilidade decorrer de ato ilícito, baseia-se na ideia de culpa, no entanto, se decorrer de ato lícito, ou seja, responsabilidade sem culpa baseia-se no risco, que vem se destacando na atualidade, pelo fato da carência da culpa em solucionar todos os tipos de danos. (DINIZ, 2011, p.56)

O comportamento do agente pode se dar através da comissão (conduta humana positiva) ou de uma omissão (conduta humana negativa). Que são: Responsabilidade civil direta.

A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, isso se traduz por um comportamento ativo. Que é muito mais fácil e simples de se constatar, pois ela se exterioriza (transparece) para o mundo externo.

Em contrapartida, a omissão, vem a ser, a inobservância de um dever de agir ou da não configuração de certo ato que deveria realizar-se, é o deixar de

fazer quando tinha o dever jurídico para tanto, sendo bem mais difícil de ser constatada. Acontecem com mais frequência nos casos em que há uma determinação legal ou profissional, e o sujeito se omitiu, e em razão de não ter feito, causou um dano.

Por fim, cabe destacar, que além do código civil disciplinar a responsabilidade civil por ato próprio (ou responsabilidade direta), prevê também algumas hipóteses de responsabilidade civil indiretas, que são os casos de responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa, baseada apenas na teoria do risco, sejam elas: a) Responsabilidade por ato de terceiro; b) Responsabilidade pelo fato da coisa; c) Responsabilidade civil por animal.

O artigo 927 do código civil em seu parágrafo único, prevê a responsabilidade objetiva:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.

Nesses casos, são situações em o responsabilizado mesmo não sendo o autor do fato, mas ao ditame da lei, responderá pelo dano ocorrido, ou seja, o agente que causou o dano será o responsável direto, no entanto a pessoa que sofreu o dano ou o prejuízo, poderá ser ressarcido por ambos: agente direto (quem causou o dano) ou responsável indireto (que é responsável pessoa ou tinha o dever de cuidado com a coisa/animal).

A responsabilidade indireta por ato de terceiro, é prevista no artigo 932 do código civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

A responsabilidade indireta pelo fato da coisa, é prevista nos artigos 937 e 938, ambos do código civil:

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

A responsabilidade indireta pelo fato do animal, é prevista no artigo 936 do código civil:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

2.5.2 Nexo de causalidade

O Nexo de causalidade trata-se do liame que liga a conduta do agente (seja por meio de ação ou omissão) ao dano que este veio causar a outrem. Para que seja configurada a responsabilidade civil do sujeito, não basta apenas que este tenha praticado uma conduta ilícita ou que a vítima tenha vindo a sofrer um dano. É indispensável que haja uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano ocorrido, ou seja, o dano deve ter sido causado pela conduta ilícita do agente. Deve haver uma ponte (ligação) entre eles para se falar em responsabilidade.

No mesmo sentido, entende Maria Helena Diniz: (2011, p.127)

Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultar da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. Será necessária a inexistência de causa excludente de responsabilidade, como p. ex., por culpa exclusiva da vítima; por culpa concorrente da vítima, caso em que a indenização é devida por metade ou diminuída proporcionalmente; por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou caso fortuito, cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade ante a sua inevitabilidade.

Por esses motivos, o nexos causal é elemento essencial para qualquer tipo de responsabilidade, diferentemente do que ocorre com a culpa, pois na responsabilidade objetiva ela é dispensável.

Ao longo do tempo, surgiram algumas teorias para tentar explicar o nexo de causalidade: 1) Teoria da Causalidade adequada; 2) Teoria da causalidade direta e imediata; 3) Teoria da equivalência das condições.

A maior parte da doutrina brasileira, assim, podemos citar: Carlos Roberto Gonçalves, bem como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, são adeptos da Teoria da causalidade direta e imediata.

Os seguidores de tal teoria, se amparam nos dizeres do artigo 403 do Código civil brasileiro:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Essa teoria traz a ideia de que, “causa seria apenas o antecedente fático que ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 132).

Assim, para ligarmos a conduta ilícita com o elemento dano, todas as causas indiretas ou remotas serão automaticamente excluídas, só irá interessar as causas próximas ou imediatas.

Depois de visualizar a causa direta, tem-se ainda que verificar a causa adequada. Ou seja, além da causa ser direta, ela ainda deve ser adequada. Causa adequada no sentido de ser capaz de produzir o resultado danoso. Portanto, essa teoria não leva ao dano reflexo ou ricochete, que seria uma responsabilização interminável (como ocorre com a Teoria da equivalência das condições).

Ao entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.351): “Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.”

Posto isso, não há dúvidas que só haverá responsabilização quando o nexo causal fizer a ligação entre a conduta direta ou indireta do agente que lesionou a vítima. E que para isso, usa-se a Teoria da Causa direta e imediata, que é adotada pela maior parte da doutrina brasileira.

2.5.3 Dano

Trata-se hoje, do principal elemento da responsabilidade civil. Se tal elemento não existisse, seria impossível falar em indenização ou ressarcimento. Ou seja, se não tiver dano, não há responsabilidade civil. O dano deve existir, não podendo nunca ser hipotético ou especulativo.

O dano é qualquer afetação à nossa esfera de interesses patrimoniais ou não patrimoniais. Quando é causado à vítima, um prejuízo de ordem patrimonial tem-se o ressarcimento por meio do dano patrimonial, no entanto quando se trata de um prejuízo de ordem psíquica, tem-se o ressarcimento representado pelo dano moral.

Para que haja a reparação do dano, é necessária a existência do nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a conduta do agente ofensor.

Conforme os ensinamentos de Sergio Cavalieri (2008, p.71):

O Ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta, será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil, indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 80):

O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sobre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral

Conforme supracitado, ficou evidente que o dano é dividido em dois grandes grupos, denominados de: 1) Danos patrimoniais ; 2) Danos extrapatrimoniais.

Danos Patrimoniais

O Dano patrimonial ou material é aquele que causa a ruína ou diminuição de um bem que tenha valor econômico, assim ele tem caráter puramente

pecuniário. O benefício do dano patrimonial é que este é mais fácil de constatar e de se mensurar, já que segue uma lógica de cunho matemático (por ter caráter pecuniário).

Dentro desse dano, tem-se a classificação entre emergentes e lucros cessantes, definição essa prevista no artigo 402 do código civil:

Art. 402. 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

Assim, trata-se de dano emergente aquilo que efetivamente foi perdido pela consequência do ato ilícito. Deve-se analisar o patrimônio que existia antes e ver o patrimônio após o evento danoso, a diferença encontrada são os danos emergentes.

Os lucros cessantes, por seu turno, são aqueles em que o sujeito deixou de ganhar por conta do ato ilícito, ou seja, deixou de ter alguns rendimentos, em razão da lesão sofrida.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.361):

As perdas e danos compreendem, pois, o dano emergente e o lucro cessante. Devem cobrir todo o dano material experimentado pela vítima. Dano emergente é o efetivo prejuízo. É por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro Cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado.

Cabe ainda destacar, que em face do ato ilícito, podem ocorrer danos contra a pessoa: morte, lesão e até mesmo crimes contra a honra e liberdade.

Prevê o art. 948 do código civil, se do dano resultar a morte da vítima:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Assim, ocorrendo a morte da vítima, o causador do dano deverá indenizar arcando com: despesas médicas e hospitalares se houver, despesas de enterro e do luto da família, bem como prestar alimentos as pessoa que a vítima que

faleceu os devia (filhos e esposa ou companheira), se a vítima era pessoa casada ou vivia em união estável, bem como aos pais, se a vítima era solteira e sem filhos.

Prevê o art. 949 e 950, ambos do código civil, se do dano resultar lesão a vítima:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Nesse caso, o causador do dano deverá quitar as despesas do tratamento até o fim da convalescença, ou seja, até que a vítima esteja recuperada. A recuperação significa o final do estágio da medicina, é tudo que poderia ser feito para estabilizar a situação da vítima. Deverá arcar também com lucros cessantes, que vem a ser o que a vítima deixou de ganhar por se encontrar lesionada.

Se a vítima, em face do dano sofrido, ficar inapta total ou parcialmente para o trabalho que exercia, ou seja, se houver uma redução da capacidade laborativa, o agente ofensor também será responsável por isso, arcando com o valor do salário que aquela ganhava e agora encontra-se inabilitada para tal atividade.

Quanto aos crimes contra a honra e liberdade, destacam os artigos 953 e 954 do Código Civil:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

Danos extrapatrimoniais

Já o dano extrapatrimonial ou moral não tem caráter pecuniário, por trata-se de uma espécie de dano que causa lesão aos direitos de personalidade como: vida, saúde, integridade moral, psíquica, nome, honra. Assim, tendo em vista que a indenização não seria capaz de retornar ao estado quo ante, é difícil valorar a sua reparação. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.96).

A previsão do dano moral no Código Civil Brasileiro, em seu art. 186, bem como na CF, em seu Art. 5º, incisos V e X:

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

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Conceitua o que é Dano moral (2011, p. 97):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Assim, o dano moral é aquela afetação ruim que se causa ao sujeito. Pode-se dizer que trata-se de um dor psíquica, íntima, subjetiva, não trata-se de dor física, alguns doutrinadores até conceituam como “dor da alma”. Por isso é difícil reparar ou indenizar o dano moral, por não ter como retornar o estado quo ante. (DINIZ, 2011, p.122)

A reparação do dano moral seria apenas para compensar a vítima pelo dano que suportou e uma coibição ao agressor, para que não volte a praticar tal conduta. Por este fato, a doutrina moderna, usa-se o critério compensatório e o critério punitivo como natureza da reparação do dano moral.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz a natureza jurídica da reparação é (2011, p. 125):

A reparação do dano moral não tem apenas natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma do dinheiro recebida, procurar atender as satisfações materiais ou ideias que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

2.5.4 Culpa

Este último elemento da responsabilidade civil, é essencial para que haja a responsabilidade subjetiva. Assim, na responsabilidade subjetiva, faz-se necessário a presença de quatro elementos, sejam eles: conduta,nexo causal, dano e a culpa.

A culpa é dividida pela doutrina em: culpa em sentido amplo (*latu sensu*) e culpa em sentido estrito (*stricto sensu*).

A culpa em “*stricto sensu*”, vem a ser a culpa cujo resultado (dano), não foi propositado, não havendo vontade por parte do agente em ocasionar aquele determinado dano, sendo ocasionado pela falta de observância de um dever objetivo de cuidado, não agiu com a devida atenção e cuidado.

Sendo esse dano caracterizado pela **negligência** (falta de dever de cuidado por omissão), **imprudência** (Faz algo que não devia, atuando contra as regras de cautela) ou **imperícia** (falta de habilitação profissional) do agente causador do dano. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 172-173)

Conforme previsão do art. 186 do código civil:

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

Em contrapartida, a culpa em sentido “*latu*”, além de abarcar o elemento culpa, engloba também o elemento dolo, que seria o agir intencionalmente.

Nesse sentido, preleciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 170):

Na culpa em sentido amplo, note-se que, se houver, também, vontade direcionada à consecução do resultado preposto, a situação reveste-se de maior gravidade, caracterizando o dolo. Neste, portanto, não apenas o agir, mas o próprio escopo do agente é voltado à realização do prejuízo. Na culpa em sentido estrito, por sua vez, sob qualquer das três formas de manifestação (negligência, imprudência ou imperícia), o dano resulta da violação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha a vontade posicionada no sentido da realização do dano.

Oriunda do direito romano, a nossa doutrina faz uma diferenciação nos graus de culpa: grave, leve e levíssima. Culpa grave é aquela espécie de culpa que embora não fosse intencional, a conduta do sujeito demonstra que o mesmo atuou “como se tivesse querido o prejuízo causado” à vítima, por esse fato muitos falam ser equivalente a forma dolosa.

Por outro lado, a culpa leve é a espécie que se verificaria com qualquer homem médio, pela falta de observância de sua conduta.

Já a culpa levíssima poderia ocorrer com qualquer um, mesmo com aquele que se comporta da maneira mais certa e cuidadosa possível, ou seja, seria a falta cometida que se escaparia do padrão de cuidado do homem médio. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 170)

Assim, diferentemente do que ocorria no código passado que entendia ser a classificação acima (grave, leve, levíssima) apenas doutrinária e assim, não podia o juiz calcular a indenização com base na intensidade da culpa, o código civil de 2002 prevê, em seu artigo 944, a utilização dos graus de culpa, para que o magistrado possa reduzir o “quantum” indenizatório, conforme a gravidade da culpa, ou seja, se verificar grande desproporção entre a gravidade da culpa e do dano.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Deste modo, para ultimar, deve-se deixar esclarecido que na responsabilidade subjetiva, o ônus “probandi” é da vítima. Sendo imperioso demonstrar o nexo de causalidade, entre o dano e a conduta, bem como a culpa, pois sem ela, não há de se falar em responsabilidade subjetiva.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 Evolução da Responsabilidade civil médica

A Responsabilidade civil médica não trata-se de estudos ou fatos recentes. Ela vem desde a época dos primórdios. Não há dúvidas de que a responsabilidade civil médica surgiu com o nascimento do próprio homem, onde juntamente com a evolução da vida humana advieram a dor e a doença, fazendo surgir também a busca para a cura da dor e o combate à doença. (MELO, 2008, p.02)

Essas primeiras atividades não se buscava o estudo pelas patologias, mas encontrar meios de cura, o que se fazia através do empirismo. Nessa época existiam pessoas que eram rotuladas de taumaturgos, nome esse atribuído pela comunidade à pessoas que indicavam determinadas ervas como remédio para aliviar a dor e assim, através das experiências concretas que eram feitas no dia-a-dia com a comunidade eles se destacavam como se fossem pessoas com dons divinos. (MELO, 2008, p.03)

Normalmente, essas pessoas eram curandeiros, magos ou sacerdotes. O respeito e a confiança na atividade dessas pessoas eram de tal forma, que acreditam que possuíam poderes sobrenaturais. Assim, a própria comunidade os tratavam de forma diferenciada, como por exemplo: as suas comidas, vestimentas, o sistema de vida era totalmente diferente dos demais homens, pelo fato de possuírem esse conhecimento.

“No entanto se a cura não acontecesse, não é difícil de imaginar que a culpa recaísse sobre o feiticeiro. Assim, desde os primórdios já se tinha a responsabilização pelo insucesso profissional dos médicos”. (NETO, 2010, p. 50)

Segundo Melo (2008, p. 04), o primeiro documento histórico a falar do erro médico é o Código de Hammurabi (1.790 – 1770 a.c). De uma forma geral, o código impunha ao cirurgião máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, seria penalizado severamente, penas como inclusive a amputação de sua mão, caso fosse imperito (ou desafortunado). Essas penas eram aplicadas

quando ocorria a morte ou lesões graves aos pacientes (homens livres), pois quando se referisse a escravo ou a animal, a previsão era de ressarcimento do dano.

O Código de Hamurabi - art. 218: O médico que mata alguém livre, no tratamento, ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo, paga seu preço; se ficar cego, a metade do preço.

A finalidade desses códigos (Código de Hamurabi, Código de Manu, bem como a Lei das XII Tábuas) eram unicamente de punição, de constranger e inibir a prática dos atos ilícitos. Para o estado poder repreender os instintos antissociais eles investiam unicamente no rigorismo das penas. Observando assim que os ordenamentos jurídicos que se sucederam na história eram espelhados nesses códigos. O que se dominava era a vingança coletiva, que era caracterizada pela reação do grupo em face do agressor pela sua ofensa. (MELO, 2008, p.04)

Foi através dos gregos que a medicina tornou-se ciência passou a contar com explicações técnicas racionais das doenças e formas técnicas de cuidados, deixando de ter a concepção mágica que a cercava. Isso ocorreu graças a Hipócrates, que até os dias atuais é cultuado como pai da medicina. (MELO, 2008, p.04).

3.1.1 Roma

O Direito Romano foi muito importante para a evolução da responsabilidade médica e as legislações pertinentes a esse tema, pois ele foi um dos primeiros a registrar esse tipo de responsabilidade.

Antigamente, usava-se da vingança privada, forma selvagem para reagir contra o mal sofrido, essa vingança selvagem era uma forma de repressão ao dano causado, ou seja, essa vingança tinha como intuito de produzir ao lesante, dano idêntico ao que ele havia praticado à vítima, é a chamada “Lei de Talião” (olho por olho, dente por dente) ou também conhecida como “ quem com ferro fere, com ferro será ferido”.(MELO, 2008, p. 05)

“Posteriormente, a vingança privada, como forma de repressão ao dano, passou para o domínio jurídico: o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la, através da lei das XII tabuas”.(NETO, 2010, p. 51).

O Estado intervinha para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, causando ao lesante dano idêntico ao que ele causou a vítima. Esse critério aparece na Tábua VII, lei 11^a: “si mebrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade era objetiva, não dependia de culpa.

Depois desse período veio a composição voluntária, que traz a ideia que seria mais conveniente entrar em composição com o autor do dano. A própria vítima poderia escolher se seria ressarcida pelo dano que sofreu por: dinheiro ou entrega de um objeto. Ou seja, a reparação do dano se dando através da poena (pagamento de quantia certa em dinheiro).

No que faz perceber a substituição da vingança privada (ex: lesão corporal) pela compensação econômica.

Passa então ser estabelecidos os valores das penas a serem pagas pelo ofensor na Lei das XII Tábuas.

Outra evolução trazida pelo Direito Romano, foi através da Lex Aquiliana de Damno, que fez surgir a ideia de culpa na responsabilidade civil. Este fato inovador consiste no seguinte: Até então a responsabilidade era derivada do dano, isto é, se causou um dano tinha que responder. A lex aquilia fala em indenização, mas proveniente de um “dano injusto” (não depende apenas da ocorrência de um dano, este tem que ser injusto. Se o dano, a contrario sensu, fosse justo, não haveria necessidade de reparar). (NETO, 2010, p. 52)

Este dano injusto posteriormente foi devidamente traduzido para “culpa”. Portanto, tem que haver culpa para poder haver reparação. É a tão conhecida responsabilidade subjetiva de hoje, que abrange os elementos: Conduta, Nexo Causal, Dano e Culpa. (NETO, 2010, p. 52)

Assim, se o agente agisse com culpa, responderia pelo dano com o seu patrimônio ou pelo pagamento em dinheiro, no entanto se tivesse agido sem culpa, se isentaria de qualquer tipo de responsabilidade.

A Lex Aquila também fixou alguns tipo de delitos que os médicos poderiam cometer como: o abandono de doente, a recusa de prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas. Estabelecia também a obrigação de reparar o dano patrimonial e não moral, bem como alguns pressupostos como: que o dano contrariasse o direito, ação positiva,

contato direto entre corpo do autor e vítima. E por fim, previa a pena de morte e a deportação do médico culpado por causar dano ao paciente. (NETO, 2010, p.52)

3.1.2 Egito

No Egito os médicos não respondiam pelas lesões ou mortes causadas em seus paciente, desde que cumprissem a risca todas as regras de obediência obrigatória para os médicos, essas regras eram previstas no “livro sagrado”. No entanto, se essas regras fossem descumpridas o médico era punido com a pena capital. Corresponderia hoje, a nunca responsabilizar um médico, pelo simples fato dele ser detentor do seu grau acadêmico. (NETO, 2010, p.52)

3.1.3 Grécia

Na Grécia antiga (século V a.C.) tem-se o “Corpus Hippocraticum”, onde foi desenvolvido primeiro verdadeiro estudo da medicina, através de estudos racionais e científicos. Surge nessa época a figura dos peritos judiciais, com a finalidade de avaliar a responsabilidade do médico, não se presumindo assim a culpa médica somente no fato dele não ter obtido êxito no tratamento. (NETO, 2010, p.54)

“A culpa médica na Grécia era adotada desde que preenchidas duas condições: a) morte do paciente; b) desobediência às prescrições geralmente conhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária”.(NETO, 2010, p. 54)

Só houve uma proteção legislativa para os médicos com o surgimento das universidades (Século XIII). Esses, quando concluíam o curso de medicina recebiam uma espécie de láurea, que representava a capacidade de exercer a profissão.

Foi se tornando uma atividade tão importante e terna que ela não poderia ser apenas do setor privado, e assim, como sempre ,o estado se apoderou e começou a regulamentá-la, conferindo-lhe como natureza publicística.

3.1.4 França

Segundo Neto (2010, p.55), na França, começo do século XIX para imputar a responsabilidade médica era necessário provar: a falta grave, imprudência visível e manifesta imperícia e essa culpa haveria de ser erro inescusável, ou seja, o erro deveria ser grotesco.

O ônus sempre incumbia ao paciente. E como na Grécia, aqui também encontrava-se os pareceres dos peritos médicos, onde deveriam emitir laudos decisivos, uma vez que somente eles possuíam conhecimentos científicos da área.

Muitas vezes as ações propostas em face dos médicos eram unicamente para o enriquecimento sem causa à custa do médico, para burlar a obrigação de pagar honorários ou por vingança banal.

Aqui ainda não existia a separação da responsabilidade civil e penal, o autor do dano era castigado com uma pena privada. Somente depois, essa pena foi substituída pela indenização – poena.

As primeiras normas foram codificadas no direito francês também com bases nas jurisprudências que ocorreram com o tempo: é imprescindível uma breve análise sobre esses antigos casos concretos, pois serviram de parâmetro para inúmeras nações, inclusive o Brasil.

Segundo Newton Pacheco (1991) apud Neto (2010, p.06-07) ressalta a prudência e a circunspeção com que as cortes francesas analisaram a responsabilidade médica, de cuja análise ressalta o caso, tido como revolucionário, datado em 1832, em que sobressai a atuação do Procurador Dupin, cujo caso em resumo, foi o seguinte:

O médico Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Mas somente se apresentou ao local às nove horas. Constatou ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstancia e , como mesmo objetivo inicial, amptou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao toco-traumático. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Dr. Helie foi condenado ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça Francesa.

Outro caso emblemático, tratando-se agora de cirurgia estética (NETO, 2010, p.6-7):

Uma jovem senhora, se submeteu a uma cirurgia para corrigir o excesso de volume nas pernas. Procurou um hospital renomado e consultando um profissional reputado, este a desenganou de conseguir o resultado almejado mediante tratamento clínico, e declarou-lhe que a cirurgia estética não era a sua especialidade. Advertida dos riscos de toda cirurgia, confiou-se aos cuidados de um especialista que a animou. Realizada a operação, com a retirada do tecido adiposo, não se completou a sutura dos bordos da incisão, o que levou o médico a envolver a perna operada para provocar a cicatrização. Sofrendo terríveis dores uma vez passado o efeito da anestesia, agravaram-se estas. Após vários esforços e tentativas, sobreveio a gangrena de que resultou a amputação do membro operado. Foi proposta ação contra o médico, que foi acusado de erro operatório e de negligência por abandono de cliente de quem deveria estar junto para prestar os cuidados e ainda falta de advertência sobre os riscos cirúrgicos. A sentença foi condenatória.

Assim, é de suma importância a análise de jurisprudências mais antigas, pois como já dito, serviram de base para várias nações e isso demonstra que o erro médico não é algo tão recente, como muitos pensam ser.

3.2 Breves Considerações sobre a Atividade Profissional

Um dos campos mais interessantes é quando a responsabilidade civil está ligada ao exercício de uma atividade profissional.

Tentar desvendar, se tal responsabilidade trata-se de subjetiva (contratual ou extracontratual) ou objetiva é um grande desafio que recai sobre os estudiosos do tema. Tal desafio se tornou ainda maior, com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, onde passou a existir a “atividade de risco” para o reconhecimento da responsabilidade civil. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.247)

Para entender a responsabilidade civil do médico, e todos seus efeitos, é necessário antes saber o que se entende por “atividade profissional”.

“A ideia de atividade designa a soma de ações, atribuições, encargos ou serviços desempenhados pela pessoa”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.247)

Atividade representa o âmbito da atividade desenvolvida pela pessoa ou entidade jurídica, recebe qualificativos, com a finalidade de distinguir as espécies de serviços ou funções, como atividade política, comercial e/ou – o que nos

interessa no presente trabalho! – Atividade profissional, mais especificamente, atividade profissional médica. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.248)

Quando se falar em Atividade profissional, refere-se ao conjunto de atos praticados por um sujeito, em decorrência do exercício de seu ofício (profissão autônoma ou subordinada). Todas as vezes que se usa a expressão “atividade profissional”, entende-se o desempenho da atividade do trabalhador, reservando-se o termo “atividade econômica” para o empreendimento empresarial. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.248)

3.3 Conceito de Responsabilidade Civil Médica

A matéria de responsabilidade civil já trata-se de tema vasto e abrangente, no entanto, tal tema fica ainda mais delicado quando se refere à responsabilidade civil do médico.

Como já sabe-se a “responsabilidade é uma obrigação de assumir as consequências de ação própria ou, na dependência das circunstâncias alheia. Assim, aquele que é o sujeito da ação poderá responder por ela perante as autoridades competentes, arcando com o ônus de suas decisões”. (MORAES, 2003, p. 551).

Policastro, explana quando se inicia a responsabilidade médica (2013, p.03):

Diz-se que a responsabilidade inicia, quando o médico se dispõe a assistir o enfermo para encontrar a cura, minorar os efeitos da doença ou controlar a enfermidade. É fácil entender que dessa aproximação, surge entre ambos um vínculo de natureza contratual ou extracontratual estabelecido numa relação de confiança do doente no médico.

Irany Novah Moraes, conceitua responsabilidade civil médica da seguinte forma (2002, p.552):

Pode-se definir-se responsabilidade civil médica quando há erro médico, por meio da ação ou omissão do médico que, no exercício profissional, causando dano à saúde do paciente. Somente lhe pode ser imputado o erro se for comprovado o nexo de causalidade entre a falha do médico e o mau resultado para o doente.

Do mesmo modo, preleciona Genival Veloso França (2001, p.435):

A responsabilidade civil do médico é a obrigação de suportar, na esfera civil, as consequências das faltas cometidas no exercício de sua profissão.

Nas palavras de Couto Filho (2001, p.193):

A responsabilidade civil médica é, pois, a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. De bom alvitre lembrar que ao se falar nessa modalidade de responsabilidade civil, está-se falando não somente do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral.

Para Gonçalves (2010, p. 396,399 e 400):

[...] o médico compromete-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. [...] Convém lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave, para responsabilizá-lo. Para tanto, basta a culpa levíssima, desde que haja o dano. [...] Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos.

Assim, cabe salientar que para a responsabilidade do médico rege as regras gerais aplicáveis em responsabilidade civil, isto é, se um médico no exercício de sua função causar dano ao seu paciente, seja por culpa ou dolo, terá o dever de indenizar o lesado.

E, para a caracterização da culpa médica, basta apenas a voluntariedade da conduta, sendo, portanto, a intenção desnecessária, pois a culpa, ainda que seja levíssima necessita ser indenizada, mesmo que seja na forma patrimonial ou condenatória (penal).

3.4 Natureza da Responsabilidade Médica

Nos dias atuais não existe mais controvérsias quanto a natureza contratual da responsabilidade civil médica. Isso não quer dizer que não existirá responsabilidade extracontratual, isto é, que não tenha origem no contrato, como por exemplo: o médico que atende alguém que passou mal na rua. No entanto, a

obrigação de reparar o dano, sempre existirá, seja de natureza contratual ou extracontratual. (NETO, 2010. P.75).

A Jurisprudência pátria tem entendido que quando o médico atende um cliente, estabelece entre ambos um verdadeiro contrato, podendo esse contrato ser até mesmo verbal. “Contudo, o fato de considerar como contratual, a responsabilidade médica não tem, o resultado de presumir culpa. O médico não se compromete a curar, mas proceder de acordo com as regras e métodos da profissão” (NETO, 2010, p.75), isto é, ao estabelecer o contrato com o seu cliente, o médico assume obrigação de meio e não de resultado.

Maria Helena Diniz, entende da mesma forma (2011, p. 337):

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

Nas lições de Serpa Lopes (1999, p.36):

De qualquer modo, pouco importa a natureza do contrato que vincula o profissional e o seu cliente, pouco importa que se trata de uma responsabilidade contratual ou extracontratual: de qualquer modo, em se tratando de uma obrigação de meios ao prejudicado é que incumbe o ônus probatório da infringência dessas obrigações.

Outrossim, na prática, independentemente da fixação da natureza do contrato, cabe ao paciente provar a inexecução por parte do profissional, ou seja, cabe ao autor (paciente) provar que o médico agiu com culpa. (NETO, 2010. p.75).

3.5 Das Obrigações do Médico: Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado

Assim, como já esclarecido, em regra, a responsabilidade civil médica terá natureza contratual e se apresenta por uma obrigação de meio. No entanto, como trata-se de um dos temas mais polêmicos acerca da Responsabilidade civil médica, resta ainda diferenciarmos: Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado.

3.5.1 Obrigação de meio

Aquela onde o profissional médico não assume o risco de determinado resultado (não se compromete a curar o paciente), mas se compromete a cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina.

O médico se compromete a empregar os meios apropriados para obtenção do resultado que o credor tem em vista, ou seja, o médico se obriga a cuidar de um paciente, mas não a curá-lo, como por exemplo o advogado que se propõe a defender o seu cliente, mas sem se comprometer a ganhar a causa.

Com clareza, explica Maria Helena Diniz (2011, p.330):

Obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Inere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo de determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

Quando trata-se de obrigação de meio, a responsabilidade é subjetiva: necessita de prova da ação culposa em qualquer das suas modalidades. (POLICASTRO, 2013, p.10)

Assim, a responsabilidade civil médica trata-se de obrigação de meio, onde o médico se compromete a agir de acordo com os preceitos adequados à profissão, usando todos os métodos possíveis para obter a cura do enfermo, mas sem assegurar um resultado – a cura do doente.

3.5.2 Obrigação de resultado

Nessa modalidade de obrigação, o devedor se obriga a alcançar um resultado, ou seja, é vinculado a atingir um resultado certo e determinado, há um compromisso do contratado com um resultado específico, no entanto, se tal fim não consegue ser almejado, tem-se a inexecução da obrigação – inadimplemento da obrigação.

Nas palavras de Miguel Kfourri Neto (2010, p.190):

Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as consequências(...)

Conforme, Maria Helena Diniz (2011, 332):

Obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente.

Portanto, sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, a não obtenção do objetivo prometido, pois isso é suficiente para caracterizar o descumprimento contratual estabelecido, independente das suas razões, cabendo ao devedor (médico) provar o caso fortuito ou força maior, quando se exonerará da responsabilidade. (NETO, 2010, p. 190-191)

Boa parte da doutrina entende ser obrigação de resultado os casos das cirurgias embelezadoras ou estéticas, neste tipo de cirurgia, o paciente busca os serviços de um cirurgião plástico para aperfeiçoar sua aparência (melhorar a beleza), assim, o paciente se submete a um procedimento cirúrgico de alto custo, onde tem-se a garantido o resultado final almejado.

Logo, nesse tipo de cirurgia o médico assume a obrigação de resultado e responderá por qualquer insucesso que venha ocorrer.

Cabe ainda ressaltar, que nas obrigações de resultado, o ônus da prova recai sobre o médico, ou seja, a sua culpa é presumida, assim, cabe a ele provar que agiu de adequadamente, com todos os meios técnicos indicados e exigíveis.

“Nas obrigações de resultado, a responsabilidade é objetiva: presume, por ficção legal, a existência de culpa”. (POLICASTRO, 2013, p.10)

Assim, conforme já dito, conclui-se que em regra a responsabilidade civil médica é obrigação de meio, sendo a obrigação de resultado uma exceção, como o exemplo de cirurgia estética supracitado.

3.6 Responsabilidade Subjetiva ou Objetiva: Verificando a Culpa

Para que haja a responsabilização do médico é necessário que se tenha ocorrido a prática de um ato ilícito ocasionador do dano (seja por negligência, imprudência ou imperícia). Contudo, não existindo culpa do médico, não se pode falar em indenização, nem presumir a sua culpa, vez que a sistemática atual exige a verificação de tal instituto.

Portanto, a responsabilidade civil médica será subjetiva, sendo que nesta modalidade cabe a vítima comprovar a culpa do médico, bem como a o nexo causal entre sua conduta e o dano.

Nos artigos 927 e 951 do código civil, também foi adotada a teoria da culpa:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-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.

O art. 14, §4º do CDC, também traz a responsabilidade civil médica fundada na culpa:

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No entanto, na prática a grande dificuldade encontrada é provar a negligência, imprudência ou imperícia, pois, é muito complicado para as vítimas e seus familiares, devido à hipossuficiência econômica e técnica, trazer os elementos suficientes para comprovar o erro médico.(GONÇALVES, 2010. p. 205)

Pelo fato da complexidade das vítimas em provar a culpa médica, o juiz pode requerer a inversão do ônus da prova, ou seja, eximir a obrigação daqueles que demandam contra médicos de provar a culpa dos mesmos e inverter essa obrigação para o profissional médico, devendo ele demonstrar que agiu estritamente

em conformidade com os melhores ditames da medicina para o caso em concreto, eximindo-se de qualquer ato de negligência, imprudência ou imperícia. (NETO, 2010, p.209)

No entanto, quando ocorre a inversão do ônus probandi, não se pode confundir a natureza da obrigação, isto é, a inversão do ônus não tem o condão de modificar a natureza da obrigação, que é de meios, para de resultado, pois, existem casos, de deferimento da inversão do ônus probandi, e posteriormente, chovem pedidos de indeferimento dos pedidos de perícia, caracterizando (equivocadamente) a responsabilidade médica como de resultado. (NETO, 2010, p.210)

Segundo o entendimento de Miguel Kfoury Neto (2010, p.209):

Tal inversão se constitui num patamar equívoco, pois, pensar de outro modo seria igualar a responsabilidade pessoal (subjéctiva) à responsabilidade objectiva (sem culpa), o que não seria lícito, pois onde a lei fez clara distinção, não cabe ao intérprete criar tal igualdade através de “malabarismos” jurídicos. Quando a obrigação é de meio, aquele dever existirá se não adimplida a obrigação de usar a melhor técnica, de cercar-se de todas as cautelas recomendáveis. Outra coisa, entretanto é a distribuição do ônus da prova. Viável Invertê-lo, sem que isso signifique modificar a natureza da obrigação.

Assim, em se tratando de dano provocado por profissional médico (profissional liberal), a sua responsabilidade deve ser apurada verificando a sua culpa, na forma legalmente prescrita, independentemente de inversão do ônus da prova, uma vez que, a natureza obrigacional da responsabilidade médica não se transmuta. (NETO, 2010, p.211)

3.7 O Código de Defesa do Consumidor e a Relação de Consumo na prestação de Serviço Médico

Nos dias de hoje não se pode estudar responsabilidade civil sem analisar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), pois a prestação de serviço médico, enquadra-se perfeitamente na tipologia do CDC.

Como dito, o médico enquadra-se perfeitamente no conceito legal de fornecedor, isto é, este presta serviços ao consumidor (paciente), como qualquer outra profissão. Assim, está sujeito às normas prescritas no CDC, pois, as relações

profissionais que envolvem bens indisponíveis como a saúde, merecem proteção, pois são legalmente compatíveis a uma relação de consumo comum.

Vejamos o conceito de fornecedor trazido pelo CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Deste modo, o CDC disciplina a relação entre consumidores e fornecedores, atribuindo-lhes direitos e deveres, principalmente no caso da figura do profissional médico que lida diariamente com um valor de natureza inestimável, que vem a ser a saúde e a vida dos seres humanos.

Assim, é visível que a prestação de serviço médico encaixa-se perfeitamente no conceito de relação de consumo, pois o paciente ao contratar os serviços do profissional médico (consultas, cirurgias), estaria qualificado como consumidor, bem como o médico ao ofertar a prestação de um serviço a um mercado consumidor mediante remuneração, enquadra-se perfeitamente ao conceito de fornecedor.

O CDC em seu artigo 2º, também conceitua quem é consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Não é por acaso, que o CDC prevê que essa relação, encaixa-se no conceito de serviço trazido em seu Art. 3º, §2º, uma vez que, serviço vem a ser qualquer atividade fornecida no mercado mediante remuneração. Deste modo, o serviço médico trata-se de um serviço à luz do CDC.

Prevê Art.3º, §2º do CDC, o que vem a ser serviço:

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de

crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nota-se, que a responsabilidade dos fornecedores (prestadores de serviços) no CDC é em regra objetiva, isto é, independe de culpa para sua configuração. Assim, é consagrado a responsabilidade objetiva para os danos causados aos consumidores por serviços prestados de forma defeituosa. (NETO, 2010, p.211)

É o que dispõe o art. 14º do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Todavia, existe uma exceção prevista no §4º do mesmo artigo, que prevê a verificação da culpa como pressuposto de responsabilidade dos profissionais liberais, nesse caso, enquadra-se o médico, advogado, sendo assim, uma responsabilidade subjetiva, ou seja, mediante a verificação do elemento “culpa”, seja em quaisquer de suas modalidades.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Da mesma forma entende o ilustre doutrinador Miguel Kfourir Neto (2010, p. 211):

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

No entanto, é importante frisar, que tal exceção (responsabilidade subjetiva) não atinge as pessoas jurídicas que também prestam serviços médicos, como por exemplo: os hospitais.

Na mesma linha de raciocínio, expõe Neto (2010, p. 211):

Se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.

Assim, nos dias atuais, a responsabilidade objetiva não atinge os profissionais liberais, por expressa determinação legal (art. 951 do CC e art. 14 §4º do CDC). Aos profissionais liberais aplica-se as regras da responsabilidade subjetiva.

4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE MÉDICA

Inicialmente, as excludentes que se encaixam em qualquer modalidade de responsabilidade civil (fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, cláusula de não indenizar) e em um segundo momento será analisado as excludentes de responsabilidade médica (latrogenia, erro escusável, intercorrência médica).

Como as excludentes tratam-se de circunstâncias que atingem diretamente um dos elementos gerais da responsabilidade civil, acabam rompendo o nexo causal, exonerando assim, qualquer pretensão indenizatória.

Trata-se de matéria de extrema importância, uma vez que, com frequência, as excludentes serão arguidas como matéria de defesa pelo réu (agente causador do dano) no bojo da ação indenizatória proposta pela vítima.

4.1 Fato de terceiro

Terceiro vem a ser qualquer pessoa, sem ser a vítima e o agente causador do dano. É interessante saber se o comportamento desse terceiro, é capaz de romper o nexo causal, excluindo a responsabilidade civil.

Venosa tem o seguinte posicionamento sobre essa excludente (2003, p. 48):

A questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma situação de difícil solução, Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico, Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam.

Se realmente existir a atuação causal de um terceiro, sem que se possa imputar participação do autor do dano, o elo de causalidade estaria rompido. Entretanto, conforme supracitado, a matéria não é pacífica e de todas as causas de excludentes, esta é a que encontra maior resistência na jurisprudência pátria. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.159)

Deste modo, ocorrendo o fato de terceiro haverá o rompimento do nexo causal, não podendo imputar participação do agente causador do dano, sendo

totalmente exonerada a sua responsabilidade, e em suposta ação de indenização a vítima deve voltar-se diretamente contra o terceiro.

O único meio do fato de terceiro prestar-se a excluir a responsabilidade civil do causador direto do dano, é se este tiver se produzido exclusivamente em razão da conduta daquele, de modo a excluir o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano causado.

Segundo Venosa (2003, p. 48):

Nesses casos, o fato de terceiro equipara-se, ao caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. O agente será, então, mero meio para a produção do evento danoso, sendo o terceiro o único responsável pela concretização do mesmo.

Em suma, para que possa se apresentar como motivo exclusivo do evento danoso é necessário que a ação do terceiro seja inevitável e imprevisível, e que o causador direto do dano não tenha concorrido com nenhuma parcela de culpa, sendo imputado ao terceiro a responsabilidade pelo ato danoso. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.159)

4.2 Culpa Exclusiva da Vítima

Quando o caso for de culpa exclusiva da vítima o condão do nexo de causalidade também será quebrado, eximindo o causador direto do dano de qualquer responsabilidade civil.

Nestes casos, a vítima arcará com todos os danos ocorridos, vez que o agente só veio a causar o dano por culpa dela mesma (vítima), não havendo possibilidade de se falar em nexo causal entre a ação e o dano ocorrido.

Exemplo dado por Pablo Stolze de culpa exclusiva da vítima (2011, p 157):

Imagine a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arrema-se sob sua rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente, não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão somente, ao suicida (vítima).

Destarte, se ocorre a culpa exclusiva da vítima inexiste a culpa do agente causador direto do dano, pois não há relação de causa e efeito entre o ato e o prejuízo causado, uma vez que a culpa foi apenas da vítima.

É importante esclarecer que só haverá a quebra do nexo causal se houver culpa exclusiva da vítima. Pois, caso haja culpa concorrente a indenização deve ser mitigada, na proporção da ação de cada sujeito.

Na mesma linha de raciocínio expõe Gonçalves (2010, p.795):

Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para produção de um mesmo fato danoso. Existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá uma repartição de responsabilidade, de acordo com o grau de culpa.

Em suma, nesses casos de culpa concorrente a indenização será dividida por metade ou diminuída proporcionalmente, isto é, haverá a bipartição dos prejuízos, e a vítima deixa de receber uma parte da indenização na parte relativa à sua responsabilidade, haverá culpa comum, pois ambos (vítima e ofensor) causaram o dano conjuntamente.

4.3 Caso fortuito e Força Maior

Dentre as causas excludentes de responsabilidade, esta sem dúvidas é a mais polêmica de todas. Tal afirmativa se respalda em razão da compreensão de tais fenômenos e suas definições.

Existe inclusive uma profunda cizânia doutrinária para tentar definir a diferença entre os dois institutos, havendo ainda quem entenda que a diferença entre os institutos é “meramente acadêmica”, uma vez que se trataria de “sinônimos perfeitos”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.152)

O Caso fortuito e a força maior estão elencados no art. 393 do Código Civil, que dispõe o significado das expressões em um único conceito:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Deste modo, o significado de Caso Fortuito e Força Maior, conforme Venosa (2003, p.57):

O Caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo- saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridade (fato do príncipe).

Segundo Diniz (2011, p. 115-116):

Na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica os produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. Já no Caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.

Assim, isso demonstra que os doutrinadores, não adotam o critério único para a definição de “caso fortuito” e “força maior”, sendo para eles institutos totalmente distintos.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho fazem as seguintes considerações (2011, p. 291):

A característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio.

Desta forma, sempre que presente um fato que não era possível evitar ou impedir, estaremos diante de uma hipótese de caso fortuito ou força maior, o que quebra o nexo de causalidade e exonera o agente de qualquer responsabilização.

4.4 Cláusula de não Indenizar

A cláusula de não indenizar só tem cabimento quando diz respeito à responsabilidade civil contratual. Tal Clausula é uma convenção por meio da qual as partes excluem o dever de indenizar, em caso de inadimplemento da obrigação (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.162)

Venosa entende (2003, p. 67-68):

Essa questão diz respeito precipuamente à esfera contratual. Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, ocorrendo seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de risco no contrato. Trata-se de exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.

Se discute muito sobre a validade dessa cláusula. Para alguns essa cláusula não agrada muito, uma vez que seria uma cláusula imoral, contrária aos interesses sociais. Entretanto, outros doutrinadores a defendem, e argumentam com base no princípio da autonomia de vontade, isto é, as partes tem autonomia para fazer um contrato, assim são livres para contratar, vez que o objeto do contrato seja lícito.

No entanto, tem prevalecido o posicionamento de que tal cláusula é inválida, isto porque, nos dias de hoje vivemos um direito privado vocacionado aos princípios constitucionais e influenciado por valores de solidarismo social. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.162-163)

Não é por outro motivo que o CDC, a mais bela lei do País, no seu art. 25, veda a cláusula de não indenizar, que é um cláusula que impossibilita, exonera a responsabilidade do fornecedor, e o motivo para essa vedação é bem simples: a vulnerabilidade do consumidor, que é a parte economicamente mais fraca. Principalmente em se tratando contratos de adesão, em que a manifestação livre de vontade do aderente é mais reprimida. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.162-163)

Um exemplo clássico que nos deparamos diariamente é a estipulação contratual costumeira imposta por empresas de guarda veículos (estacionamentos pagos) no sentido de não se responsabilizarem por furtos de objetos que estejam no interior dos automóveis. Em casos como esses, essa cláusula não prevalece, pois é abusiva, e a indenização há de ser cabal. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.162-163)

“Desta forma, poderíamos fixar a premissa de que a cláusula de não indenizar só deve ser admitida quando as partes envolvidas estiverem entre si, uma relação de igualdade, de forma que a exclusão do direito à reparação não traduza

renúncia da parte economicamente mais fraca” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 162-163)

4.5 Iatrogenia

A Iatrogenia, ou o dano iatrogênico, poderia ser definida como um prejuízo inevitável, provocado por um ato médico em pacientes, cujos transtornos são irreversíveis e imprevistos. Brandamente, a medicina conceitua a iatrogenia como um dano causado à um paciente pela ação médica ou sequelas e males decorrentes do tratamento específico, o que afasta a responsabilidade civil do médico. Seria um dano necessário e esperado pela atuação do médico, sendo que o paciente estaria ciente de tais danos/sequelas.

Entende-se que a lesão previsível ou sequela oriunda do tratamento decorrente da invasão do corpo, que é também previsível, não tem o condão de levar a uma responsabilidade civil, uma vez que, a lesão iatrogênica não foi resultado de um ato médico eivado de imprudência, negligência ou imperícia.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim decidiu:

Responsabilidade Civil. Doença de Legg-Perthes. Dano médico. Iatrogenia. Se, por um lado, a lesão previsível – iatrogênica – é resultante do atuar médico, por outro, a imprudência, a negligência e a imperícia são causas que, uma vez comprovadas, geram a reparação civil. Definida como lesão previsível ou sequela do tratamento decorrente da invasão do corpo, a iatrogênica, ou dano iatrogênico, é também identificada como dano necessário e esperado do atuar médico. A medicina moderna, ao conceituar a iatrogênica como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou os males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meio com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presume, cuja aferição de eventual desvio não vai além da reparação terapêutica. Afastado, pois, o erro médico, conclui-se que o dano suportado pelo autor é iatrogenico, previsível e necessário no tratamento à que foi submetido o autor, decorrente, pois, do atuar médico, isento de responsabilidade civil. Improvimento do recurso. 2004.001.11913 – (Apelação Cível. Des. Maldonado de Carvalho – julgamento: 26/04/2005 – NONA CÂMARA CÍVEL TJRJ)

Assim, em regra, a lesão iatrogênica não gera responsabilidade civil para o médico e o hospital, salvo quando houver algum descumprimento do dever

de informação entre o médico e seu paciente ou quando resultar de uma omissão ou atuação culposa.

Nesse diapasão, os ensinamentos de Melo (2008, p.127):

A Maior gama de iatrogenias não implica a responsabilidade profissional, tendo em vista que são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente. Sabemos que as pessoas são diferentes entre si, em maior ou menor proporção. Ademais, o estado físico e psicológico de cada doente varia em razão das especificidades orgânicas, de tal sorte que a sensibilidade e reação podem ocorrer, sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou ao medicamento ministrado. Desde que o paciente tenha consentido, desde que tenha sido previamente informado e esclarecido sobre as possíveis consequências iatrogênicas, ainda que venha a ocorrer o dano, não se poderá falar em responsabilizar o profissional.

Rui Stoco, destaca os três tipos de lesões iatrogênicas que podem advir (2007, p.128):

1. Lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica em seqüela (Exemplos: cirurgias mutiladoras, como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis);
2. Lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (Exemplos: reação alérgica em decorrência do uso de contrastes radiológicos);
3. Lesões decorrentes de falhas do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (Exemplo: confusão da veia safena com a artéria femoral durante cirurgia de varizes, levando à gangrena).

Portanto, nesses casos, não haverá ato ilícito, mesmo se tratando de lesões causadas por ato médico, pois tratam-se de lesões imprescindíveis para salvar uma vida, isto é, lesões previsíveis decorrentes do tratamento a que o paciente foi submetido, não oriundas de um atuar negligente, imprudente ou imperito. Assim, não há de se falar em responsabilidade civil do médico ou dever de indenizar.

4.6 Erro Escusável

Conforme explana Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 187), “há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta” Ocorre assim, uma falha humana por parte dos médicos, uma vez que esses também são pessoas e as pessoas cometem erros constantemente.

Os erros podem ocorrer em qualquer profissão, mas quando trata-se da prática médica, a coisa fica mais séria, pelo fato de lidar diariamente com a vida humana. Os erros causados pelos profissionais médicos, podem muitas das vezes ser dramático, no entanto, em algumas situações o erro pode ser considerado escusável, e, sendo esse escusável, o médico não poderá ser responsabilizado civilmente. (MELO, 2008, p.130)

São considerados erros escusáveis aqueles que decorrem de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina. Tem-se como exemplos: quando um médico não tem um diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente ou quando o paciente/doente sonega informações importantes para o seu diagnóstico. (MELO, 2008, p.130)

Diante de tais causas, existe sim o erro, pois o erro é intrínseco às deficiências da profissão, no entanto, não existe culpa por parte do médico. Por isso tais erros são chamados de escusáveis.

Nas palavras de Melo (2008, p.129):

No erro profissional o médico agiu com adequação e zelo, dentro dos ditames éticos e científicos de sua atividade, sendo levado ao insucesso em razão de fatores que lhe fogem do controle e que não podem ser exigidos pela impossibilidade imposta pelas naturais limitações técnicas de sua ciência. Assim, não há reflexo indenizatório, vez que ausente um dos requisitos da responsabilidade civil: a culpa.

Desta forma, não haverá responsabilidade civil do médico quando ocorrer erro profissional ou erro escusável, uma vez que não há um dos elementos imprescindíveis da responsabilidade médica em sua conduta: não há culpa. O médico somente deve ser condenado por erro, quando sua conduta decorre de um desvio, fazendo supor uma falta de prudência ou diligência esperada para o caso concreto. (MELO, 2008, p.130)

4.7 Intercorrência Médica

A intercorrência médica pode ser conceituada como um evento danoso, totalmente inesperado em um procedimento médico, que não poderia ser previsto ou informado ao paciente.

Nos dias de hoje, todo e qualquer procedimento cirúrgico está sujeito a complicações inesperadas, pois cada organismo reage de uma forma diante de uma cirurgia ou tratamento. Mesmo que médico realize o procedimento corretamente, seguindo todos os padrões de segurança e todas as normas técnicas, as reações orgânicas dos pacientes ao tratamento podem variar de pessoas para pessoas, ocorrendo assim variações em relação à normalidade, que são impossíveis de prever.

Podem ocorrer as seguintes intercorrências: o processo de cicatrização em algumas pessoas pode ser pior que a média, outras são mais susceptível em relação a infecções. Outro exemplo é de cirurgia plástica para colocação de prótese de mama. O médico faz tudo corretamente, e mesmo assim a paciente apresenta rejeição à prótese.

Da mesma forma entende a Jurisprudência:

Indenização Erro médico - A responsabilidade do médico é subjetiva, conforme demonstra o art. 951 do Código Civil, e o art. 14, § 4º, do CDC. - No presente caso, a não comprovação do erro médico rompe o nexos causal, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva, hipótese esta, em que a pessoa jurídica responde pelo dano sem culpa - A incontinência urinária que acomete o apelante, segundo laudo, é resultante da "**intercorrência médica**" Apelo desprovido (Voto 24955) – (Processo: APL; Relator (a): Ribeiro da Silva; Julgamento: 03/10/2012; Órgão Julgador: 8ª Câmara de direito privado; Publicação: 04/10/2012).

Nestes casos, não há de se falar em eventual indenização, pois, entende-se que não houve erro médico, rompendo o nexos causal, pois todos os protocolos corretos e passíveis de seguimento pelo médico foram seguidos, e os maus resultados ocorreram em decorrência de reações imprevistas do organismo do paciente.

5 ERRO MÉDICO E CULPA MÉDICA

5.1 Erro Médico

Para que o profissional médico seja responsabilizado por algo, deve ficar demonstrado que houve erro médico.

Como observa Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.264):

Erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina. Na caracterização desse erro atua o elemento anímico culpa, especialmente sob a roupagem de imperícia ou negligência. Além da eventual responsabilidade jurídica, penal ou civil, o médico se sujeita às sanções administrativas da sua entidade fiscalizadora.

Nas palavras de Neto (2010, p.89), “Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

Como em regra, a prestação de serviços médicos é uma obrigação de meio e sua responsabilidade é subjetiva, a caracterização do elemento culpa é de suma importância, isto é, para configuração de erro médico deve ficar caracterizado culpa stricto sensu: imperícia, negligência ou imprudência (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.264)

O erro médico também está previsto no Código de Ética Médica em seu artigo 29:

Art.29 – Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência

Assim, como o tema do presente trabalho trata-se de cirurgias plásticas, quando houver suspeita de erro médico em cirurgias plásticas reparadoras, deve ficar comprovada a culpa stricto sensu em uma de suas modalidades, para impor ao cirurgião plástico a obrigação de indenizar, uma vez que, essa modalidade trata-se de responsabilidade subjetiva, necessitando dos elementos: conduta, nexos causal, dano e culpa.

O mesmo não ocorre, nas cirurgias plásticas estéticas, pois em regra, o erro médico é presumido, responsabilidade objetiva, necessitando apenas dos elementos: conduta, nexos causal e dano.

Pode-se citar como exemplos de erro médico: diagnóstico errado ou demorado, erro na cirurgia, tratamento inadequado, ausência de consentimento informado, mau uso do instrumento, entre outros.

Abaixo, será aduzido algumas espécies de erro médico: erro de diagnóstico e erro de tratamento.

5.1.1 Erro de diagnóstico

Segundo Neto (2010, p.91), “O diagnóstico consiste na emissão de juízo acerca do estado de saúde do paciente”, isto é, identificar a moléstia que acomete o paciente e ver qual o tratamento adequado para ele.

Tem-se o seguinte entendimento sobre o que seria erro de diagnóstico: ocorre o erro de diagnóstico, quando o médico não consegue enquadrar corretamente os sintomas que lhes são apresentados a uma doença específica ou ainda quando enquadra no tipo de doença errada.

“No entanto, o diagnóstico não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação que nem todo médico é dotado. Por isso, a doutrina analisa detidamente tal questão”. (NETO, 2010, p.92)

Considera-se erro de diagnóstico, quando é eleito pelo médico, tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso, ou seja, o paciente é submetido a tratamento inócuo, tendo a sua situação agravada.

Muitas das vezes, o motivo do erro de diagnóstico é o diagnóstico precipitado ou impreciso, isto é, quando o médico deveria ter submetido o paciente a determinados exames e não o fez.

Cabe ainda destacar, que não é propriamente o erro de diagnóstico que o juiz irá examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se ele usou de todos os meios possíveis e conhecidos na medicina para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos nos dias de hoje, bem como se à

doença que foi diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e prática médica. (NETO, 2010, p. 93)

De acordo com o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO NO DIAGNÓSTICO DO EXAME DE ULTRA-SONOGRAFIA COMPROVADO - INFLUÊNCIA NO TRATAMENTO MINISTRADO - AUSÊNCIA DE TÉCNICA E RIGOR NA REALIZAÇÃO DO EXAME - DEVER DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE MÉDICO E CLÍNICA - RECURSO PROVIDO. O médico que comete erro de diagnóstico, fruto de imperícia e negligência, deve reparar o prejuízo sofrido pela paciente, solidariamente com a clínica. Se, devido a erro no diagnóstico da paciente, submeter-se ela a cirurgia diversa da que havia sido prescrita e a outra desnecessária, faz jus à indenização pelo dano moral e material suportados. (TJ-SC - AC: 294025 SC 2004.029402-5, Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 04/03/2005, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. 2004.029402-5, de Tubarão.)

João Monteiro de Castro, esclarece (2005, p.140)

O Dever do médico para com o paciente não é tão-somente prescrever o tratamento mais apropriado, mas, a despeito e independentemente de uma cura, que pode vir a não se concretizar, cuidar, tratar, assistir, consolar, tentar salvar, enfim. Se não desempenhar bem esse conjunto de atividades atrairá, inexoravelmente, a responsabilidade.

Os erros de diagnóstico ainda são divididos em inevitáveis e evitáveis. Os erros de diagnósticos inevitáveis não são suficientes para responsabilizar o médico: excluem a culpa, pois não configura ato negligente. Ademais, a medicina ainda não tem resposta à todos os tipos de enfermidades. Os erros evitáveis, são aqueles derivados de diagnósticos descuidados, imponderados, estes sim são considerados atos negligentes. (POLICASTRO, 2013, p.72)

Policastro (2013, p. 71) dá um exemplo de erro de diagnóstico, onde decisões judiciais concederam indenização:

Broncopneumonia não-diagnosticada por não se tratar de moléstia incomum; negligência médico-hospitalar, considerando que a paciente foi atendida, em ambulatório, com fortes dores abdominais e submetida à medicação, retornara por quatro vezes até ser internada. Constatado nos exames tratar-se de apendicite aguda, a cirurgia foi realizada somente no dia seguinte, vindo a paciente falecer dias depois, A negligência ficou caracterizada porque os sintomas indicavam necessidade de internação imediata, com exames atos ao diagnóstico.

Desta forma, se ficar demonstrado o erro médico no diagnóstico (elemento imprescindível para identificar a doença), e por fim, ficar provado que o

erro ocasionou dano ao paciente, a responsabilidade civil médica se torna indubitosa.

5.1.2 Erro de tratamento

O tratamento começa logo após o diagnóstico, é o momento que o médico usa diversos meios para salvar a vida do paciente, através de medicamentos ou cirurgias realizadas sobre o corpo do paciente. Nessa fase, o cuidado deve ser redobrado, isto é, o dever de prudência e assistência em face do paciente, pois é o momento de execução do diagnóstico.

No entanto, no caso de erro de tratamento, para que o médico seja responsabilizado, deverá ter agido com negligência, imprudência ou imperícia nos procedimentos do tratamento.

João Monteiro de Castro conceitua erro de tratamento, (2005, p.139) :

Nada mais é do que receitar tratamento ou prescrição de medicamento de forma errônea, seja o erro do nome do remédio, da dosagem, etc. Vale ressaltar que para este tipo de erro ser considerado crime é necessário que tenha sido culpável e trazido danos ao paciente.

A perícia médica será avaliada na fase de tratamento, pois é nessa fase que será comprado se o diagnóstico dado pelo médico foi correto ou não, isto é, a recuperação ou piora do estado de saúde do paciente.

Assim, se ficar caracterizado o dano causado ao paciente, e que tal dano sobreveio de erro no tratamento, a responsabilidade civil do médico torna-se certa, tendo que reparar o dano ao enfermo em eventual ação de indenização.

5.2 Culpa Médica (Stricto Sensu)

A Culpa é elemento essencial para se falar em responsabilidade civil médica. Culpa é a conduta voluntária, positiva ou negativa que produziu um resultado danoso, mas que era perfeitamente previsível, isto é, se tivesse agido com a devida atenção, poderia ser evitado.

Segundo Venosa (2003, p. 32 e 33):

A culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever. [...] A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.[...] Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. [...] De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém as consequências são idênticas.

Como já explanado, tem-se três graus de culpa: grave, leve e levíssima, e a medida da indenização será de acordo com a extensão dos danos. No entanto, a culpa, ainda que levíssima, obriga o agente a indenizar (reparar o dano), pois, como erro incidido sobre vida humana, não há lugar para culpas “pequenas”. (NETO, 2010, p.92)

Conforme diz Neto (2010, p. 93): “Não é preciso que a culpa do médico seja grave, basta que seja certa”.

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, e em se tratando de erro médico, a culpa deve ficar provada através da negligência, imprudência ou imperícia, para se falar em ação de reparação de danos.

Cabe ainda falar que nesse caso, cabe a vítima comprovar a culpa do médico, isto é, cabe a vítima demonstrar a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) para poder ser plenamente ressarcida dos danos que sofreu.

Nas palavras de Melo (2008, p.7-8):

A culpa por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correto em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais incorreria o homem padrão, criado “in abstracto” pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta. [...] a ideia de culpa decorre de um princípio comum, tanto no direito quanto na moral, que se resume na máxima de que, a ninguém é dado prejudicar injustamente ao seu próximo. O dano que resultar da violação de um dever moral determinado deve ser indenizado porque o fim principal da lei é impedir a lesão de outrem a qual só não deve ser levada a conta do responsável, quando milite a seu favor um direito

Assim, é imprescindível a existência de culpa para responsabilizar o médico, seja a culpa presumida ou demonstrada pelo paciente (credor), não

obstante o alcance que a obrigação tenha (obrigação de meios ou de resultado), isto é, mesmo que haja uma tendência generalizada de presumir a culpa nas cirurgias estéticas, essa culpa, mesmo que presumida é importante ser visualizada.

Nos subitens será analisado as espécie de culpa (imprudência, negligencia e imperícia).

A culpa em sentido stricto é aquela que se funda nos conceitos de negligência, imprudência ou imperícia por parte da conduta médica e se tais culpas forem comprovadas, darão ensejo ao dever de indenização.

Importante mencionar que, para se falar em culpa, deve-se observar a existência da conduta culposa do médico, o dano causado ao paciente, e o nexo causal que liga a conduta ao dano.

Neri Tadeu Câmara Souza fundamenta (2008, p.69) que há quatro componentes que se apresentam quando há a existência da culpa *stricto sensu* :

E, este comportamento culposo, no seu sentido estrito, em casos de erro médico, implicará, se ocorrer, em um delito culposo (leia-se, culposo em sentido estrito), que apresenta quatro componentes:

1. conduta, ação ou omissão, no caso culposa;
2. não cumprimento da obrigação (dever) de cuidados, geralmente, em casos de erro médico por negligência, imprudência ou imperícia do profissional;
3. resultado deletério involuntário, ou seja, um dano, prejuízo, ao paciente causado pelo atendimento médico;
4. previsível, o que implica que o médico podia prever, mesmo que não desejasse isto, que se agisse com imprudência, imperícia ou negligência o erro médico, dano ao paciente, poderia ocorrer

Deste modo, o elemento essencial para que haja culpa é a violação de um direito, isto é, uma não execução de um dever que o médico deveria ter observado e não o fez.

A teoria da culpa é vigente como regra no Direito Civil brasileiro, e seus pilares estão calcados nos artigos 186 e 951 do Código Civil, é a partir da interpretação desses artigos que a teoria da culpa ganha fundamento.

Neto (2010, p. 93), também não diverge:

Os artigos 186 e 951 do novo Código Civil pátrio continuam a agasalhar inteiramente a teoria da culpa, no que diz respeito à responsabilidade profissional do médico. Sobrevindo dano –morte, incapacidade ou ferimento -, a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* – negligência, imprudência ou imperícia – para poder ser ressarcida.

Deste modo, para uma captação melhor e mais aprofundada sobre as modalidades de culpa supramencionadas, parte-se agora ao estudo de cada uma delas, particularizada e separadamente, com suas especificidades, conceituação e exemplificação diante de casos concretos.

5.2.1 Negligência

Pode-se conceituar a negligência médica como sendo aquela oriunda de um ato omissivo, inação, indolência, inércia, passividade, falta de diligência do médico. A negligência é o oposto de diligência (*diligere*), que significa, agir com cuidado, atenção, agir com amor, evitando qualquer tipo de distrações ou falhas. (NETO, 2010, p.95)

“Na base da diligência está sempre uma omissão dos comportamentos recomendáveis, derivados da comum experiência ou das exigências particulares da prática médica”.(NETO, 2010, p.96)

Assim, em poucas palavras, pode-se definir negligência como sendo a omissão aos deveres exigidos do médico, para aquele caso em concreto, cometendo assim, culpa in omittendo, pois, não estará agindo com a diligência prevista, isto é, com o cuidado e atenção que é essencial na atividade médica.

Maria Helena Diniz define negligência (2011, p.57):

A negligência prende-se a um comportamento negativo por parte do facultativo, que não se empenha no tratamento, não observa os deveres exigidos pelas circunstâncias, não é diligente, não tem o cuidado solícito que a atenção ao paciente impõe. É não fazer o que deveria ser feito.

Miguel Kfoury Neto (2010, p.94), traz inúmeros exemplos de negligência médica, e que por esse motivo, geram a obrigação de indenização por parte do médico à vítima:

O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante); mais: a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; [...]; a letra do médico (receita indecifrável – em geral vê-se que os médicos têm letra ruim – levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência: deve-se prescrever à máquina ou de forma legível e sempre com cópia; esquecimento, em

cirurgia, de corpo estranho no abdômen do paciente (pinça ou gaze, por exemplo), causando dano

A seguir, decisão oriunda do Tribunal de Justiça mineiro acerca de indenização decorrente de negligência médica, em caso de cirurgia plástica:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA PLÁSTICA - COMPLICAÇÕES PÓS-CIRÚRGICAS - MORTE - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - NEGLIGÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - Falecendo a paciente de embolia pulmonar, cujo quadro clínico iniciou-se gradativamente após receber alta médica, trata-se de responsabilidade subjetiva, não havendo falar em obrigação de resultado por não haver erro médico na realização da cirurgia plástica. - Configurada a negligência do médico quanto aos esforços no sentido de constatar objetivamente a causa das queixas de sua paciente, presente o dever de indenizar seus familiares em virtude do falecimento daquela. - É devida pensão mensal aos filhos e marido da vítima, não devendo ser compensados com os valores auferidos a título de indenização previdenciária. - Apresenta-se pautado no princípio da razoabilidade a fixação de indenização por danos morais no equivalente a 100 salários mínimos para cada ente familiar que suportou o sofrimento pela perda de seu ente querido.(TJ-MG 200000039810310001 MG 2.0000.00.398103-1/000(1), Relator: UNIAS SILVA, Data de Julgamento: 11/03/2004, Data de Publicação: 31/03/2004)

Trata-se também de negligência quando o médico conhece o estado crítico do paciente, pois o examinou dias antes, e mesmo assim, lhe prescreve medicação por telefone deixando de comparecer ao hospital para vê-lo e receitar a medicação corretamente.

Assim, conclui-se que os casos de negligência são inúmeros, posto que a distração faz também parte da vida dos médicos, pois estes são humanos e cometem erros, os erros cometidos por distração vão desde erro desatento que receita remédio por outro, até o esquecimento de pinça ou qualquer outro objeto no corpo do paciente. (NETO, 2010, p.96)

Deste modo, reconhecendo a negligência do médico, este tem o dever de indenizar a vítima pelos danos causados, em contrapartida, se a negligência não for devidamente provada, por falta de nexo causal, não há de se falar em dever de indenização, pois a culpa do médico não foi comprovada.

Como conclusão, sugere-se aos médicos que atuem com o máximo de cautela, e que tomem todas as precauções necessárias para evitar qualquer tipo de erro, para que posteriormente não seja caracterizada negligência, assim, exige-se desses profissionais uma diligência extremada, pois sua profissão (medicina) lida diretamente com a vida humana.

5.2.2 Imprudência

A imprudência é a falta de atenção, de precaução, é o descuido, é a prática do ato profissional médico sem os cuidados exigíveis para o caso concreto, sem a cautela necessária.

Para Miguel Kfoury Neto (2010, p 98):

Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela. É o caso do cirurgião que não espera o anestesista e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora, acarretando dano ao paciente. A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada sem garantia de vaga em UTI, a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamento adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos

Segundo Pablo Stolze (2011, p.172), “Imprudência pode ser caracterizada quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo, o sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela”.

Diferentemente da negligência, na imprudência há culpa comissiva. A imprudência é o contrário de prudência e prudência é sinônimo de previdência – *ius prudens, medicinae prudens*, isto é, são aqueles que conhecendo os resultados da experiência e das regras que extraem desta, agem antevendo o evento que deriva daquela ação e somente depois toma as medidas acautelatórias necessárias a evitar o insucesso. (NETO, 2010, p.99)

A Imprudência médica se amolda perfeitamente ao contexto da imprudência em geral, pois o conceito de imprudente tanto vale para a área médica, como para outras áreas profissionais, neste caso cirurgias plásticas, bem como na vida como um todo.

No entanto, a grande dificuldade que se tem na prática é em distinguir a imprudência da imperícia, e também da negligência.

Basileu Garcia (1954) apud Neto (2010, p.99) expõe as devidas distinções entre as formas de culpa, exemplificando a diferença entre imprudência e imperícia, contribuindo para que não se confunda imprudência com imperícia e muito menos com a negligência, nos seguintes termos:

Consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres. A seguir, exemplifica tachando de imprudente notável cirurgião que, por vaidade, resolve empregar técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, abandonando o seguro processo habitual. Não é imperito nem negligente, pois redobra seus cuidados – mas o paciente morre, devido à sua imprudência. Negligente seria esse mesmo operador, se não exigisse assepsia perfeita para o ato cirúrgico – ou se, finda a intervenção, deixasse o enfermo aos cuidados de auxiliares sabidamente ineptos. Imperito seria o profissional da medicina que se aventurasse em cirurgia sem dispor dos conhecimentos básicos para tanto, vindo o paciente a falecer. Entende que imperícia e imprudência não podem coexistir: num mesmo comportamento, uma exclui necessariamente a outra. O médico é imprudente quando, tendo perfeito conhecimento do risco e também não ignorando a ciência médica (não sendo, pois, imperito), toma a decisão de agir assim mesmo. Exemplifica com o caso de um cirurgião que opera com um bisturi não esterilizado: se não conhece os perigos da infecção será notavelmente imperito; se o conhece e todavia prossegue, sua ação será imprudente.

A seguir, uma decisão onde houve imprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – Responsabilidade civil – Médico – Imprudência – Cirurgia ortopédica – Pressão região cervical – Tetraplegia – Danos patrimoniais, morais e estético. Em se tratando de ato complexo, em um contexto de múltiplos fatores e condições, é imprescindível determinar qual a condição, naquelas circunstâncias, adequada para produzir o resultado, pois é o autor dessa condição quem responde pelo evento danoso. Incumbe ao Médico-cirurgião zelar pelo bom funcionamento dos trabalhos de todos aqueles que participam do ato cirúrgico. O profissional que se dispõe a realizar esse tipo de operação assume o compromisso de, no mínimo, não resultar à paciente danos maiores aos já existentes, cabendo a ele, como profissional, avaliar os riscos. Da descrição do ato cirúrgico infere-se que, no decorrer de sua execução, houve a fratura da lâmina C-5, e que da intervenção cirúrgica resultou lesão neurológica irreversível na paciente. Em sendo difícil crer que uma fratura possa ser considerado fato “normal”, pois indica, pelo menos, que estava sendo aplicada força excessiva à área, elevando-se consideravelmente o nível de tensão (no sentido físico técnico de força/unidade de área) na região, o que também é evidenciado pela passagem com “dificuldade” do fio de aço de C-6 a C-4, é forçoso reconhecer a existência de erro na execução da cirurgia, pois os próprios documentos trazidos aos autos pelo réu corroboram a possibilidade de ocorrerem complicações (tetraplegia) em decorrência de compressão excessiva sobre a área medular (TRF-4.^a R., 3.^a T., AC 97.04.69211-0/PR, rel. Juíza Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 13.02.2001, DJU 04.04.2001, p. 691).

Deste modo, comprovada a imprudência, o médico deverá ressarcir o paciente pelos danos causados em virtude de seu ato imprudente.

Assim, é clara a conceituação de imprudência, embora por vezes seja necessário analisar minuciosamente, para identificar a presença de um ou outro tipo de culpa, para que então se conclua pelo dever de indenização à vítima.

5.2.3 Imperícia

Depois de analisadas as duas primeiras modalidades de culpa stricto sensu, necessita-se identificar a terceira, para saber diferenciá-las corretamente e quais casos de enquadrar cada uma delas.

A imperícia pode ser definida como a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos do profissional médico, o completo despreparo prático, isto é, o médico é totalmente inexperiente ao lidar com o paciente.(NETO, 2010, p.100)

Dispõe Neto (2010,p.104)

A imperícia médica é aferida dentre aqueles que detêm o diploma. Pode ser definida, de modo simples, como a falta da habilidade normalmente requerida para o exercício legítimo da atividade profissional, proveniente da carência de conhecimentos necessários, da inexperiência ou da inabilidade.

A imperícia também pode ser caracterizada pela incapacidade de exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência de conhecimentos necessários que são exigidos em uma determinada profissão, tudo isso, em virtude de alguns possíveis motivos, como: o fato de ser um recém-formado, não tendo experiência na prática médica, nunca ter se preocupado com os conhecimentos técnicos exigidos pela profissão.

Na obra de Miguel Kfoury Neto (2010, p.100), ele traz o seguinte exemplo de imperícia:

Exemplo de imperícia: médico que emprega meio de tratamento anteriormente utilizado, mas abandonado mais tarde. Em 13 de fevereiro de 1973, o Tribunal Correccional de Mans, em França, condenou um ginecologista a reparar as consequências civis de seu erro, que consistiu em empregar, sistematicamente, um método que não oferecia mais todas as garantias requeridas pela boa técnica. Complexa, sem dúvida, é a análise da responsabilidade de médicos e cirurgiões em casos que derivam de erro de técnica médica, que devem ser apreciados e decididos, geralmente, com o concurso de peritos, especialistas na área de conhecimento considerada.

Como se vê, a imperícia é um dos temas mais delicados entre aqueles ora examinados, isto porque tratando-se de atividade médica, é sempre difícil identificar aquela linha demarcatória que separa a atuação correta e a culposa, por isso, imprescindível a presença de peritos. (NETO, 2010, p. 104).

Entende Neto (2010, p.105)

Revela imperícia o profissional da medicina que delega ato médico a pessoa não habilitada. Presume-se imperito o médico ginecologista – sem habilitação em cirurgia plástica – que se aventura a realizar intervenções próprias da especialidade para a qual não se qualificou.

Observa-se na jurisprudência, alguns exemplos de Responsabilidade civil do médico no que tange à imperícia:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. REDUÇÃO CIRÚRGICA DE LUXAÇÃO RECIDIVANTE DE ATM - ARTICULAÇÃO TÊMPORAMANDIBULAR. IMPERÍCIA MÉDICA. CULPA CONFIGURADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O HOSPITAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. REDUÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVADO. 1. Cabível a reparação por danos morais se comprovada a imperícia dos profissionais no atendimento ao paciente. 2. Não existe responsabilidade do hospital que apenas cede sua estrutura para a realização de cirurgia, sem manter qualquer vínculo de subordinação ou de preposição com o médico responsável. 3. O dano moral fixado em atenção ao princípio da razoabilidade merece ser mantido. 4. O dano material, diferentemente do dano moral, não se presume. O prejuízo deve ser devidamente demonstrado, com indicação do abalo econômico APELAÇÃO 1 PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO 2 PREJUDICADA AGRAVO RETIDO PROVIDO APELAÇÃO 3 NÃO PROVIDA (TJ-PR - AC: 6886135 PR 0688613-5, Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 21/10/2010, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 507)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. OBJETO CIRÚRGICO DEIXADO NO INTERIOR DA PACIENTE. IMPERÍCIA MÉDICA. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. 1. Configura-se a imperícia quando o médico ao proceder intervenção cirúrgica deixa um objeto (agulha) no interior da paciente. 2. Os danos materiais, tendo em vista que a apelante nada provou sobre o tema, são afastados. 3. Os danos morais ficaram configurados pelo fato da preocupação causada a apelante ao ser informada que seria necessária outra cirurgia para a retirada de objeto cirúrgico que se quebrou em seu interior, e ainda após a segunda cirurgia, uma terceira foi realizada com o mesmo intuito da segunda e o que é pior, sem alcançar o resultado integral almejado. 4. O juiz, ao fixar o montante indenizatório, deve considerar os critérios subjetivos da avaliação do dano moral, não se distanciando, porém, do valor atribuído em casos análogos pela jurisprudência dominante, já que ausentes no ordenamento positivo regras jurídicas próprias. 5. Sucumbência recíproca. Recurso de Apelação parcialmente provido. (TJ-PR - AC: 1813714 PR 0181371-4, Relator: Rosene Arão de Cristo Pereira, Data de Julgamento: 28/03/2006, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 7108)

Para falar em ação de reparação de danos, deve ficar comprovada a falta de habilidade do médico, para que ele seja qualificado como imperito, caso contrário, não há de se falar em culpa – imperícia e responsabilidade do médico.

Assim, para se concluir acerca das conceituações de imprudência, negligência e imperícia, uma citação trazida na obra de Miguel Kfoury Neto, cujas palavras foram proferidas há alguns anos, perante a Corte de Apelação de Milão, pelo Procurador-Geral (2010, p.104):

(...) não é imperito quem não sabe, mas aquele que não sabe aquilo que um médico, ordinariamente, deveria saber; não é negligente quem descarta alguma norma técnica, mas quem descarta aquela norma que todos os outros observam; não é imprudente quem usa experimentos terapêuticos perigosos, mas aquele que os usa sem necessidade (...)

Diante dessas ponderações, conclui-se que quando o médico estiver diante de um caso que ultrapasse seus conhecimentos, deve buscar ajuda com seus colegas ou indicar um especialista para o caso. Antes de intervir, deve avaliar-se a si mesmo, para que não incida em nenhum tipo de erro e cause danos ao paciente.

Assim, conclui-se o enfoque acerca da culpa *stricto sensu*, bem como a análise pormenorizada de suas espécies (negligência, imprudência e imperícia), que são de suma importância para definir a culpa médica, e a forma na qual ela se enquadrará.

6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

6.1 Breves Considerações Sobre a Cirurgia Plástica

A cirurgia plástica, ao contrário do que a maioria das pessoas pensam, não é algo tão moderno assim. Ela surgiu logo após a primeira guerra mundial, com o intuito de corrigir os grandes estragos causados pelas armas de fogo e bombas usadas na guerra. Assim, a primeira guerra mundial fez surgir essa especialidade.

O primeiro a realizar uma reconstrução completa do nariz foi Heinrich Von Pfolseundt, no século XV, quando conseguiu realizar o procedimento cirúrgico usando pele em excesso do braço. Por isso, a rinoplastia é considerada mãe da cirurgia plástica.

Conforme menciona Rui Stoco (2007, p. 47), apenas no final do século XIX, surgiram as primeiras próteses nasais, seus conhecimentos adquirem dimensões principiantes, dando origem ao que atualmente se conhece por rinoplastia. No entanto, somente em 1930 é que foi criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Plástica Estética e reparadora.

Outro ponto importantíssimo para evolução da cirurgia plástica, foi a criação de anestesia cirúrgica, por tornar os procedimentos mais seguros e indolores.

Nos dias de hoje, esse campo da medicina tem muitas especializações, é um procedimento bastante divulgado e estimulado pelos meios de comunicação (televisão, revistas), tudo com o intuito de buscar a correção de um defeito corporal ou melhorar a aparência do corpo humano, na busca pelo corpo ideal.

Atualmente, a cirurgia plástica é classificada em dois tipos: cirurgias plásticas reparadoras e cirurgias plásticas embelezadoras.

6.2 Dever de informação do Médico e Consentimento do Paciente

Antes de realizar qualquer procedimento, o médico tem o dever de informar ao seu paciente com total veracidade, os riscos que o paciente corre ao se submeter a determinada cirurgia, deve expor ao paciente todas vantagens e desvantagens, isto é, antes do paciente decidir livremente sobre os atos a serem

praticados, tem o direito de saber o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos propostos pelo médico.

Nas cirurgias plásticas esse dever de informação é mais rigoroso. Nas palavras de Neto (2010, p. 194):

Nas obrigações do cirurgião, nessa especialidade, são agravadas. Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sobreponderar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter o seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as sequelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de se intervir.

As informações devem ser em linguagem clara e inteligível ao leigo, se houver várias formas de se fazer determinada cirurgia, o médico deve descrevê-las minuciosamente ao paciente, dar a sua opinião sobre a que acha mais adequada, certificar-se que o paciente compreendeu tudo o que foi relatado, desta forma, será válida a anuência do paciente.

Salienta-se ainda, que é de extrema importância “que tanto à informação prestada pelo médico, quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados”. (NETO, 2010, p.193)

O dever de informação que o médico deve prestar ao paciente é tão importante que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIV, prevê tal garantia constitucional.

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Tem-se ainda previsão no CDC, em seu artigo 6º, inciso III, bem como em seu artigo 31:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Deste modo, vislumbra-se a extrema importância de informar corretamente o paciente que deseja se submeter a alguma cirurgia, principalmente se for alguma modalidade de cirurgia plástica, pois o sujeito se submete ao procedimento estando saudável, sem nenhum risco de vida.

6.3 Cirurgia Plástica

Como já ponderado, a cirurgia plástica é uma especialidade médica e tal especialidade vem sido cada vez mais procurada pelas pessoas e por consequência acaba crescendo o número de demandas por erro médico no poder judiciário.

Existe ainda algumas divergências no que tange a responsabilidade do médico em cirurgias plásticas, discute-se se tal obrigação do profissional médico é de meio ou de resultado.

No entanto, para se chegar a essa discussão polêmica, primeiramente abordar-se-á as modalidades de cirurgias plásticas.

Assim, neste item será analisado as espécies de cirurgia plástica e qual a obrigação do médico em cada uma delas.

6.3.1 Cirurgia plástica reparadora

Como o seu próprio nome diz, a finalidade dessa cirurgia plástica é de reparar defeitos congênitos ou adquiridos, isto é, reparar alguma deformidade física, que nasceu com a pessoa ou que eventualmente surgiu no curso de sua vida.

Assim, essa modalidade não tem como objetivo o embelezamento, mas sim solucionar problemas de natureza médica, como: “os enxertos reparadores de deformidade cicatricial, lábio leporino, as fissuras palatinas congênitas ou adquiridas, as osteotomias de recomposição plástica, após consolidação viciosa, a cirurgia da mão e tantas outras condições terapêuticas”. (NETO, 2010, p.189)

Contudo, não há dúvidas no posicionamento dos doutrinadores (Neto, Gagliano, Policastro, Stocco e outros) sobre a finalidade da cirurgia plástica reparadora, sendo ela em corrigir defeitos congênitos ou adquiridos pelo paciente, como é o caso do paciente que sofre um grave acidente e tem seu rosto deformado,

assim, a finalidade nesse caso seria única e exclusivamente em reconstituir o rosto desse paciente, para voltar a ter uma vida normal.

É pacífico na doutrina e jurisprudência, que a obrigação do médico nesta modalidade de cirurgia é de meio, pois o cirurgião plástico não assume o risco de determinado resultado (não promete nenhum resultado ao paciente), mas, se compromete a fazer o que está ao seu alcance para melhorar a aparência física do paciente, isto é, cuidar do paciente com zelo, diligência, utilizando todos os recursos e técnicas disponíveis pela medicina. (NETO, 2010, p.191)

Não diverge o entendimento da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MATERIAIS, PERDAS E DANOS C/C DANOS ESTÉTICOS. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. INEXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- O procedimento realizado pela apelante trata-se de cirurgia plástica reparadora, configurando-se a obrigação não como de resultado, mas de meio, cabendo, portanto, ser apurada a culpa para que incida a responsabilidade médica.

- Por meio do conjunto fático-probatório apresentado nos autos, não restou comprovada a conduta culposa do profissional cirurgião e, conseqüentemente, o erro médico a ensejar a obrigação de indenizar. Muito pelo contrário, conclui-se da perícia apresentada nos autos que a conduta adotada pela equipe médica se mostrou coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexos de causalidade entre os atos praticados pelo médico/apelado e os danos suportados pela apelante. (Processo: APL 57647520048170810 PE 0005764-75.2004.8.17.0810; Relator (a): Antônio Fernando de Araújo Martins; Julgamento: 25/09/2012; Órgão Julgador : 6ª Câmara Cível; Publicação: 18/05/2012)

Assim, como trata-se de obrigação de meio, se por ventura o paciente alegar que houve erro médico em sua cirurgia, cabe a ele (credor-paciente) provar que o devedor (médico) não teve o grau de diligência exigível, isto é, que o médico atuou com culpa: imperícia, negligência ou imprudência. Posto isso, nas cirurgias plásticas reparadoras, ônus probandi compete ao credor (paciente).

6.3.2 Cirurgia plástica estética

A grande divergência que existe é em relação a cirurgia plástica estética, alguns magistrados, ainda que minoria, se posicionam no sentido de ser uma obrigação de meio.

Contudo, o objetivo desse item é demonstrar que cirurgias com fins exclusivamente estéticos tratam-se de obrigação de resultado, sendo este o entendimento da maioria da doutrina e jurisprudência.

A Cirurgia plástica estética, também denominada de embelezadora ou cosmética é aquela que tem a finalidade de eliminar imperfeições físicas do indivíduo, isto é, visam melhorar a aparência externa de alguém, tendo como objetivo exclusivo o embelezamento.

Neto (2010, p. 192), traz a definição de cirurgia estética:

Procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia, do ponto de vista estético.

Nesses casos o paciente não sofre de nenhuma doença física, mas apenas de um mal-estar psicológico, sendo este o motivo, muitas vezes, que o faz submeter-se a tal cirurgia.

Portanto, muitas vezes é a questão emocional que propulsiona o paciente a procurar um cirurgião plástico, para melhorar sua aparência, já que encontra-se psicologicamente insatisfeito, o que acaba prejudicando sua vida social.

Neto, esclarece (2010, 192):

Há que se entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psíquico e social. Nesse contexto, indubitosa é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal estar, não físico, mas psíquico ou moral.

Assim, a expectativa do paciente é que o médico tenha êxito em corrigir o aspecto físico que tanto o incomoda. Se assim não fosse, jamais se

submeteria à procedimento de tão alto custo e aos riscos que oferece tal cirurgia, pois é importante destacar que qualquer procedimento cirúrgico tem seus riscos.

Por isso, o médico está obrigado a avisar o paciente de todos os riscos inerentes a cirurgia a que se submeterá, pesando as vantagens e desvantagens. Contudo, se o médico calcular que tal cirurgia oferece algum risco maior a saúde do paciente, isto é, se os perigos forem maiores que as vantagens, tem o dever de não executá-la.

Na cirurgia plástica, a correção estética é o único escopo do paciente, assim, é uma situação onde se busca um resultado certo e determinado, deste modo, é inseparável a relação jurídica da cirurgia plástica com o instituto da obrigação de resultado. (NETO, 2010, p.193)

A busca pelo belo, pelos padrões de beleza impostos pela sociedade e mídia são os principais motivos que levam às mulheres e homens procurarem um cirurgião plástico. Tem-se também, os avanços tecnológicos da cirurgia plástica, bem como a grande divulgação de resultados extraordinários conquistados, fazendo com que o paciente acredite que terá um rosto ou corpo perfeito após o procedimento cirúrgico, deixando de ser o que se convencionou como “feio”.

Deste modo, o paciente espera o resultado perfeito, pois essa é a finalidade da cirurgia, e este só se submeteu ao procedimento por esse motivo.

No entanto, na hipótese do resultado que o paciente almejava não ser obtido, presume-se que a culpa foi do cirurgião plástico até que ele prove a sua não culpa ou qualquer outra causa exonerativa.

Alguns estudiosos, persistem em dizer que a cirurgia plástica trata-se de obrigação de meio, justificando que é imprevisível o comportamento da pele humana, do organismo, sobre uma intervenção cirúrgica.

No entanto, tal posicionamento não merece guarida, pois embora tentem enquadrar a cirurgia plástica estética no figurino das obrigações de meios, os tribunais mostram-se extremamente refratários à tal posicionamento.

Nas palavras de Neto (2010, p.197):

Para outros médicos, o resultado pode ser uma incógnita; para os cirurgiões plásticos, nas intervenções embelezadoras, deverá ser uma certeza.

Quando chegam aos tribunais casos de erro médico, onde é visível os resultados desastrosos, em cirurgias que visavam ao melhoramento estético, os

juízes aplicam a teoria “res ipsa loquitur”, isto é, a péssima aparência pós-operatória, muito pior que o mal que se pretendia sanar, “falaria por si mesma”, presumindo a culpa. (NETO, 2010, p.197)

Como já fora explicado, em regra, a obrigação do médico é de meio, sendo a sua responsabilidade subjetiva, mas, nos casos de cirurgia estética a obrigação é de resultado, sendo a responsabilidade objetiva - presumida.

Assim, nesta modalidade de cirurgia o ônus da prova se inverte: incumbirá ao médico, demonstrar claramente que agiu adequadamente, com todos os meios técnicos indicados e exigíveis ou demonstrar alguma excludente de responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito) ou qualquer outra causa que aniquile o nexo causal. (NETO,2010, p.197)

Ainda é importante enfatizar, que não tem como o médico fiscalizar todas as circunstâncias que podem influir na cirurgia estética. Cita-se um exemplo: a quelóide, que vem a ser uma calosidade cicatricial que pode surgir no local da cirurgia, mais especificadamente, no corte da cirurgia.

Até hoje a medicina não sabe explicar o porquê aparece quelóides em algumas pessoas, ao passo que não se apresentam em outras. Por isso, quando o médico vai realizar uma cirurgia, ele não tem condições de afirmar, com certeza absoluta que não haverá queleide durante a cicatrização. (NETO,2010, p.199)

Assim, tais complicações podem ocorrer, pois não tem como ser prevista pelo médico, nesse caso em específico, não pode o paciente dizer que a responsabilidade é do médico, pois a quelóide acaba sendo uma consequência inevitável para algumas pessoas, se equivalendo a uma excludente de responsabilidade.

É importante esclarecer que algumas causas já identificadas, podem ajudar no aparecimento de quelóides:

- a) Raça: indivíduos da raça negra e amarela são mais propensos a aparição de queloides.
- b) Hereditariedade
- c) Local do corpo: Em algumas áreas do corpo são mais frequentes queloides: peitorais, rosto, perfurações em orelhas.
- d) Descumprimento dos cuidados que o médico exige durante o pós-operatório.

O entendimento do STJ não diverge que as quelóides se equivalem a uma excludente de responsabilidade – “caso fortuito”:

CIRURGIA ESTÉTICA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS - QUELÓIDES - RESPONSABILIDADE CIVIL - CULPA - CASO FORTUITO. A cirurgia plástica é uma obrigação de resultado; por isso, deve o médico-cirurgião zelar por garantir a obtenção do resultado prometido ao paciente, salvo a ocorrência de caso fortuito. Atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o "ciente" por escrito, dando a conhecer à pessoa as consequências ou decorrências do procedimento que será efetuado. Considera-se caso fortuito ou força maior o acontecimento, previsível ou não, que causa danos e cujas consequências são inevitáveis. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.(STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

Importante ainda esclarecer que em relação ao erro médico em cirurgias plásticas estéticas, pode ocorrer as seguintes situações:

a) O médico realiza o procedimento estético na paciente, no entanto ele não obteve o resultado prometido e contrato. Neste caso, o médico não alcançou o resultado prometido, mas ele não agravou a situação da vítima, isto é, foi mantido na vítima o seu estado quo ante. Nesses casos, o médico terá a obrigação de restituir ao paciente o valor que ele pagou pelo serviço.

b) O médico realiza o procedimento estético e além de não atingir o resultado almejado, causa agravamento ou lesão estética na paciente, isto é, agravando o defeito físico existente. Nesses casos, o médico deverá devolver o valor pago pelo serviço, bem como o dever de submeter a paciente a uma nova cirurgia, com o objetivo de corrigir o dano que causou, sendo esta cirurgia reparadora. A paciente tem o direito de escolher outro profissional de sua confiança para realizar a cirurgia reparadora.

Pode ainda ocorrer, do defeito causado à paciente não ser passível de correção, isto é, se tornar definitivo. Assim, o médico deve devolver o valor que foi pago pela cirurgia estética, bem como de indenizá-la pelo dano estético e moral ocasionado, levando em conta, o que esse defeito pode causar na vida dessa vítima sob o aspecto moral, psicológico, social e profissional.

Abaixo, algumas jurisprudências sobre cirurgias plásticas estéticas:

APELAÇÃO CIVIL Nº 48030097462. APTE HELIETE MIRANDA ROCHA. APDO: ELIAS KUSTER. RELATOR: DES. FREDERICO GUILHERME PIMENTEL. APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS - ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO - IMPLANTE EMBELEZADOR DE PRÓTESES DE PANTURRILHAS - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - ALEGAÇÃO DE REJEIÇÃO ÀS PRÓTESES - NÃO COMPROVAÇÃO - ASSUNÇÃO DE CULPA PELO MÉDICO - RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ reconhece como obrigação de resultado a cirurgia plástica estética, onde se afere a existência do fato, do dano e o nexo de causalidade entre estes. 2. O médico não se incumbiu de comprovar a ocorrência de rejeição às próteses de panturrilhas. 3. Dessume-se dos autos a assunção de culpa pelo médico que arcou com os custos dos tratamentos necessários para minimizar os problemas oriundos do insucesso cirúrgico, mesmo em se tratando de paciente que se presume financeiramente capaz, por ser advogada militante e que se submeteu a outras cirurgias plásticas estéticas eletivas, inclusive a em questão, sem o auxílio de plano de saúde. 4. Danos morais e estéticos comprovados. 5. Danos materiais que deverão ser apurados em liquidação. 6. Inversão dos ônus da sucumbência. 7. Recurso provido. (TJ-ES - AC: 48030097462 ES 48030097462, Relator: FREDERICO GUILHERME PIMENTEL, Data de Julgamento: 27/02/2008, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA DO ABDÔMEN. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR ESPECIFICAMENTE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182 DO STJ. PRECEDENTES. DECISÃO QUE MERECE SER MANTIDA NA ÍNTEGRA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. O STJ TEM ENTENDIMENTO FIRMADO NO SENTIDO DE QUE QUANDO O MÉDICO SE COMPROMETE COM O PACIENTE A ALCANÇAR UM DETERMINADO RESULTADO, O QUE OCORRE NO CASO DA CIRURGIA PLÁSTICA MERAMENTE ESTÉTICA, O QUE SE TEM É UMA OBRIGAÇÃO DE RESULTADOS E NÃO DE MEIOS. RECURSO INFUNDADO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/06/2010, T4 - QUARTA TURMA)

O entendimento de João Monteiro de Castro se inclina no mesmo sentido (2005, p.156)

A jurisprudência tem, nitidamente, se inclinado pela corrente de que a responsabilidade do cirurgião plástico, ao fazer cirurgia embelezadora, é de resultado.

Por tais razões, entende-se que o posicionamento adequado a ser seguido é o que atribui ao cirurgião plástico, em procedimentos estéticos, uma obrigação de resultado. E se por ventura ocorrer o inadimplemento do contrato, isto

é, erro médico, o paciente deve ser ressarcido pelos danos morais, materiais e estéticos.

6.4 Reparação de Danos e Quantum Indenizatório

Neste item será abordado os tipos de danos causados à vítima em casos de erro médico em cirurgia plástica reparadora e estética, e o que os magistrados levam em consideração para aplicar o valor da indenização, isto é, o quantum indenizatório para reparar o prejuízo sofrido pela vítima (paciente).

6.4.1 Dano Médico

Antes de adentrar propriamente as espécies de danos que uma cirurgia plástica mal sucedida pode causar ao paciente. É mister, entender o que é Dano médico.

Policastro conceitua o que é Dano (2013, p 56):

Dano é toda ofensa causada ao patrimônio material ou imaterial da pessoa. O direito chama o segundo de prejuízos morais ou extrapatrimoniais. Ambos são indenizáveis, conforme assegurado constitucionalmente (CF art.5º, V).

O dano é sinônimo de prejuízo, assim, dano seria a alteração de uma condição favorável, seja pela força da natureza ou pelo trabalho do homem. Entende-se que para que o dano seja juridicamente qualificado, deve decorrer da inobservância de uma norma.

Destarte, para se falar em responsabilidade civil médica deve haver um dano à outrem, assim, é necessário que por conta de uma ação ou omissão qualificadas de culposas, seja por negligência, imprudência ou imperícia tenha causado um dano ao paciente (vítima). (NETO, 2010, p.111)

Sobre a atividade médica, os danos médicos podem abranger qualquer tipo dos danos supramencionados. Adquire relevância, os danos físicos (estéticos), visto que a atividade médica atua sobre o corpo humano. (NETO, 2010, p.111)

Aponta Policastro (2013, p. 55):

Os instrumentos legais em que os juízes se apoiam para decidir as questões relacionadas aos danos ocasionados por erros médicos são, basicamente, a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o repertório dos tribunais.

Assim sendo, os danos causados por erro médico podem ser físicos (ou corporais-estéticos), materiais ou morais. E o objetivo desse item é identificar com clareza os tipos de danos sofridos pela vítima, bem como a quantificação da reparação - quantum, que acaba sendo uma das tarefas mais árduas para os magistrados.

6.4.2 Dano material

Em relação aos danos materiais, não existem grandes polêmicas, pois os danos patrimoniais são mensuráveis, isto é, são mais fáceis de se constatar, bem como de determinar o quantum (pecúnia).

Em casos de erro médico em cirurgias plásticas ou erro médico em qualquer outra especialidade médica, prevê a lei que o médico tem a obrigação de indenizar os prejuízos (perdas e danos) decorrentes de sua conduta culposa, isto é, ao dano sofrido pelo paciente em razão do ato médico.

As perdas e danos se dividem em danos emergentes e lucros cessantes.

Como já ponderado, danos emergentes é a perda efetivamente sofrida pelo paciente, enquanto os lucros cessantes seria o que a vítima efetivamente deixou de ganhar por conta da conduta culposa do médico. Importante mencionar, que o ofendido (vítima) que deverá provar seus rendimentos, para que a soma devida seja apurada. O art. 402 do CC prevê tais institutos.

Nas palavras de João Monteiro de Barros (2005, p.33):

O dano no corpo e à saúde é sempre um dano emergente (*damnum emergens*) do ato antijurídico. Por outro lado, o lucro cessante (*lucrum cessans*) contempla o ganho frustrado, ou seja, o não ingresso de certos bens ou direitos ao patrimônio da vítima, que se vê privada pela intercorrência do fato danoso. Assim, o prolongamento do estado patológico ou a inatividade em razão da internação, tratamento ou convalescença gera uma inatividade que impede o exercício da capacidade laborativa, bem dizer da aquisição dos frutos do trabalho ou atividade humana. Daí a pertinência de lucros cessantes,

Se o erro na cirurgia plástica ocasionar a morte do paciente, o profissional médico tem o dever de indenizar todas as despesas hospitalares do falecido, seu funeral, luto da família, bem como arcar nos alimentos a quem a vítima os devia.

A seguir, um caso de erro médico em cirurgia plástica estética, onde resultou a morte da paciente:

Indenização por danos materiais e morais. Lipoescultura /Lipoaspiração. Perfuração veia renal e do rim. Laudo pericial concluiu pela utilização das providências necessárias à cirurgia. Riscos inerentes à cirurgia que não se pode estender ao resultado morte, em especial em cirurgia estética. Sentença de improcedência reformada quanto a responsabilidade do médico e também da clínica, onde efetuada a lipoaspiração, esta por falha do serviço, com inversão da sucumbência. Dano material estabelecido em um salário mínimo mensal apenas para a filha, pois ,não comprovado pelo genitor a dependência econômica alegada. Dano moral fixado em cento e cinquenta salários mínimos para cada Autor, a ser suportado de forma solidária pelos Réus. Recurso provido parcialmente. (TJ-SP - APL: 1524828020078260100 SP 0152482-80.2007.8.26.0100, Relator: João Pazine Neto, Data de Julgamento: 29/11/2011, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2011)

Se por ventura, o erro na cirurgia ocasione alguma lesão ou deformidade ao paciente, o cirurgião indenizará a vítima nas despesas do tratamento, o que deixou de ganhar até o fim do tratamento (lucros cessantes - art. 949 do código civil), bem como algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (NETO, 2010,p.125).

Caso de erro médico em cirurgia plástica, onde restou comprovada as sérias deformidades e lesões causadas na vítima (ex: complicações funcionais):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. CIRURGIA EXCLUSIVAMENTE EMBELEZADORA. CORREÇÃO DE PTOSE E AUMENTO DE MAMA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PRESUNÇÃO DE CULPA. MÉDICO QUE NÃO ESCLARECE À PACIENTE O FATO DE NÃO POSSUIR TÍTULO DE CIRURGIÃO PLÁSTICO, ALÉM DE NÃO COMPROVAR TER TOMADO OS CUIDADOS EXIGIDOS TANTO NO PRÉ COMO NO PÓS-OPERATÓRIO. FALTA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DOCUMENTO PADRÃO QUE NÃO CONFIGURA CONSENTIMENTO INFORMADO. PACIENTE COM SÉRIAS DEFORMAÇÕES ESTÉTICAS E POSSÍVEIS COMPLICAÇÕES FUNCIONAIS. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS EVIDENCIADOS. REPARAÇÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O direito à informação, materializado pelo consentimento informado, é uma garantia consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, além de um importante instrumento no equilíbrio da relação médico-paciente, conforme se extrai do disposto no artigo 6º, inciso III, da referida legislação. Serve, inclusive, para a minoração da

vulnerabilidade do paciente que deve possuir todas as informações possíveis à formação do seu convencimento, sobretudo no que concerne a um procedimento eletivo, de cunho estritamente estético. 2. Deve ser entendida a obrigação do cirurgião plástico, nas intervenções exclusivamente estéticas, como sendo de resultado, na medida em que o paciente, pessoa saudável, somente se submete à intervenção cirúrgica, na esperança de melhorar seu aspecto físico. 3. Em que pese o fato de qualquer ato cirúrgico estar sujeito à álea e, não obstante a realidade de que cada organismo é único em sua integralidade, na cirurgia plástica estética, sendo de resultado a obrigação assumida pelo médico, cumpra-se a demonstração da quebra do nexo de causalidade ou de imputação para a sua liberação do dever de indenizar. (TJ-SC - AC: 239519 SC 2008.023951-9, Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 02/09/2011, Sexta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Lages)

Além das situações de morte e lesões, se por conta do erro médico, a vítima sofrer uma diminuição da sua capacidade laborativa, seja ela completa ou permanente, tem o direito de receber do ocasionador do dano, pensão no valor equivalente que auferia com o trabalho (artigos 949 e 951 do CC).

6.4.3 Dano moral

Segundo Neto (2010, p. 56), o dano moral pode ser conceituado como: “sofrimentos psíquicos ocasionados a alguém pela conduta de outrem: dor, angústia, aflição tristeza”. São considerados direitos extrapatrimoniais: os direitos de personalidade, isto é, vida, integridade física, honra e os sentimentos.

Deste modo, a vítima ou seus familiares tem o direito de ser indenizado quando houver lesão aos seus direitos de personalidade.

O Código civil brasileiro prevê a reparabilidade do dano moral no art. 186 e a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X.

Atualmente não se diverge sobre a cumulação do dano material com o moral. É perfeitamente possível, e o referido entendimento tem amparo na Súmula 37 do STJ, que prevê a cumulatividade de ambas indenizações oriundas do mesmo fato, desde que não haja enriquecimento indevido.

Diferentemente do que ocorre com o dano material, “em relação ao dano moral não há uma base exata para determinar o valor reparável, pois, tais sentimentos são incompatíveis com valorações econômicas. Procura-se apenas amenizar a angústia do ofendido e punir o ofensor, para não praticar novo ilícito.” (POLICASTRO, 2013, p.56)

“É extremamente difícil a tarefa de arbitrar o valor da reparação do dano moral, principalmente quando efetuada pelo próprio juiz, sem o concurso (às vezes impossível) de peritos” (NETO, 2013, p129)

Assim, para fixar o quantum (valor) do dano moral, os juízes devem considerar diversos fatores, sendo alguns deles:

- a) O juiz deve considerar as condições sócio-econômico-culturais da família;
- b) As circunstâncias do trágico acontecimento;
- c) A profundidade dos reflexos do precoce desaparecimento no seio familiar, bem como todas as características do evento danoso.

Depois de analisar todos esses aspectos, o magistrado valendo-se da sua experiência e bom-senso, indicará, preferencialmente em salários mínimos, o valor da verba indenizatória.

Normalmente, em casos de morte, a estipulação do dano moral é estipulado da seguinte forma: multiplica-se o ganho mensal da vítima pelo número de meses que faltariam para que ela completasse 65 anos (outros falam em 70 anos), que é considerada a idade que o brasileiro conseguiria atingir.

Segundo Neto (2010, p.133), a quantificação do dano moral, tem uma trílice função:

- a)compensatória ou reparatória – mitigar a dor, a humilhação, o menoscabo;
- b)punitiva- sanção civil para o infrator, aplicada a “teoria do desestímulo”, ou seja, o montante da compensação deve exercer forte coerção sobre o ofensor, de modo a não incentivar a prática do ilícito; e
- c)preventiva (pedagógica ou profilática) – com a finalidade de desestimular a reiteração dos atos lesivos.

O Tribunal Paranaense traz um caso onde restou comprovado os danos morais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - CIRURGIA ESTÉTICA - NARIZ - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - DEFORMIDADE OCACIONADA PELA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - DANO MATERIAL E MORAL - NEXO DE CAUSALIDADE PRESENTE - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - VALORAÇÃO DOS DANOS MORAIS - CORREÇÃO MONETÁRIA - A PARTIR DA SENTENÇA - SENTENÇA - REFORMA - RECURSOS - APELAÇÃO - PROVIMENTO PARCIAL - ADESIVO - PROVIMENTO. Nas cirurgias plásticas estéticas, de forma geral, se presume a culpa do cirurgião pelo não atingimento do resultado esperado, pois esta intervenção objetiva a mudança de padrão estético da pessoa, ao embelezamento puro e simples, constituindo por tanto obrigação de resultado, devendo indenizar

pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. Portanto, devidamente caracterizado a culpa, o nexo causal e o dano moral sofrido pela apelada. Na sentença, o d. juízo "a quo" fixou a indenização em danos morais no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a contar da data da segunda cirurgia realizada e juros de mora a partir da citação, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano. Em recurso adesivo Maraiza Dowe Reis pleiteia a majoração da indenização pelos danos morais experimentados, assim como também requer seja aumentada à verba honorária constante da condenação. O valor dos danos morais arbitrados realmente foi modesto em razão do sofrimento a que se viu submetida a recorrente adesiva, sendo que os R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) arbitrados não são suficientes para repará-lo, bem como não serve de desestímulo ao ofensor, razão pela qual é de ser majorado para o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) corrigidos monetariamente da data da sentença e acrescidos de juros da data da citação. Diante do exposto, é de se dar parcial provimento ao recurso de apelação de José Roberto Fróes da Motta para determinar que o valor da correção monetária sobre a indenização pelos danos morais incida a partir da data da sentença, bem como é de se dar provimento ao recurso adesivo de Maraiza Dowe Reis para majorar o valor da indenização pelos danos morais para R\$ (doze mil reais) e fixar os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, mantendo no mais a sentença atacada, tendo o Juiz Convocado Luis Espíndola que divergiu nos fundamentos do dano moral (TJ-PR , Relator: Sérgio Luiz Patitucci, Data de Julgamento: 07/11/2007, 15ª Câmara Cível)

Assim, conclui-se que qualquer que seja a lesão ao patrimônio moral do ser humano, configura dano a ser reparado pelo ofensor, no entanto, tal indenização não pode provocar o enriquecimento da vítima e nem ser insignificante demais, ao ponto de proporcionar um avantajamento ao causador do dano.

6.4.4 Dano estético

O dano estético, é a lesão da beleza física, e tal lesão agride a pessoas nos seus sentimentos de auto estima, denegrindo totalmente a imagem que a pessoa tem de si. Por esse motivo, o dano estético não necessita ser exposto (externo), muito menos ser de grande extensão, uma vez que, uma simples lesão desgostante pode ser caracterizada como um dano estético. (NETO, 2010, p 115)

Maria Helena Diniz conceitua dano estético: (2011, p. 118):

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Não é descabido acrescentar que, para que o dano estético se configure, exige-se que a lesão traga um afeamento à vítima, e ainda, que seja duradoura, pois, se for lesão estética passageira não há de se falar em dano estético. Assim, a lesão deve ser permanente e irreparável, sem possibilidade de restauração, isto é, voltar ao seu estado quo antes.

Deste modo, “fora de dúvida que, se o médico, culposamente, acarretar dano estético ao paciente, deverá repará-lo” (NETO, 2010, p.116)

Importante minutar, que à algum tempo atrás, o dano estético não tinha previsão legal como o dano material e moral, isto é, as espécies de danos abarcados no direito brasileiro eram apenas o dano material e moral, conforme art. 5º da CF, bem como artigo 186 do Código Civil.

O Código Civil de 2002, entretanto, não regulamentou de forma particular o dano estético, sendo entendido por muitos que o dano estético se encaixava na parte final do art. 949 do CC.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de **algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.**

No entanto, o dano estético não é menos importante que os outros tipos de danos já citados, pois, embora não tenha previsão no código civil, ele é largamente reconhecido pelos Tribunais Superiores, através da Súmula 387 do STJ, editada 26/08/2009.

STJ Súmula nº 387 -26/08/2009 - DJe 01/09/2009
Licitude - Cumulação - Indenizações de Dano Estético e Dano Moral
É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral

Ainda assim, existe uma corrente doutrinária minoritária que abomina o entendimento da Súmula 387 do STJ, pois uns entendem que a reparação do dano estético é de ordem material, outros entendem que o dano estético série uma espécie de dano moral, cabendo assim, uma única ação de reparação, pois cumular o dano estético e moral seria um bis in idem.

Nessa linha de raciocínio, pode-se citar:

Rui Stoco (2001, p. 1356), prega que “O dano à estética pessoal é espécie do gênero dano moral”. Assim também pensa Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 344): “O dano estético subsuma-se no dano moral”.

Teresa Ancona Lopez (2004, p.55), preleciona que “dano estético é sempre um dano moral”.

Todavia, depois da edição da súmula 387 não existe mais dúvidas sobre a autonomia jurídica do dano estético, pois antes mesmo da edição da súmula, o STJ já admitia a cumulação de dano estético com moral, sendo totalmente lícita a cumulação dessas espécies de dano.

A finalidade dos magistrados em reconhecer essa terceira espécie de dano, foi com o intuito de proporcionar uma reparação mais vasta e justa aos ofendidos, o que representa um grande avanço na responsabilidade civil.

Nos dias de hoje o dano estético está previsto inclusive no enunciado 192 da III Jornada de Direito Civil.

Enunciado 192 – Arts. 949 e 950: Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético.

Assim, como já demonstrado, não há dúvidas sobre a autonomia e independência do dano estético, agora faz-se necessário analisar o modo que o juiz arbitrará o quantum indenizatório.

Para Neto (2010, p.116), para o juiz fixar o valor do dano estético, deverá levar em conta os seguintes pontos:

No juízo cível, importará a extensão dos danos a localização, a já referida possibilidade de completa (ou parcial) remoção, as características pessoais da vítima (sexo, idade, profissão, estado civil etc.), as restrições de ordem pessoal decorrentes da irreparabilidade da lesão (alijar-se do convívio social, dado o aspecto repugnante do ferimento) – tudo deverá ser levado em linha de conta, no momento de se definir a indenização.

Assim, o probo juiz, ao analisar a gravidade da lesão, irá ponderar pela extensão e localização do dano, bem como o quanto que a deformidade trará de maléfico para a vida da pessoa passiva. Nessa diapasão, o juiz poderá também, analisar a interferência da deformidade sofrida em reflexo da profissão do ofendido – seja a pessoa uma atriz, modelo, jornalista - assim todos esses aspectos irá refletir no quantum indenizatório a título de dano estético.

Isso ocorre constantemente em cirurgias plásticas estéticas, pois este tipo de cirurgia sugere uma obrigação de resultado, e se tal resultado não for atingido, é presumida a responsabilidade do cirurgião plástico, devendo indenizar a vítima por danos materiais, morais e estéticos, arcando inclusive com verbas para tratamentos e novas cirurgias reparadoras.

Segue abaixo, um julgado atinente ao dano estético:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CUMULAÇÃO DE DANOS MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. OMISSÃO DO CONSELHO MEDICINA NÃO COMPROVADO. 1- Tratam-se de apelações cíveis interpostas pela autora e pelo co-réu Alberto Rondon em face da sentença, que, em sede de ação de conhecimento pelo rito ordinário, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o co-réu Alberto ao pagamento de indenização a título de danos moral e estético, decorrente de erro médico. 2- O réu tem o ônus de elucidar e comprovar o que é que pretendeu reparar, evidenciando a necessidade de sua intervenção, a fim de justificar que a obrigação era mesmo de meio, porém, nada esclareceu nesse sentido em sua defesa. 3- Na hipótese dos autos não se admite falar em obrigação de meio, pois o apelante, por se apresentar como especialista em cirurgia plástica assumiu a obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade no procedimento cirúrgico. 4- Os danos da autora restaram comprovados pelas fotos de fls. 23/24 e pelo laudo pericial de fl. 297, revelando que o resultado da cirurgia plástica efetuada pelo co-réu Alberto Rondon foi inadequado e imperito, causando sérias deformidades e cicatrizes pronunciadas na paciente, agravando-se a pela negligência do mesmo, ante a falta do devido acompanhamento pós-operatório. 5- Verificado a existência do nexo de causalidade entre a conduta do réu cirurgião e a ocorrência dos danos suportados pela autora, afastando a tese aventada pelo réu no que diz respeito às causas diversas excludentes de sua responsabilidade, porquanto o réu não demonstrou que, efetivamente, tenha realizado qualquer procedimento para investigar a predisposição da paciente ao desenvolvimento de cicatrizes anormais ou preveni-las no pós-operatório. 6- Não tenho por suficientemente evidenciadas a omissão do Conselho de Medicina e a sua relevância nos danos apontados pela parte autora. Não restou comprovada a existência de conduta ativa ou omissiva e o nexo causal entre esta e o dano que a apelante diz ter experimentado, conforme ônus que lhe cabia, razão pela qual não merece reformas neste aspecto a sentença, devendo ser afastada a responsabilidade civil do Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul. 7- Se o réu não nega a existência do pagamento, mas limita-se a arguir que não sabe o valor exato, oferece defesa indireta de mérito, e faz com que a controvérsia desloque-se para o fato trazido pela resposta que oferece. A si, portanto, terá o ônus de prová-lo, nos termos do art. 333, II do CPC. 8- Apelação do réu e da autora parcialmente providas. (TRF-3 - AC: 1565 MS 0001565-85.2001.4.03.6000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, Data de Julgamento: 18/04/2013, TERCEIRA TURMA)

Desse modo, não há de falar que o dano estético é uma espécie de dano moral, e que os dois não são passíveis de cumulação, uma vez que, a finalidade do dano estético é de ressarcir (compensar) o paciente pelo mal sofrido à

sua saúde ou integridade física, isto é, em sua aparência exterior. E restou claro, através das pesquisas feitas em jurisprudências, que os magistrados são unânimes em aceitar a cumulação do dano material, moral e estético.

7 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, procurou-se demonstrar a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos, nas duas modalidades de cirurgia que podem ser desenvolvida pelos mesmos: cirurgia plástica reparadora e estética.

Foi dissecado durante a elaboração do trabalho, se a responsabilidade médica se enquadraria em responsabilidade subjetiva e objetiva, obrigação de meio ou de resultado, contratual ou extracontratual.

Chegando a conclusão de que a responsabilidade médica em geral trata-se de obrigação de meio, pois os médicos não se comprometem a curar o paciente, mas sim usar todos os meios disponíveis em medicina, para o melhor resultado do tratamento ou cirurgia. E que, por conta disso, a responsabilidade civil médica é subjetiva: necessita de prova da ação culposa do médico em qualquer das suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia). Contudo, se não existir culpa do médico, não se pode falar em indenização, nem presumir a sua culpa, vez que o instituto “culpa” é indispensável para se falar em responsabilidade médica geral. Assim, foi visto que cabe à vítima comprovar a culpa do médico, bem como a o nexo causal entre sua conduta e o dano.

Que a relação medico-paciente é de natureza contratual, e não há discussões em sentido contrário.

Abordou-se ainda que a responsabilidade médica em relação ao Código de Defesa do Consumidor, onde concluiu-se que a relação entre médico e paciente é uma relação de consumo, sendo o médico fornecedor e o paciente consumidor, deste modo estão sujeitos às normas prescritas no CDC, inclusive o CDC também prevê que a responsabilidade civil médica é subjetiva – sendo a exceção prevista no §4º do art. 14 do CDC.

Ademais, fora estudado todos os casos de excludentes de responsabilidade civil, instituto de suma importância, pois rompe o nexo causal entre a conduta e o dano, exonerando assim, qualquer pretensão indenizatória.

Por fim, tratou-se do tema principal do trabalho, isto é, responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos frente a cirurgia reparadora e estética. Chegando a conclusão de que nas cirurgias reparadoras, aplica-se a regra geral da responsabilidade médica, pois trata-se de obrigação de meios, cabendo ao paciente

comprovar uma das modalidades de culpa em relação a pessoa do cirurgião, em contrapartida, nas cirurgias estéticas, a obrigação do cirurgião plástico é de resultado, sendo a sua responsabilidade objetiva (presumida), assim, se este não alcançar o resultado certo e determinado, presume-se que agiu de forma culposa.

Ainda, analisou-se os danos que podem ocorrer quando o cirurgião plástico incide em erro, sendo eles: dano material, moral e estético, que podem ser tranquilamente cumuláveis nas ações de reparação de danos, cabendo ao magistrado analisar o quantum indenizatório, valendo-se da sua experiência e bom-senso e da proporção do dano causado à vítima.

Deste modo, conclui-se que para o especialista cirurgião plástico, aplica-se a exceção: obrigação de resultado, sendo a sua responsabilidade objetiva, exceto nos casos acobertados por alguma excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima por exemplo).

BIBLIOGRAFIA

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 9ª ed.; São Paulo: Atlas, 2008.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 25ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2011. V.7.

ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. AC 48030097462 ES 48030097462**. Relator: Frederico Guilherme Pimentel, 27/02/2008. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5032645/apelacao-civel-ac-48030097462>>. Acesso em 21 de setembro de 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 15ª ed.; Belo Horizonte: del Rey, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. 3ªed.; Montes Claros: Universidade Estadual de Montes Claros, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2011. V.3.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro – Responsabilidade civil**. 5ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTIÇA, Superior Tribunal. **Recurso Especial n. 1.180.815 - MG (2010/0025531-0)**. Relatora: Nancy Andrighi, 19/08/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-esp-1180815-mg-2010-0025531-0/relatorio-e-voto-17013113>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

JUSTIÇA. Superior Tribunal. **Agravo regimental no Recurso Especial n. AgRg no REsp 846270 SP 2006/0095394-8**. Relator: Luís Felipe Salomão, 22/06/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15258975/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-846270-sp-2006-0095394-8>>. Acesso em 21 de setembro de 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7ª ed., São Paulo: revista dos Tribunais, 2010.

LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo**: doutrina e jurisprudência.; São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2.0000.00.398103-1/000(1)**. Relator: Unias Silva, 11/03/2004. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5811813/200000039810310001-mg-2000000398103-1-000-1/inteiro-teor-11960708>>. Acesso em: 17 de setembro 2013

MORAES, Irary Novah. **Erro médico e a justiça**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral**: proteção jurídica da consciência. 3. ed. São Paulo: De Direito, 2003.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. AC 6886135 PR 0688613-5**. Relatora: Nilson Mizuta, 21/10/2010. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19550559/apelacao-civel-ac-6886135-pr-0688613-5>>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. AC 1813714 PR 0181371-4**. Relator: Rosene Arão de Cristo Pereira, 28/03/2006. Disponível em: <<http://tjpr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6315404/apelacao-civel-ac-1813714-pr-0181371-4>>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

PARANÁ Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. AC 2416113 PR 0241611-3**. Relator: Sérgio Luiz Patitucci, 07/11/2007. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6278888/apelacao-civel-ac-2416113-pr-0241611-3>>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. APL 57647520048170810 PE 0005764-75.2004.8.17.0810**. Relator: Antônio Fernando de Araújo Martins, 25/09/2012. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22455740/apelacao-apl-57647520048170810-pe-0005764-7520048170810-tjpe>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 4ª ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

REGIÃO. Tribunal Regional Federal da 3ª. **Apelação Cível n. AC 1565 MS 0001565-85.2001.4.03.6000**. Relator: Nery Júnior, 18/04/2013. Disponível em: <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23277379/apelacao-civel-ac-1565-ms-0001565-8520014036000-trf3>>. Acesso em 27 de setembro de 2013.

REGIÃO, Tribunal Regional Federal da 4ª. **Apelação Cível n. 97.04.69211-0**. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha, 13/02/2001. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8648212/apelacao-civel-ac-69211-pr-970469211-0-trf4>>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2004.001.11913**. Relator: Maldonado de Carvalho, 26/04/2005. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 10 setembro 2013

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. AC 595167073 RS**. Relator: Paulo Roberto Hanke, 10/07/2012. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9256617/apelacao-civel-ac-595167073-rs-tjrs>>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2004.029402-5**. Relator: Sérgio Izidoro Heil, 04/03/2005. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5324953/apelacao-civel-ac-294025-sc-2004029402-5>>. Acesso em: 15 de setembro 2013.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. AC: 239519 SC 2008.023951-9**. Relator: Ronei Danielli, 02/09/2011. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20313684/apelacao-civel-ac-239519-sc-2008023951-9>>. Acesso em 21 de setembro de 2013.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0031483-33.2004.8.26.0576**. Relator: Ribeiro da Silva, 03/10/2012. Disponível em: <http://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22468942/apelacao-apl-314833320048260576-sp-0031483-3320048260576-tjsp>. Acesso em: 10 de setembro 2013.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. APL 1524828020078260100 SP** 0152482-80.2007.8.26.0100. Relator: João Pazine Neto, 29/11/2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20885046/apelacao-apl-1524828020078260100-sp-0152482-8020078260100-tjsp>>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 5ª ed.; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. 3ª ed.; Campinas: Servanda, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

<http://www.cirurgioplastica.com.br/artigo.aspx?aid=139>

<http://www.jusbrasil.com.br/>