

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EUGÊNIA CRISTINA DIAS ZECHNER

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR DANOS ESTÉTICOS EM
CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA**

FLORIANÓPOLIS

2008

EUGÊNIA CRISTINA DIAS ZECHNER

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR DANOS ESTÉTICOS EM
CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA

FLORIANÓPOLIS

2008



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada Responsabilidade Civil do Médico por Danos Estéticos em Cirurgia Plástica Estética, elaborada pela acadêmica Eugênia Cristina Dias Zechner e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 14 de novembro de 2008.

Prof.ª Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Virgínia Comparsi Bronaut

Prof. Heloísa Maria Sobierajski

A aprovação desta presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

À professora Leilane Zavarizi da Rosa, por sua dedicada orientação;

Aos meus pais, pelos seus incentivo e apoio incondicionais, os quais foram fundamentais para a conclusão do curso;

Aos meus amigos, pelo companheirismo e ajuda para a concretização do presente trabalho.

RESUMO

A responsabilidade médica é um tema que tem ensejado diversas discussões. Dentre elas, a responsabilidade civil do cirurgião plástico em cirurgias plásticas estéticas tem tomado grandes dimensões, devido à crescente procura das mesmas pela população. Nos primórdios da humanidade, o médico era visto como um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. A prática da medicina era bastante restrita, além de estar fortemente ligada à religião. Muitos fatos eram atribuídos às divindades, entre eles a saúde e a doença. Nas antigas civilizações, os médicos que incorriam em erro ou insucesso sofriam punições severas. Com o passar dos tempos, o instituto da responsabilidade civil também passou a incluir os médicos. Atualmente, uma área da atividade médica que vem sendo cada vez mais procurada é a cirurgia plástica estética, uma vertente da cirurgia plástica, já que esta pode também ser reparadora. Na cirurgia plástica meramente estética, o que está envolvido é um organismo hígido; o paciente não possui uma enfermidade. Por isso, o médico deve fazer uma análise apurada entre os riscos que podem advir da cirurgia e os benefícios que dela são esperados. Desta maneira, o médico que deve abster-se de realizar uma cirurgia, devido às circunstâncias não favoráveis, em não o fazendo, incorre em responsabilidade. A responsabilidade civil do médico é calcada na culpa, baseada na responsabilidade civil subjetiva; a princípio, o ônus de sua prova incumbe ao paciente. Todavia, quando se trata de cirurgia plástica estética, aplica-se a responsabilidade objetiva, onde não existe a necessidade de caracterização da culpa, ela baseia-se na teoria do risco. A obrigação do médico, na maioria das vezes, é de meio, ou seja, ele é obrigado a utilizar todos os meios possíveis para alcançar a cura de seu paciente, entretanto sem assegurar o resultado, que é a cura. Porém, na cirurgia plástica estética, a obrigação que o cirurgião assume é de resultado, existindo a presunção de culpa do médico quando ocorrerem danos ou o resultado não for o esperado pelo paciente, havendo, assim, a inversão do ônus da prova, cabendo à vítima unicamente a demonstração de que o resultado obtido não foi o pactuado. Entre os danos que podem decorrer de uma cirurgia plástica estética, encontra-se o dano estético. Ele caracteriza-se por ser uma lesão a um direito não-patrimonial, qual seja, a aparência física. Não obstante, além de lesionar a imagem da vítima, o dano estético também pode provocar sofrimento e desgostos à pessoa lesada, sendo assim uma espécie do dano moral. Para que não seja responsabilizado civilmente, o médico deve agir com a máxima cautela, aplicando-se essa regra com muito mais rigor às cirurgias plásticas estéticas. Desta maneira, quando da cirurgia plástica estética advêm danos estéticos, o médico incorrerá em responsabilidade e deverá ressarcir o paciente dos mesmos.

Palavras-chave: responsabilidade civil – médico – erro médico – cirurgia plástica estética – dano estético.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 Conceito de responsabilidade civil.....	10
1.2 Evolução histórica da responsabilidade civil.....	13
1.3 Pressupostos da responsabilidade civil.....	17
1.4 Modalidades de responsabilidade civil.....	22
1.5 Excludentes da responsabilidade civil.....	24
CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	29
2.1 Histórico da responsabilidade médica.....	29
2.2 Responsabilidade civil do médico.....	31
2.3 Natureza jurídica da relação médico-paciente.....	40
2.4 Direitos e deveres do médico.....	44
2.5 Direitos e deveres do paciente.....	46
2.6 Erro médico.....	47
CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA	52
3.1 Atividade médica e obrigações de meio e de resultado.....	52
3.2 Cirurgia plástica estética.....	55

3.3 Dever de informação e consentimento do paciente.....	59
3.4 O dano estético.....	64
3.5 Reparação do dano estético.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O apelo pela estética tem se tornado uma obsessão nos últimos tempos e para acompanhar essa tendência a cirurgia plástica estética tem tomado lugar de grande destaque, sendo cada vez mais procurada pelas pessoas.

Com o avanço da Medicina e o desenvolvimento das técnicas cirúrgicas, existem atualmente inúmeras possibilidades de cirurgias plásticas com o intuito de corrigir defeitos corporais e de melhorar a aparência.

Não obstante, o acesso a este tipo de cirurgia está cada vez mais facilitado, uma vez que as clínicas oferecem diversas formas de pagamento. O que antes era possível apenas para os indivíduos de alta renda, agora também se encontra acessível à grande parte da população.

Desta forma, com a grande procura por cirurgias plásticas estéticas, aumentaram consideravelmente também os casos que ensejam discussão em torno da responsabilidade médica quando danos estéticos decorrem da intervenção cirúrgica.

Nesse contexto, insere-se o presente trabalho, que tem por objetivo fazer uma discussão em torno da responsabilidade civil médica e da possibilidade de responsabilização civil do médico por danos estéticos advindos da cirurgia plástica meramente estética.

Para tal, o trabalho, além da introdução e considerações finais, encontra-se estruturado em três capítulos: Noções Gerais sobre Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil do Médico e Responsabilidade Civil do Médico em Cirurgia Plástica Estética.

No primeiro capítulo, Noções Gerais sobre Responsabilidade Civil, serão abordados o conceito de responsabilidade civil, sua evolução histórica, seus pressupostos e excludentes e também serão feitas discussões acerca da responsabilidade subjetiva e objetiva, assim como da responsabilidade contratual e extracontratual.

Já o segundo capítulo, Responsabilidade Civil do Médico, abordará a evolução histórica da responsabilidade médica, a discussão em torno da responsabilidade civil dos médicos em si, os direitos e deveres do médico e do paciente e trará uma análise do erro médico.

Por fim, o terceiro capítulo, Responsabilidade Civil do Médico em Cirurgia Plástica Estética, abordará as diferenciações entre as obrigações de meio e de resultado dentro da atividade médica, assim como as peculiaridades da cirurgia plástica estética, incluindo aí sua diferenciação da cirurgia plástica reparadora, tratará do dever de informação do médico e consentimento do paciente e também da conceituação do dano estético, assim como sua reparação.

O método utilizado no presente trabalho é o método dedutivo, e a técnica de pesquisa é a revisão bibliográfica, cujo referencial teórico de base realizou-se por meio de doutrina, legislação e jurisprudência.

CAPÍTULO 1

NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1- Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil é um instituto de extrema importância, pois a mesma visa a restauração do equilíbrio patrimonial e moral desfeitos. Para a efetivação da justiça, a tendência é de não se deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, fato esse que justifica a existência de inúmeras ações de indenização.

Na lição de Maria Helena Diniz:

[...] O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do agente.¹

Também se verifica tal entendimento na obra de Carlos Alberto Bittar, que leciona:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrentes de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.²

A pessoa lesada pode ter seus danos reparados, através de ação de reparação de danos, voltando-se para o responsável, com o intuito de satisfazer seus legítimos interesses.

Através da responsabilidade civil do agente nasce o direito à reparação, proporcionando a possibilidade ao lesado de acionar a Justiça, com o intuito de retirar do patrimônio do agente causador a quantia suficiente para reposição das perdas ocorridas ou para a compensação de danos morais sofridos.

No entendimento de Fernando Noronha, a responsabilidade civil é uma obrigação de reparar danos causados à pessoa ou patrimônio de outrem ou aqueles causados a interesses coletivos, ou transindividuais, quer estes sejam difusos ou coletivos *stricto sensu*, sendo que ela comporta duas acepções, uma ampla (tradicional) e outra restrita:

Na acepção ampla, consiste na obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem, isto é, em contradição com o ordenamento. Em regra esses danos serão resultados de ações humanas reprovadas pelo direito, mas também poderão ser consequência de acontecimentos naturais, especialmente quando a sua ocorrência ainda estiver associada à atividade desenvolvida pela pessoa que acaba sendo responsabilizada; em casos muito especiais poderão ser resultantes de atos justificados, isto é, praticados em situações em que seria inexigível outro comportamento, e por isso, sendo ainda atos ilícitos.³

Já no sentido restrito ou técnico, também se pode dizer que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar os danos antijurídicos que resultam da violação, mesmo que muitas vezes não culposa, do dever geral de não lesar ninguém (*neminem laedere*). Seu objetivo é tutelar o interesse de cada indivíduo na preservação de sua esfera jurídica, através da reparação de danos que possam vir a ser causados por outrem.

Ainda de acordo com Noronha, a responsabilidade civil possui basicamente três funções: reparatória, sancionatória e preventiva. A finalidade da função reparatória, também chamada de indenizatória ou ressarcitória é a de reparar um dano:

² BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 561.

³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 1. v. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 430.

[...] apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal) [...].⁴

A função sancionatória tem por objetivo a retribuição do ilícito, através da imposição de uma pena ao infrator, com castigo proporcional (finalidade retributiva). Já a função preventiva ou dissuasora tem por fim coibir a prática de atos parecidos por outras pessoas (prevenção geral) e o próprio infrator de praticar novos crimes (prevenção especial).

Maria Helena Diniz leciona:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *statu quo ante*. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.⁵

Desta maneira, a responsabilidade aparece como uma sanção, que é a consequência jurídica produzida em relação ao obrigado pelo não-cumprimento de um dever. A responsabilidade civil constitui-se em uma sanção civil, uma vez que decorre de infração de norma de direito privado, que tem o interesse particular como objetivo, e possui natureza compensatória, pois abrange reparação de dano ou indenização.

O vocábulo “responsabilidade”, de acordo com Diniz⁶, tem sua origem no verbo latino *respondere*, o que significa ter alguém se constituído garantidor de algo.

A responsabilidade não é um fenômeno exclusivo da ordem jurídica; ela está conectada a todos os domínios da vida social.

Para Zanobini, o termo “responsabilidade” “serve para indicar a situação toda especial daquele que, por qualquer título, deva arcar com as consequências de um fato danoso”.⁷

⁴ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 437/438.

⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 6/7.

⁶ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 29.

⁷ Zanobini *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 45.

Marton define a responsabilidade como “[...] a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medida que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas [...]”.⁸

Conforme ensinamento de Miguel Maria de Serpa Lopes, “[...] responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.⁹

A doutrina tem encontrado grandes dificuldades na conceituação da responsabilidade civil.

As definições dadas à responsabilidade civil pelos autores clássicos partem de um critério restrito, possuindo uma íntima conexão entre o seu conceito e o de culpa.

Entretanto, hoje em dia, alguns juristas dão um caráter mais amplo à responsabilidade civil, concebendo-na desligada da noção de culpa.

Na visão de Maria Helena Diniz:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.¹⁰

“Para Sourdat, a responsabilidade civil é tida como a obrigação de reparar o dano resultante de um fato de que se é autor direto ou indireto; Pirson e De Villé entendem-na como a obrigação imposta pela lei às pessoas no sentido de responder pelos seus atos, isto é, suportar, em certas condições, as conseqüências prejudiciais destes, ou finalmente, como o disse Savatier, a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dela dependentes”.¹¹

1.2- Evolução histórica da responsabilidade civil

⁸ Marton *apud* STOCO, Rui, *op.cit*, p. 46.

⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** : Fontes acontratuais das obrigações: Responsabilidade Civil – 5. v. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 160.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena, *op.cit*, p. 29.

¹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *op. cit*, p. 159.

Nos primórdios da civilização humana, o que predominava era a vingança coletiva, a qual tinha por característica a reação conjunta do grupo contra o agressor que ofendia algum de seus componentes.¹²

Depois, evoluiu-se para uma reação individual, a chamada vingança privada, onde os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “quem com ferro fere, com ferro será ferido” e “olho por olho, dente por dente”. A responsabilidade não dependia do fator culpa, ou seja, era objetiva, apresentando-se como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Após, houve o período da composição, com a percepção pelo lesado de que seria mais vantajoso entrar em acordo com o autor da ofensa para que a reparação do dano fosse mediante a prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério do lesado, em se tratando de delito privado, ou da autoridade pública, se o delito fosse perpetrado contra direitos relativos à *res publica*, do que fazer cobrança de retaliação, já que esta não reparava dano algum.¹³

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante.

[...] Todavia mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal.¹⁴

¹² DINIZ, Maria Helena, *op. cit*, p. 8.

¹³ DINIZ, Maria Helena, *op. cit*, p. 9.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena, *op. cit*, p. 9.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁵, o direito francês foi aperfeiçoando as idéias românicas, estabelecendo princípios que influenciaram outros povos, tais como a existência de uma culpa contratual (das pessoas que descumprem as obrigações), a qual origina-se da imprudência ou negligência, não possuindo ligação com crime ou delito e o direito à reparação sempre que houvesse culpa, mesmo esta sendo leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado). Já o Código Civil de 1916 adotou uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual subjetiva. Conforme seu art. 159, "*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*".

Com o surgimento do progresso e o desenvolvimento industrial, a conseqüente multiplicação dos danos ocasionou o surgimento de novas teorias, cuja tendência é a de propiciar maior proteção às vítimas.

Nos últimos tempos vem ganhando terreno a chamada teoria do risco que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.¹⁶

A teoria da responsabilidade objetiva possui duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Na teoria do risco presume-se que o fundamento da responsabilidade civil seja o exercício de atividade perigosa. Tal exercício que ofereça algum perigo representa um risco, o qual o agente assume, de ressarcir os danos decorrentes dessa atividade que venham a atingir terceiros. Já na teoria do dano objetivo, o dano deve ser ressarcido, independentemente da idéia de culpa.

Conforme o art. 927 do CC de 2002, "*aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*". Desta maneira, no que concerne ao ato ilícito, de acordo com o art. 186 do CC, temos: "*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 art. 187 do CC completa: "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites*

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: doutrina, jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 6.

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Já o parágrafo único do art. 927 do CC preconiza: "*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*".

No âmbito da responsabilidade extracontratual, ao lado da responsabilidade por fato próprio, na qual será necessária a prática de ato lesivo pelo agente e, em sendo pessoa jurídica, por quem em seu nome atue (representante ou administrador), encontrar-se-ão os casos de responsabilidade por fato de terceiro, de coisas e de animais, os quais configuram responsabilidade complexa ou indireta. Já a responsabilidade direta advém de ato do próprio imputado.

Nos casos de responsabilidade indireta, estende-se a responsabilidade de certas pessoas a outras, por presunção de culpa, por fatos de terceiros pelos quais o imputado responde, no sentido de estabelecer uma solidariedade, por exemplo, entre pais e filhos menores que estiverem sob sua autoridade e sua companhia (art. 932, I do CC), com fundamento na falta de vigilância; entre o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados (art. 932, II do CC), por culpa *in vigilando* e entre o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (art. 932, III), por culpa *in eligendo*.

Quanto à questão da indenização, há o princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o indivíduo deverá responder com o seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros, com exceção dos casos em que seja possível a execução pessoal e naqueles em que exista intervenção de terceiros para a realização devida.

[...] Deverá haver uma plena e integral reparação dos direitos do lesado, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o credor como uma compensação para o prejuízo sofrido. Procurar-se-á sempre que possível conduzir a vítima ou seus herdeiros à situação anterior à lesão sofrida, mediante a restauração ou reconstituição natural (que nem sempre é possível – morte, calúnia, injúria, e mesmo quando possível é insuficiente para reparar integralmente o dano), e o recurso à situação material correspondente ou indenização por equivalente [...].¹⁷

A fins de fixação da indenização, o magistrado deverá levar em conta o grau de culpa, pois se, por exemplo, houve culpa tanto do lesante como do lesado na

¹⁷ DINIZ, Maria Helena, *op.cit.*, p. 13.

ocorrência do dano, tal fato terá relevância na fixação da indenização; a influência da situação econômica do agente e da vítima e de acontecimentos naturais e sociais, observados na apuração do nexo causal e também a influência do lucro obtido pelo lesado na reparação. Diz o art. 944 e seu parágrafo único do CC: “*A indenização mede-se pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”.

1.3- Pressupostos da responsabilidade civil

Para que surja a obrigação de indenizar, segundo Noronha, são necessários os seguintes pressupostos:

- a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências;
- b) que este fato possa ser imputado a alguém, seja por dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
- c) que tenham sido produzidos danos;
- d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.¹⁸

1.3.1 – Fato antijurídico

De acordo com Fernando Noronha, o fato antijurídico, que é o evento causador do dano, é um dos pressupostos para a existência da responsabilidade civil. O fato (ação ou omissão, que pode ou não decorrer de culpa, ou fato natural) tem de ofender direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico.

A ação é o ato humano, omissivo ou comissivo, lícito ou ilícito, voluntário e imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa

¹⁸ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 468/469.

inanimada, que cause dano a outrem, gerando, assim, o dever de satisfação dos direitos do lesado.

A responsabilidade que decorre de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa é fundamentada no risco. A comissão caracteriza-se como a prática de um ato que não deveria ser efetivado; já a omissão é a não-observância de um dever de agir ou da prática de um ato que deveria ser realizado.

1.3.2- Culpa como fundamento da responsabilidade civil

A culpa em amplo sentido, como violação de certo dever jurídico, compreende o dolo, o qual é a violação intencional de tal dever, e a culpa em sentido estrito, que se caracteriza pela imprudência, negligência ou imperícia, sem que o agente tenha a intenção de violação. A imprudência caracteriza-se pelo ato de proceder sem cautela ou por precipitação; a negligência é a inobservância de alguma norma que ordena o indivíduo a agir com capacidade, atenção e discernimento. Já a imperícia é entendida como a falta de aptidão ou habilidade para a prática de determinado ato.

Fala-se em culpa quando não são respeitados precedentes deveres de conduta que, se observados, teriam evitado o dano. Nestes casos, estamos perante atos ilícitos, os quais, como se sabe, comportam dois elementos: a antijuridicidade (violação do direito) e a culpabilidade. Dolo e culpa são os dois graus em que a culpa, *lato sensu*, pode apresentar-se [...].¹⁹

Para Capitant, a culpa é o ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes; Crouzel entendeu-a como um prejuízo injusto, lesão de um direito ou erro; Demogue refere-se a duas condições que lhe parecem indispensáveis, uma objetiva e a outra subjetiva; uma violação ao direito e o fato de ter percebido ou podido perceber que se atentava contra o direito de outrem; para Demolombe, a culpa compreende em todos os graus todos os fatos de comissão ou de omissão, de desatenção ou de distração ou ainda tão-somente de reticências, em razão dos quais o direito de um terceiro é desconhecido ou lesado.²⁰

A culpa pode ser classificada, quanto à sua graduação, em grave, leve ou levíssima. Ela será grave quando, dolosamente, existir negligência extrema por parte do

¹⁹ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 473.

²⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *op. cit.*, p. 168.

agente; será leve quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, e levíssima se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou habilidade especial e conhecimento singular.²¹ Dependendo do grau de culpa verificado na conduta do agente ofensor, o juiz poderá valorar para mais ou para menos a indenização devida à vítima. O parágrafo único do art. 944 do Código Civil estabelece: “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”.

Em função da natureza do dever violado, a culpa pode ser contratual, se tal dever ter fundamento num contrato, ou extracontratual ou aquiliana, se a violação for de um preceito geral de direito. Quanto aos seus modos de apreciação, a culpa será considerada *in concreto*, quando se atém ao exame da imprudência ou negligência do agente no caso *sob judice*, ou *in abstracto*, quando se faz a comparação da conduta do agente com a do homem médio ou da pessoa normal.

Já em razão do conteúdo da conduta culposa, ela pode ser classificada *in committendo* ou *in faciendo*, quando o agente praticar um ato positivo com imprudência, *in omittendo*, se o agente cometer uma abstenção, ou seja, se agir com negligência. A culpa será *in eligendo* se o agente fizer má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou adimplemento da obrigação. Já a culpa *in custodiendo* é aquela que decorre da falta de atenção ou cautela em relação a uma pessoa, animal ou objeto que se encontram sob os cuidados do agente. Por fim, será *in vigilando* se decorrer da falta de atenção com o procedimento de outrem, situação na qual o responsável deve responder pelo ato ilícito cometido pela outra pessoa.

1.3.3- Responsabilidade sem culpa

A responsabilidade sem culpa funda-se no risco, gerando a obrigação de indenizar o dano produzido por atividades exercidas no interesse do agente e sob seu controle, sem existir indagações sobre o comportamento do lesante, fixando-se objetivamente. “[...] quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da mesma forma que auferem os benefícios daí resultantes, também devem suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não procedido com culpa”.²²

²¹ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 35.

²² NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 473.

1.3.4- Nexa de imputação

O nexa de imputação constitui-se no fundamento da atribuição da responsabilidade a certa pessoa, pelos danos causados ao patrimônio ou à pessoa de outrem, como consequência de determinado fato antijurídico; ele estabelece a ligação do fato danoso ao responsável. Em regra, o fundamento da imputação é uma atuação culposa; entretanto, também poderá haver imputação pelo risco. Já a diferença entre o nexa de imputação e o de causalidade é que este último pode ser definido como a relação necessária entre o evento danoso e a ação que o provocou.

1.3.5- Dano

O dano é o prejuízo que um indivíduo sofre devido a um ato ou fato antijurídico que viole bem ou interesse jurídico. Os danos podem ser pessoais, quando a lesão atinge a integridade física, psíquica ou moral da pessoa lesada, sendo que estes se subdividem em corporais, quando consistem em ofensa à integridade física ou à vida de outrem, e em danos morais em sentido estrito, que consistem na afronta a interesses não patrimoniais da pessoa, tais como honra, decoro, sentimentos afetivos e a intimidade; ou materiais, quando atingem objetos materiais ou coisas incorpóreas.

Se a lesão consistir em um prejuízo patrimonial, haverá os danos patrimoniais; por outro lado, serão extrapatrimoniais ou danos morais em sentido amplo quando a lesão reportar-se a valores insuscetíveis de avaliação pecuniária. O prejuízo econômico pode traduzir-se em diminuição do valor patrimonial, que aí se chama dano emergente, ou na frustração de um acréscimo patrimonial esperado, chamado de lucro cessante.

Os danos são individuais quando atingem pessoas certas e determinadas, e coletivos ou transindividuais quando afetam interesses coletivos.

Os requisitos para a existência do dano são: diminuição ou destruição de um bem jurídico pertencente a uma pessoa, seja ele moral ou patrimonial; efetividade ou certeza do dano, já que a lesão não poderá ser hipotética; causalidade, ou seja, existir uma

relação entre a falta e o prejuízo causado; subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, uma vez que se ele já foi reparado pelo responsável o prejuízo é insubsistente; legitimidade, pois o lesado deve ser titular do direito atingido para pleitear a reparação e ausência de excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

1.3.6- Nexo de causalidade

Define-se o nexos de causalidade como a relação necessária entre o evento danoso e a ação que o provocou. [...] Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.²³

Uma vez que o nexos de causalidade é um dos pressupostos da responsabilidade civil, o mesmo tem de ser provado. Conforme o artigo 333 do Código de Processo Civil, que discorre sobre a repartição do ônus da prova, o lesado, que é o autor da ação de responsabilidade civil, tem de provar os fatos constitutivos de seu direito; ao lesante, o qual é o réu, cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito.

Nos ensinamentos de Fernando Noronha:

“Todavia, se o nexos de causalidade deve ficar provado, isso não significa que o lesado deva sempre fazer prova de que o dano que sofreu era uma consequência inevitável do fato do lesante; em princípio bastará que ele faça prova de que não teria sofrido o dano, se não fosse o fato daquele e de que tal fato pode ser considerado, em geral, causa adequada do dano verificado, por ainda ser normalmente previsível que este pudesse ocorrer, mesmo que não fosse provável que isso viesse a suceder. (...) quando estiver provada a relação de condicionalidade, isto é, quando ficar provado que o evento atribuído ao indigitado responsável foi condição do dano, em princípio fica presumida a relação de adequação. Se o lesante praticou um fato suscetível de causar o dano, ou se esse fato aconteceu dentro da sua esfera de risco, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre tal fato e dano.”²⁴

1.3.7- Dano resultante da violação de um bem protegido

²³ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 76.

²⁴ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 612.

Este é um pressuposto que surgiu recentemente. Ele prega que para que um dano possa ser reparado, ele tem de lesar um bem que seja protegido pelo ordenamento jurídico, ou seja, que tenha cabimento no âmbito de proteção da norma violada.

1.4- Modalidades de responsabilidade civil

1.4.1- Responsabilidade subjetiva e objetiva

Classifica-se a responsabilidade civil, conforme o fundamento da imputação da obrigação de indenizar, em responsabilidade subjetiva, ou culposa, na qual prevalece o princípio da culpa, e em objetiva, ou pelo risco, onde o princípio do risco prevalece.

A responsabilidade subjetiva, também denominada de responsabilidade por atos ilícitos, ou aquiliana, constitui-se na obrigação da reparação de danos dolosos, que são aqueles causados por ações ou omissões intencionais, e de danos culposos (não intencionais, mas causados por negligência, imprudência ou imperícia) que violem direitos alheios. Ela constitui-se na regra da responsabilidade civil, conforme está evidenciado no art. 927, *caput*, do Código Civil: “*Aquele que, por ato ilícito, (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Nos ensinamentos de Fernando Noronha:

Esta responsabilidade nasce de atos ilícitos, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional. No seu âmbito, em casos especiais não é o lesado que tem de provar o dolo, ou a negligência, imprudência e imperícia do agente: são hipóteses em que incide sobre o agente uma presunção legal relativa (*juris tantum*) de culpa do agente, e por consequência em que este, para se libertar, tem de demonstrar que agiu com todos os cuidados que seriam exigíveis, embora sem ter necessidade de provar que o fato se deveu a caso fortuito ou de força maior.²⁵

²⁵ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 485.

Na responsabilidade civil objetiva, é necessária a reparação do dano, independentemente da existência de dolo ou culpa, possuindo o risco como sua justificativa. Ela advém da prática de fatos meramente antijurídicos, quase sempre relacionados a determinadas atividades que importem algum risco.

Por prescindir-se de culpa, na responsabilidade objetiva também caberão os casos de presunção de culpa absoluta (*juris et de jure*), onde não é facultado ao responsabilizado fazer prova em contrário.

Basicamente, são três os riscos de atividade que fundamentam a responsabilidade civil objetiva, conforme o art. 927, parágrafo único do Código Civil: o risco de empresa, o administrativo e o risco-perigo.

[...] Esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos; que a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; que quem se beneficia com uma atividade lícita e que seja potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio ambiente), deve arcar com eventuais conseqüências danosas [...].²⁶

Distinguem-se duas espécies dentro da responsabilidade objetiva: a objetiva comum e a agravada, sendo que o que difere nas duas é o risco da atividade. Na responsabilidade objetiva comum, o dano tem de resultar de ação ou omissão do responsável, de pessoa a ele ligada ou de fato de coisas de que ele seja detentor. Já na agravada, os danos não são causados pelo responsável nem por pessoa ou coisa a ele ligados, eles simplesmente têm de ocorrer durante a atividade a qual o responsável desenvolve. Constitui-se em uma responsabilidade excepcionalíssima, que diz respeito somente a riscos específicos, característicos de determinadas atividades (geralmente empresariais ou de administração pública) e certos danos (em princípio, pessoais).

1.4.2- Responsabilidade contratual e extracontratual

²⁶ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 486.

Subsiste a responsabilidade contratual quando há uma inexecução obrigacional advinda de um contrato. Por outro lado, a responsabilidade é extracontratual, ou aquiliana, quando há um inadimplemento normativo, e que ainda pode ser subjetiva, quando há culpa do devedor, ou objetivo, sem que haja culpa deste.

Deste modo, a responsabilidade contratual decorre de inadimplemento ou mora no cumprimento de obrigação decorrente de contrato.

[...] É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Só excepcionalmente se permite que um dos contratantes assumia, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou caso fortuito. Na responsabilidade contratual será possível estipular cláusula para reduzir ou excluir a indenização, desde que não contrarie a ordem pública e os bons costumes. Se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será. Quando ocorre o inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimentada a responsabilidade, uma vez que surge uma nova obrigação que se substitui à preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação [...].²⁷

Conforme ensinamento de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém [...].²⁸

Classifica-se, quanto ao fundamento, a responsabilidade extracontratual em subjetiva, quando se tem por fundamento a culpa, ou objetiva, se ligada ao risco.

Já no que se refere ao agente, ela pode ser direta ou simples, se advir de ato do próprio imputado, o qual, assim, deverá responder por ato próprio, ou indireta ou complexa, se oriunda de ato de terceiro, com o qual o agente possui vínculo legal de responsabilidade de fato de animal e de coisa inanimada sob a guarda do mesmo.

1.5- Excludentes da responsabilidade civil

²⁷ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 93.

²⁸ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 352.

As excludentes, ou eximentes da responsabilidade são as causas que desobrigam a pessoa a quem estava sendo atribuída a obrigação de indenizar. Algumas estão ligadas à inexistência de um nexo de causalidade ou de imputação; outras resultam de dispositivos legais, os quais excluem a obrigação de indenizar em certas situações. Há também a excludente resultante do esgotamento dos prazos de prescrição. Ademais, podem ser estabelecidas eximentes previamente acordadas entre os próprios interessados, os quais podem convencionar as cláusulas de não indenizar, chamadas também de cláusulas de isenção da responsabilidade.

1.5.1- Caso fortuito ou força maior

O caso fortuito e a força maior são acontecimentos cujos efeitos estão fora do domínio da vontade do agente, sendo impossível evitá-los ou impedi-los.

Carlos Roberto Gonçalves explica que “o caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremotos”.²⁹

Ambos rompem a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima, excluindo, assim, a responsabilidade do agente.

Eles decorrem de dois elementos, um interno e de caráter objetivo, o qual é a inevitabilidade do evento, e outro externo, de caráter subjetivo, qual seja, a ausência de culpa.

1.5.2- Culpa exclusiva da vítima

Duas situações podem ocorrer para caracterizar a culpa exclusiva da vítima: quando o agente e a vítima se confundirem na mesma pessoa; ou se os dois forem entes diversos, quando a culpa couber exclusivamente a quem sofreu as conseqüências danosas do fato, ou quando se agregar ao fato de alguém o da própria vítima.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 230.

Nesta segunda hipótese, então, se a culpa da vítima foi integral, total, com exclusão de qualquer fato imputável ao causador material do dano, então aplica-se, por assim dizer, o princípio obrigacional – *res domino*- quer dizer, ele a vítima, sozinha, enfrenta a responsabilidade total dos prejuízos que sobre ela recairão inexoravelmente. Se, ao contrário, o autor material do fato concorreu com uma parcela de culpa, então se opera o que se denomina de culpa concorrente; cada um responde pelo prejuízo de acordo com a aferição de sua culpa, na proporção em que concorreu para o fato danoso. Há uma bipartição de prejuízos; a vítima, sob uma forma negativa, deixando de receber a indenização na parte condizente com a sua responsabilidade [...].³⁰

Entretanto, é necessária a existência de certos elementos para a composição da culpa exclusiva da vítima.

Em primeiro lugar, é preciso que exista uma relação de causalidade entre o fato da vítima e o prejuízo decorrente, sendo que o fato tem de constituir-se na única causa do dano. O fato da vítima também não pode ser imputável ao ofensor, e o mesmo dever ser ilícito e culpável.

1.5.3- Fato de terceiro

Para que haja o fato de terceiro, há a necessidade de existir uma relação jurídica entre o ofensor e a vítima, de maneira que o causador do dano peça sua exoneração da responsabilidade sob a alegação do fato de terceiro. Dentro dessa esfera, podem ocorrer diversas hipóteses:

1º) A responsabilidade do ofensor se mantém se ele concorrer com a do terceiro, salvo se o ofensor conseguir provar que tudo foi culpa exclusiva do terceiro.

2º) Se a responsabilidade do ofensor é presumida e a do terceiro aparece inequivocadamente provada, cabe à vítima escolher qualquer deles para chamá-lo à responsabilidade.

3º) Igualmente cabe à vítima a escolha, quando existir uma responsabilidade presumida do ofensor e do terceiro.³¹

1.5.4- Estado de necessidade

³⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *op.cit*, p. 206.

³¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *op. cit*, p 214.

Ocorre o estado de necessidade quando o agente causa deterioração ou destruição de coisa alheia, com o intuito de remoção de um perigo iminente. Ele somente configurar-se-á quando as circunstâncias o tornarem extremamente necessário, sem exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo. “O agente vê-se colocado numa alternativa irrefugível e, para preservar a coisa própria, tem de optar pelo sacrifício da alheia”.³²

1.5.5- Estricto cumprimento do dever legal

Quando existir caso de estrito cumprimento do dever legal, no qual o agente é exonerado da responsabilidade pelos prejuízos causados, deve a vítima buscar ressarcimento através do Estado. Preconiza o art. 37, §6º da CF/88: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Desta maneira, conclui-se que o responsável somente poderá ser acionado regressivamente quando houver dolo ou culpa, de maneira que o Estado não terá o direito de ação regressiva contra o funcionário responsável, já que este se encontra sob a égide da excludente do estrito cumprimento do dever legal.

1.5.6- Exercício regular de direito

Rui Stoco explica:

Sustenta Caio Mário que o fundamento moral dessa causa de isenção de responsabilidade civil encontra-se no adágio: “*qui iure suo utitur neminem laedit*”, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém. Na idéia de ato ilícito exige-se o procedimento antijurídico ou da contravenção a uma norma de conduta preexistente, de modo que não há ilícito quando inexistente procedimento contra direito.³³

³² STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 69.

³³ STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 71.

Entretanto, o indivíduo precisa conter-se dentro do âmbito da razoabilidade. Ao excedê-lo, embora esteja exercendo o exercício regular de direito, o está fazendo de maneira a causar um mal desnecessário, equiparando, desta maneira, o seu comportamento ao ilícito.

Vistas estas questões, o segundo capítulo abordará tópicos sobre responsabilidade civil do médico, envolvendo temas tais como a natureza jurídica da relação médico-paciente, os deveres e obrigações do médico e do paciente e o erro médico.

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1 Histórico da responsabilidade médica

Nos primórdios da humanidade, o médico era visto como um mago ou sacerdote, dotado de poderes de cura sobrenaturais. Isso acontecia devido ao total desconhecimento da etiologia das doenças e da maneira pela qual o organismo humano reagiria aos processos curativos.

No início da civilização, prevalecia a vingança privada, que se define como uma forma primitiva de reação contra o mal sofrido como forma de reparação, por não existirem conceitos que regulamentassem especificamente a responsabilidade do médico por dano, lesão ou homicídio culposo na época.

De acordo com os ensinamentos de Neto³⁴, devido à importância das atividades médicas e da evolução humana, surgiu o primeiro documento que trata da regulamentação da responsabilidade dos médicos. O Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.) previa sanções por ocasião de erro médico, que impunha ao profissional a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, de forma que, se por consequência de alguma intervenção cirúrgica, um paciente livre morresse por imperícia do profissional, o médico teria suas mãos amputadas, e caso o paciente fosse escravo, o médico deveria pagar o seu preço.

³⁴ NETO, Miguel Kfoury. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 47/48.

Foram definidas normas de conduta médica no Egito antigo, de acordo com Neto³⁵, que se fossem seguidas, isentaria o médico de qualquer pena independente do resultado da doença, mas, caso contrário, seria condenado à morte.

No Direito Romano, a *Lex Aquilia de Damno* cristalizou a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo ao patrimônio de quem provocou a lesão o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal forma que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade caso agisse sem culpa, definindo-se, para as legislações modernas, as bases da responsabilidade civil do médico, sendo abolida a pena de morte, substituída pelo exílio ou deportação, e no caso de escravo abatido, pela multa.³⁶

Entre os visigodos, desencadeavam-se punições desproporcionais ao grau do dano. Se o paciente viesse a óbito, o profissional não recebia seus proventos; caso provocasse alguma lesão, pagava uma quantia referente ao ressarcimento do dano, e caso o paciente viesse a falecer por consequência da intervenção, o médico era entregue à família do morto para puni-lo da forma que desejassem.³⁷

Na França, foi estipulado o princípio de que qualquer ato que acarretasse lesão à outra pessoa compeliaria o autor a reparar o dano, o que foi inspirado na teoria da culpa “*in abstracto*”, caracterizada tomando-se como paradigma o diligente pai de família e também da diferença entre culpa delitual e contratual. Tais princípios estenderam-se aos médicos sempre que ocorresse uma falta profissional praticada por imprudência ou negligência. A Academia Médica de Paris, em 1829, proferiu decisão no sentido de haver apenas responsabilidade moral para os profissionais de saúde, o que ampliou muito a imunidade quanto às suas responsabilidades, pois eram necessárias provas. Somente alguns anos depois é que a jurisprudência se firmou com relação à responsabilidade médica.³⁸

Na Grécia antiga, firmou-se o princípio de que a culpa do médico não se presumia apenas pelo fato de ele não ter obtido êxito no tratamento; ela deveria ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo profissional. Desta maneira, para os gregos a responsabilidade médica deveria ser avaliada por um colegiado de médicos e por um perito na matéria. Também, com base nas regras adotadas no Egito, admitia-se a culpa médica

³⁵ NETO, Miguel Kfourri, *op. cit.*, p. 50.

³⁶ NETO, Miguel Kfourri, *op. cit.*, p. 48/49.

³⁷ CROCE, Delton; JR, Delton Croce. **Erro médico e o direito**. 1. ed. Editora Oliveira Mendes Ltda, 1997.

³⁸ NETO, Miguel Kfourri, *op. cit.*, p. 43/44.

quando ocorresse a morte do paciente ou quando houvesse desobediência às prescrições reconhecidas como fundamento imprescindível da atividade sanitária. No início do ano de 1.300, começaram a surgir corporações de médicos que obtiveram várias formas de proteção legal.³⁹

2. 2- Responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil dos médicos é fundada na culpa; quando o médico por negligência, imprudência ou imperícia causar algum dano à saúde do paciente, surge o dever de reparar, sendo que cabe à vítima provar o dolo ou a culpa em sentido estrito do mesmo, para obter a indenização.

O Código de Ética Médica reconhece a atividade médica como uma atividade de meios, onde o médico não se compromete com um resultado definido, e sim a empregar todos os meios disponíveis e o melhor de seu conhecimento em proveito de seu paciente.

Maria Helena Diniz⁴⁰ elucida que para que o médico seja condenado, há a necessidade de provar sua culpa, que no sentido jurídico é o ato, sem vontade deliberada, causador do dano. A culpa fica caracterizada se houver imperícia, imprudência ou negligência. Para que haja indenização, é imprescindível também a presença de um dano, o qual pode ser material, estético ou moral, e também se faz necessária a existência do nexo causal entre a ação do médico e o dano.

Na lição de Miguel Kfoury Neto⁴¹, a imperícia é a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, é a falta de observação das normas. O que também a caracteriza é a incapacidade para exercer determinado ofício, por ausência dos conhecimentos que são necessários ou por falta de aptidão. Na imprudência, o profissional toma atitudes precipitadas, sem usar de cautela. Já a negligência caracteriza-se pela omissão. Comete negligência, por exemplo, o médico que abandona o doente ou se omite quanto ao tratamento.

³⁹ NETO, Miguel Kfoury, *op. cit*, p. 51.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena, *op. cit*, p. 202/203.

⁴¹ NETO, Miguel Kfoury, *op. cit*, p. 89/92/94.

Ocorre imperícia médica quando, por exemplo, é provocado insuficiência da função supra-renal do paciente pelo uso inadequado de corticóides; hipotireoidismo devido ao uso inadequado de hormônios tireoidianos, em tratamento de doenças da glândula tireóide ou da obesidade ou quando radioterapia provoca queimaduras.⁴²

Como exemplos de imprudência médica têm-se:

- clínico geral que, sem ter estagiado em serviço de clínica cirúrgica, se propõe a realizar, por sua conta e risco, uma apendicectomia;
- médico que avalia um diagnóstico à distância e receita produto farmacológico por telefone;
- médico-cirurgião que acarreta resultado danoso ao paciente por utilizar outro tipo de técnica operatória que não a consagrada nos meios científicos;
- prescrever ou ministrar culposamente o médico substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentada pelo art. 15 da Lei de Tóxicos.⁴³

Servem como exemplo de negligência o médico que realiza exame clínico superficial; abandona paciente sob seus cuidados; não examina adequadamente criança em estado precário de saúde desinternado-a, e como resultado ela vem a falecer e médico que, em casos de transferência ordenada por ele ou a pedido dos responsáveis, deixa de aconselhar ou de cercar o paciente de todos os cuidados e equipamentos disponíveis para minorar o sofrimento do mesmo, dentro do possível.⁴⁴

A princípio, o ônus da prova cabe a quem acusa: “levando-se em conta a conceituação de culpa médica em nosso País, a sua prova fica a cargo do ofendido, ou paciente, além da necessidade de provar; também, o nexó de causalidade entre a ação do médico e o dano”.⁴⁵

Somente através da demonstração de erro grosseiro no diagnóstico, no tratamento desenvolvido, na medicação ministrada, ou injustificada omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização civil médica. Uma vez que o juiz não possui conhecimentos técnicos sobre o assunto, a matéria exige prova

⁴² CROCE, Delton; JR., Delton Croce, *op. cit.*, p. 19.

⁴³ CROCE, Delton; JR., Delton Croce, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ CROCE, Delton; JR., Delton Croce, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁵ NETO, Jerônimo Romanello **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 30.

pericial. Assim, diante das circunstâncias de cada caso, deve ele estabelecer quais os possíveis cuidados que o médico deveria dispensar ao paciente, em conformidade com os padrões determinados pela ciência, e confrontar esta norma concreta com o comportamento adotado pelo profissional.⁴⁶

Ainda de acordo com o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Entretanto, poderá haver inversão do ônus da prova, com presunção de culpa do médico, a favor do cliente, nesse caso o paciente, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC se, “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Sérgio Cavalieri Filho ressalta que “a hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor [...]”.⁴⁷

A responsabilidade civil do médico advém do conceito básico de responsabilidade prevista no Código Civil brasileiro, e não de um direito específico de profissionais da área médica. A responsabilidade civil acarreta a quem causa dano a terceiros a obrigação de repará-lo, colocando o ofendido na situação em que estaria antes do fato acontecido. Observando-se a lei através do prisma da medicina, a responsabilidade civil do médico é a obrigação legal de reparar o dano ou indenizar a vítima ou sua família, quando o infortúnio for resultado de uma conduta faltosa.

Essa responsabilidade divide-se em dois tipos, a responsabilidade civil subjetiva, que depende de culpa para sua caracterização e a responsabilidade civil objetiva, que dispensa a apuração da culpa.

Na responsabilidade objetiva, não é necessária a caracterização de culpa, ela se baseia na teoria do risco. Neste caso, a culpa está fundamentada no fato de ser considerada insuficiente para acobertar todos os casos de prejuízo e para atender o princípio da reparação em todas as circunstâncias em que venha a surgir. A responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco criado, que compreende a reparação de todos os fatos prejudiciais decorrentes de uma atividade exercida em proveito do causador do dano e da teoria do risco

⁴⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 372/373.

⁴⁷ FILHO, Sergio Cavalieri, *op. cit*, p. 377/378.

proveito, fundada no princípio “*ubi emolumentum ibi onus*”, que diz: “todo aquele que onerar tem a obrigação de indenizar a vítima, principalmente em casos de acidente de trabalho”. Ela é aplicada a certas especialidades médicas, tais como a anatomopatologia, a radiologia e a cirurgia plástica estética, e também aos exames laboratoriais.

Tratando-se da responsabilidade civil subjetiva, torna-se indispensável uma prova, atribuída pelo paciente de que houve culpa no procedimento médico. Isso porque a natureza civil da responsabilidade médica no Código Civil brasileiro, em seu art. 951 do Código de 2002, adotou a teoria subjetiva ou teoria da culpa, que depende da existência de culpa na forma de proceder do médico como agente causador.

Seguem os referidos artigos:

Art. 159 do CC de 2002 – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Art. 186, CC de 2002 - “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. 951 do CC de 2002 – “O disposto nos artigos 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 debilitá-lo para o trabalho”.

Havendo ou não culpa, é necessário que o paciente tenha sofrido algum dano, que tenha tido um prejuízo e que o mesmo possa ser provado como decorrente da conduta profissional do médico para que ele seja ressarcido.

O processo de responsabilidade civil é embasado pela reclamação da vítima ou seus representantes legais de que a conduta faltosa do médico ocasionou um dano, e por esse fato é exigida uma reparação ou indenização.

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil, existem alguns pressupostos que devem estar presentes: o dano, o ato ilícito ou risco e o nexo causal, sendo que a ação indenizatória só será determinada quando os elementos existirem juntos. A ação perde sua pretensão punitiva dentro de três anos, uma vez que esse é o período de tempo de prescrição para os casos de responsabilidade civil do médico, de acordo com o Código Civil vigente.

2.2.1 O Dano

Dano é um mal ou ofensa que um indivíduo possa vir a sofrer por causa de outrem, no sentido patrimonial, ou seja, de diminuição ou de frustração na expectativa do mesmo, ou no sentido moral. É o abalo sofrido pela vítima, que pode ocasionar um prejuízo econômico, no caso do dano patrimonial ou mesmo psíquico, no dano moral. Qualquer que seja sua natureza, o dano deve sempre ser ressarcido através de uma indenização, cabendo sempre à vítima comprovar que existiu dano material ou apenas moral.⁴⁸

Ainda de acordo com Maria Helena Diniz, “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”⁴⁹, e necessita imprescindivelmente da ocorrência dos seguintes requisitos para sua caracterização:

- a) Diminuição ou destruição de um bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado;
- b) Efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural. O dano deve ser real e efetivo, sendo necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão sobre a pessoa ou patrimônio desta, salvo nos casos de dano presumido;
- c) Causalidade, já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado, ou seja, o dano deverá estar encadeado com a causa produzida pelo lesante;
- d) Legitimidade, pois a vítima, para que possa pleitear a reparação, precisará ser titular do direito atingido;
- e) Subsistência do dano no momento da reclamação do lesado. Se o dano já foi reparado pelo responsável, o prejuízo é insubsistente, mas, se o foi pela vítima, a lesão subsiste pelo *quantum* da reparação;
- f) Ausência de causas excludentes de responsabilidade, porque podem ocorrer danos que não resultem dever ressarcitório, como os causados por fato fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima.⁵⁰

2.2.2 O Ato Ilícito ou Risco

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 49/50/51.

A responsabilidade civil do médico é guiada pelas regras que regem a responsabilidade civil em geral em nosso ordenamento jurídico, estando assim sujeita ao regramento da responsabilidade civil pela teoria subjetiva, ou seja, a teoria da culpa. Pela prática de atos ilícitos, o dever de ressarcir a vítima é resultado da culpa do agente. Quando se entende que o agente poderia ter agido de outra forma, reprova-se ou censura-se o mesmo. Ato ilícito qualifica culpa; sem culpa não há responsabilidade.⁵¹

A culpa deve ser provada pelo paciente; é seu o ônus da prova. Segundo a teoria subjetiva, esposada no Código Civil brasileiro, especialmente em seus arts. 186 e 951, à vítima incumbe provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente para obter a reparação do dano.

Teresa Ancona Lopez sugere alguns princípios gerais para a avaliação da culpa médica:

1. quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;
2. o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;
3. a questão do consentimento do paciente em cirurgia em que há o risco de mutilação e de vida é essencial. Aguiar Dias cita caso de paciente que se recusou terminantemente a permitir que fosse amputada sua perna esmagada em acidente, sobrevivendo-lhe a morte em conseqüência de gangrena gasosa. Os médicos que propuseram a operação não poderiam ter agido de outro modo, dada a comprovada lucidez do paciente ao rejeitar a intervenção cirúrgica;
4. o mesmo assentimento se exige no caso de tratamento que deixe seqüelas, como, e.g., na radioterapia. E age com culpa grave o médico que submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso;
5. dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária;
6. não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, se um bem superior – a própria vida do enfermo – o exigir;
7. outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada – e levada em consideração;
8. nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata – cirurgia plástica estética propriamente dita, por exemplo - , a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor.⁵²

Pode-se, também, de acordo com alguns juristas dar uma classificação à culpa, classificando-a em graus:

- a) Culpa grave: resultante da imprudência ou negligência grosseira e extrema do profissional;

⁵¹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas/SP: LZN Editora. p. 57.

⁵² LOPEZ, Teresa Ancona *apud* NETO, Miguel Kfourri, *op. cit.*, p. 81.

b) Culpa leve: que advém da inobservância de cautelas, podendo ser evitada com atenção esperada do profissional;

c) Culpa levíssima: onde o dano poderia ser evitado com extraordinária atenção.

O artigo 944 do Código de 2002, em seu *caput* concede autorização para o juiz decidir por casos de grau de culpa, e o art. 945 discorre sobre a culpa concorrente da vítima.

Art. 944 do CC de 2002 - “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, eqüitativamente, a indenização”.

Art. 945 do CC de 2002 – “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa, em confronto com a do autor do dano”.

Para que a culpa médica seja caracterizada, basta a simples voluntariedade da conduta, sendo a intenção desnecessária; a culpa, mesmo que levíssima, obriga a indenizar. Caso não se apresente a prova da culpa, toda responsabilidade será atribuída ao infortúnio.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Souza comenta:

[...] embora a relação entre médico e paciente, seja considerada um contrato, isto não leva à presunção de culpa deste profissional, quando objeto de uma ação por suposto erro médico. O ônus da prova, frise-se, neste caso, cabe, como regra geral, ao autor da ação contra o médico. E deve haver uma prova inequívoca, uma inobservância técnica. Tem que haver comprovação da previsibilidade (ou seja, da evitabilidade do médico agir antijuridicamente) e isto constitui o ponto capital da culpa no erro médico passível de responsabilização no terreno civil.⁵³

Deve-se analisar cuidadosamente os elementos que caracterizam a culpa, segundo Neto:

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares

⁵³ SOUZA, Neri Tadeu Camara, *op. cit.*, p. 47.

auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.⁵⁴

Segundo Hildegard Giostri⁵⁵, a avaliação da culpa médica deve ser feita comparando-se o seu comportamento ao de outro médico, da mesma categoria e em situações idênticas, isto é, perquirir a culpa *in abstracto*. Em tal apreciação, há de se levar em consideração três fatores. O primeiro é que não se pode exigir ou esperar de um médico do interior que ele tenha o mesmo desempenho e se utilize das mesmas práticas atualizadas e técnicas que um colega seu que vive em um grande centro urbano e dispõe de um completo e moderno aparato hospitalar. Em segundo lugar, o erro de diagnóstico, considerado de maneira genérica, não se constitui em culpa, uma vez que somente uma pequena parte da etiologia das doenças é conhecida. Não obstante, um mesmo sintoma pode estar ligado a várias etiologias, podendo ocorrer, assim, um falso primeiro diagnóstico. Por outro lado, o médico agiria com culpa se, ao acompanhar o tratamento de seu paciente, e vendo que ele não estaria fazendo efeito, continuasse a insistir no mesmo. Por último, uma situação de emergência pode modificar a avaliação de uma culpa presumida, a atenuando até certo ponto.

O erro profissional, ou escusável, de acordo com Delton Croce e Delton Croce Jr.,

[...] não é devido à falta de observação das regras e princípios que a ciência sugere, e sim devido à imperfeição da Medicina – arte despida de precisão matemática – e à precariedade dos conhecimentos humanos: há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras de sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, daí, advir um resultado de dano ou perigo.⁵⁶

Quando o erro for inerente às insuficiências da profissão e às características do paciente, sua responsabilidade não pode ser atribuída ao médico. Faz-se necessário diferenciar o erro culposo, aquele que é derivado da imprudência, negligência ou imperícia, ocasionando lesão aos direitos do paciente e que poderiam ser evitados com uma atuação competente do profissional, daquele erro honesto, que é originado de fatos

⁵⁴ NETO, Miguel Kfour, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 41/42.

⁵⁶ BRUNO, Aníbal *apud* CROCE, Delton; JR., Delton Croce, *op. cit.*, p. 24.

imprevisíveis, situação onde o médico está consciente de seus deveres e atuou com as devidas precauções dentro do aceitável para a situação, mas mesmo assim não consegue evitá-lo.

2.2.3 Nexo Causal

É imperativo que o prejuízo suportado pela vítima advenha da ação ou omissão do ofensor para existir a obrigação de indenizar, havendo uma perfeita analogia de causa e efeito, caso contrário não existe o comprometimento de indenizar.

A reflexão de Maria Helena Diniz traz significativa contribuição ao entendimento deste parâmetro: “A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou. O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência”.⁵⁷

A obrigação de indenizar não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. O vínculo entre o prejuízo e a ação denomina-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo será oriundo da ação. O nexo causal diz respeito a elementos objetivos.

2.2.4- Eximentes da responsabilidade do médico

José Raul Torres Kirmser ⁵⁸ menciona as causas que eximem a responsabilidade do médico: estado de necessidade, cumprimento de um dever legal, exercício regular de um direito, caso fortuito e força maior, iatrogenia, obediência devida, erro e ignorância, culpa do enfermo e culpa concorrente.

Os cinco primeiros itens já foram previamente explicados no capítulo anterior. A respeito do estado de necessidade, no caso do médico, Jerônimo Romanello Neto cita o exemplo daquele que, para salvar a vida da mãe em trabalho de parto, precisa obrigatoriamente sacrificar a vida do nascido. Entretanto, caso a situação de necessidade for

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 76.

⁵⁸ KIRMSEK apud NETO, Jerônimo Romanello **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 39.

criada por falta de diligência ou por imperícia por parte do médico, ela não serve para eximi-lo de responsabilidade.

A iatrogenia consiste na alteração patológica provocada por algum tipo de tratamento no paciente. De acordo com Jorge Alberto Riu, é “uma síndrome não punível, caracterizada por um dano inculpável, no corpo ou na saúde do paciente, conseqüente de uma aplicação terapêutica, isenta de responsabilidade profissional”.⁵⁹ Como exemplo, tem-se o paciente que, submetido à radioterapia e quimioterapia, apresenta queda de cabelo. Nesse caso, fica caracterizada a iatrogenia, não havendo culpa por parte do médico.

Sobre a obediência devida, tem-se o art. 22 do Código Penal brasileiro que afirma que “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Entretanto, ela somente serve como excludente de culpabilidade, subsistindo a responsabilidade pelo ilícito civil.

Para Jorge Alberto Riu⁶⁰, o erro inculpável deve se referir à matéria opinável, sendo que o dano causado ao paciente deve ser proveniente de erro científico. O erro existe, porém o mesmo deve estar necessariamente vinculado com o caso fortuito, ou seja, com o que não tem como ser previsto, nem mesmo com o emprego de todo o cuidado.

A culpa do enfermo acontece quando o mesmo não segue as prescrições médicas recomendadas, resultando, dessa maneira, dano que não poderá ser imputado ao médico. Contudo, este deve sempre empregar todo o seu conhecimento e esforço a fim de proporcionar ao paciente uma maior eficácia no tratamento ou prescrição recomendada.

Por fim, a culpa concorrente ocorre quando além da culpa do agente há também a da vítima. Nesse caso, a responsabilidade é atenuada, uma vez que a vítima também contribuiu para a ocorrência do dano com sua própria imprudência ou negligência.

2.3 Natureza jurídica da relação médico–paciente

A relação médico-paciente sob uma visão jurídica refere-se a uma relação 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

⁵⁹ Riu, Jorge Alberto *apud* NETO, Jerônimo Romanello, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁰ Riu, Jorge Alberto *apud* NETO, Jerônimo Romanello, *op. cit.*, p. 42.

cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina”⁶¹; entretanto, existem situações onde a obrigação será de resultados, como é o caso da cirurgia plástica estética. A responsabilidade do médico será de natureza delitual excepcionalmente, caso ele cometa um ilícito penal ou viole normas regulamentares da profissão.

Matielo elucida a questão:

Desde o primeiro contato do médico com o paciente, até o momento em que se desfaz o liame pela liberação deste por finalizado o tratamento, passa a existir entre ambos uma contratação, ainda que raramente por escrito. Na realidade, o contrato firmado pelo médico com o paciente é, regra geral, de natureza verbal; foge dos padrões atualmente verificados a contratação por escrito, embora a ele devessem recorrer sempre as partes visando à obtenção de maior segurança jurídica para todos. De qualquer sorte, modernamente é pacífico o posicionamento de que sempre há o citado contrato, até porque de modo diverso não seria possível entender como um profissional poder-se-ia comprometer a prestar os seus serviços a outrem e responder judicialmente no caso de distanciar o comportamento dos limites estabelecidos pelas partes envolvidas.⁶²

A relação contratual normalmente não é elaborada por escrito, é um contrato livre. Entende-se isso pela vontade que existe entre as partes e que é baseada na autonomia de ambas. O acordo feito torna-se lei entre as partes, sendo procedente de inexecução contratual.

Esse acordo constava no art. 1056 do Código Civil de 1916, que foi revogado e substituído pelos arts. 389, 395, 402 e 403 do Código Civil vigente:

Art. 1056 do CC de 1916 – “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la, pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos”.

Art. 389 do CC de 2002 – “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Art. 395 do CC de 2002 – “Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado”.

Art. 402 do CC de 2002 – “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”.

Art. 403 do CC de 2002 – “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”.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p.207.

⁶² . MATIELO, Fabrício Zamproga. **Dano moral, dano material e reparação**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001, p. 140/141.

Apesar de as leis citarem danos patrimoniais, nada impede que o juiz, em caso de indenização por responsabilidade contratual, possa preceituar o autor pelo dano moral que causou. O dano moral proveniente do descumprimento do contrato só será passível de reparação caso haja adequação na cláusula penal, que contém uma prefixação, pelos contratantes, das perdas e danos sofridos pelo credor, com inadimplemento da obrigação principal.⁶³

Segundo ensinamento de Hildegard Giostri ⁶⁴, certas características são comuns ao contrato médico. Ele é um contrato *intuitu personae*, isto é, constitui-se em um ato de confiança para ambas as partes, especialmente em relação à escolha do médico pelo paciente; é rescindível por ambas as partes: o médico poderá desistir livremente, contanto que isso não acarrete prejuízos ao paciente e que o mesmo tenha continuidade nos cuidados que lhe são necessários; o contrato é contínuo, pois na maioria das vezes é realizado num espaço de tempo contínuo; ele importa em obrigações recíprocas, já que o médico compromete-se a despender seus cuidados ao paciente, enquanto a este cabe lhe remunerar, sendo assim, o contrato sinalagmático e a título oneroso; regra geral, ele tem forma livre e não formal.

O contrato médico contém alguns deveres implícitos:

- 1) De dar conselhos ao seu cliente, logo, o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne às precauções exigidas pelo seu estado;
- 2) De cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina. Assim, será responsabilizado se não der assistência ao seu cliente ou se negligenciar as visitas, abandonando-o;
- 3) De abster-se do abuso ou do desvio de poder, pois o médico não terá o direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser que isso seja imprescindível para enfrentar o mal que acarreta perigo de vida ao paciente.⁶⁵

A relação extracontratual independe da vontade das partes. O encargo extracontratual é resultante da transgressão de um dever geral de abstenção relacionado aos direitos reais ou de personalidade.⁶⁶

⁶³ DINIZ, Maria Helena, *op cit*, p. 98.

⁶⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, *op. cit*, p. 65/66/67.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit*, p. 204/205.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena, *op. cit*, p. 94.

O princípio das obrigações extracontratuais visa examinar relações obrigacionais nascidas da declaração unilateral de vontade ou ato ilícito, regido pelo Código Civil, nos artigos 854 e 954.

Art. 854 do Código Civil de 2002 – “Aquele que, por anúncios públicos se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”.

Art. 954 do Código Civil de 2002 – “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”.

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana é o resultado da transgressão legal, ou seja, da perda de um direito subjetivo, ou melhor, da infração jurídica geral de abstenção concernente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhuma conexão contratual entre lesante e lesado.⁶⁷

De acordo com Hildegard Giostri, existem situações peculiares que modificam a natureza da responsabilidade médica, passando esta a ser extracontratual:

1º) Casos em que os serviços prestados pelo facultativo o sejam de forma espontânea, sem intervenção alguma da vontade do paciente. Por exemplo, quando o médico dá atendimento à vítima de acidente, ou de mal-súbito, em via pública.

2º) O atendimento do médico à incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização.

3º) A atividade do facultativo desenvolvida contra a vontade do paciente, *verbi gratia*, nos casos de suicida que recebe assistência antes da consumação do ato.

4º) No caso de serviços médicos requeridos por pessoa distinta do paciente, sempre quando aquela não se apresente como representante legal ou voluntária do paciente, o que obrigaria contratualmente ao último.

5º) Quando o feito médico configurar – sem prejuízo da ilicitude civil – um delito penal evitado de dolo. Como exemplo, uma mutilação inútil ou um experimento sem fim lucrativo.

6º) Quando o contrato celebrado entre facultativo e paciente for nulo – *lato sensu* – por carecer de alguns elementos essenciais ou pela presença de qualquer outro defeito ou vício.

7º) O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, e que caracteriza responsabilidade objetiva para a entidade e extracontratual para o profissional.

8º) Uma outra situação é analisada por Penneau, qual seja a dos herdeiros quando se apresentam em nome próprio para reclamar reparação por prejuízo pessoal. Tratar-se-ia, então, de responsabilidade extracontratual em relação a terceiros, o que guardaria uma certa similitude à situação apontada atrás, no item de número quatro.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 93.

9º) Bueres refere-se, também, à responsabilidade por dano infligido à vítima fora da órbita do contrato, apontando como exemplo os efeitos de um incêndio no consultório ou os prejuízos materiais ou morais que podem advir de uma visita médica.⁶⁸

Para Maria Helena Diniz⁶⁹, o médico irá responder extracontratualmente quando operar, sem estar habilitado para tal; usar tratamento cientificamente condenado, vindo a causar deformação no paciente; não ordenar a remoção imediata de pessoa ferida para o hospital, ciente de que não será possível sua melhora mantendo o paciente nas condições em que se encontra; consentir, quando pode impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; fornecer atestado médico falso e quando permitir circulação de sua obra contendo erros relativos à dosagem de medicamentos, e que tal acarrete acidentes ou morte.

2.4 Direitos e deveres do médico

Os direitos do médico estão descritos no Código de Ética Médica, o qual contém normas que devem ser seguidas pelos profissionais. Seu art. 16, referindo-se aos seus princípios fundamentais, discorre que “Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou instituição pública ou privada poderá limitar a escolha por parte do médico dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente”. O art. 21, fazendo referência ao direito do médico, diz: “É direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País”.

Portanto, dois artigos no Código de Ética Médica certificam ao médico sua autonomia profissional, técnica e científica. Cabe às Comissões de Ética fiscalizar a execução das normas definidas neste Código. Os transgressores sujeitar-se-ão às penas disciplinares previstas em lei.

No entanto, o art. 14, afirma: “O médico deve empenhar-se para melhorar as condições de saúde e os padrões dos serviços médicos e assumir sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à

⁶⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 62/63.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 203

saúde”, ou seja, necessita notar seu papel de gerente de recursos públicos, cuidando para que os mesmos sejam aplicados de forma democrática e sem preconceitos às demandas da população.

O art. 20 do Código de Ética Médica prevê que é direito do médico “exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza”.

Os arts. 22, 23 e 24 do referido código tratam das instituições de trabalho.

O art. 22 diz que é direito do médico “apontar falhas nos regulamentos e normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à Comissão de Ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição”.

O art. 23 afirma ser direito do médico “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar o paciente”.

Por fim, o art. 24 discorre sobre o direito do médico de “suspender suas atividades, individual ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições mínimas para o exercício profissional ou não o remunerar condignamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina”.

O capítulo III do Código de Ética Médica trata da responsabilidade profissional, sendo vedado ao médico “praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência” (art.29); “delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica” (art. 30); “deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria” (art. 35) e “afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave” (art. 36).

Ao médico cabe a obrigação de meio, que é aquela em que o dever se obriga tão somente a usar de precaução e atividade normais na prestação de alguns serviços para atingir um efeito, sem, contudo, se vincular a obtê-lo, nesse caso, a cura do paciente.⁷⁰

O médico se propõe a assistir o doente, mas não pode abonar a cura. O paciente que procura um médico deseja o estabelecimento de sua saúde, mas esse efeito não é objeto do contrato, pois o paciente tem o direito de exigir que o profissional o trate com empenho e consciência.

Como direito, o médico tem o de gozar da maior e mais ampla liberdade, em todos os ambientes, para diagnosticar e tratar o doente.⁷¹

2.5 Direitos e deveres do paciente

Ernst Christian Gauderer elucida que o paciente tem o direito de obter todas as informações sobre seu caso e cópias de sua documentação médica, tais como prontuários, anotações de enfermagem, raios X, exames laboratoriais e avaliações psicológicas. Caso o médico se recusar a fornecer tais dados, o paciente pode compelir o médico a fazê-lo, através de *habeas data*.⁷²

Ele acrescenta:

Temos o direito de solicitar que os profissionais se reúnam para discutir a nossa doença. O médico seguro de sua competência não fará objeções. Temos direito a uma morte digna, escolhendo onde e como morrer, e de recusar tratamentos, internações, intervenções cirúrgicas. Temos o direito de visitar parentes internados na hora em que pudermos, pois o horário de visitas é arbitrário, ou de ter acompanhantes durante os exames ou hospitalização – a psiconeuroimunobiologia prova que isso favorece a liberação de enzimas, hormônios e células de defesa que irão mais prontamente ajudar a recuperação do organismo.⁷³

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 207.

⁷¹ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 364.

⁷² *Habeas data* é uma ação constitucional que tem por objeto proteção do direito líquido e certo do impetrante de conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais. Está previsto no art. 5º, inciso LXII da Constituição Federal: “Conceder-se-á hábeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros públicos ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

⁷³ GAUDERER, Ernst Christian *apud* NETO, Miguel Kfourri, *op. cit.*, p. 31.

Irany Novah Moraes salienta que “o paciente tem o direito de receber do médico a melhor medicina, a mais atualizada, toda sua competência e de maneira humana e respeitosa. O médico deve examinar cuidadosamente, lembrando que ele é humano e tem sentimentos”.⁷⁴

Como deveres, o paciente tem de pagar a remuneração devida ao médico, direta ou indiretamente, esta última quando o paciente é associado a plano de saúde ou é beneficiário da Previdência; seguir seus conselhos e realizar as prescrições rigorosamente.

2.6 Erro médico

Erro médico é a falha do profissional médico no exercício de seu trabalho, sendo que o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.) é considerado o primeiro documento a fazer referência ao erro médico. Ele apresenta alguns parágrafos referentes às atividades médicas:

215. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo deverá receber dois siclos.

216. Se for um liberto, ele receberá cinco siclos.

217. Se for o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos.

218. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

219. Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

220. Se ele abriu a incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço.

⁷⁴ MORAES, Irany Novah, *op. cit.*, p. 374.

221. Se um médico restabelecer o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos.

222. Se for um liberto deverá dar três siclos.

223. Se for um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos.

O erro médico é qualificado pela presença de dano ao paciente, havendo um processo de falhas derivadas de imperícia, imprudência ou negligência, com nexos comprovados de causa e efeito.

Fabrizio Zamprogna Matielo explica que “por erro médico entende-se todo episódio lesivo ocasionado por profissionais da área da saúde ao seu paciente, como fruto de conduta evitada por culpa, em sentido amplo”.⁷⁵

Na lição de Irany Novah Moraes⁷⁶, a maneira pela qual o erro médico vem sendo encarado pela Justiça brasileira se alicerça sobre dois fundamentos básicos. O primeiro é que o ônus da prova cabe ao reclamante; segundo que a acusação estará concretizada apenas após a comprovação dos seguintes itens: existência de condição legal do médico, isto é, diploma apostilado pelo Ministério da Educação e registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado no qual ele exerce a profissão; existência do dano alegado; existência do ato médico que o produziu; estar comprovado claramente o nexo de causalidade entre o ato médico e o referido dano; e, por fim, existir culpa por parte do médico, seja ela caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia.

Segundo os ensinamentos de Croce e Croce Jr.⁷⁷, são necessários alguns requisitos para considerar o erro médico escusável:

a) que o médico assistente não tenha culpa em qualquer modalidade (negligência, imprudência ou imperícia);

b) que o resultado seja consequência de um erro de diagnóstico plausível do ponto de vista estatístico;

c) que tenham sido utilizados meios e métodos competentes para se determinar o diagnóstico;

d) que a terapia clínica ou cirúrgica seja a comumente empregada para o diagnóstico decretado;

⁷⁵ MATIELO, Fabrício Zamprogna, *op cit*, p. 139.

⁷⁶ MORAES, Irany Novah, *op. cit*, p. 555.

⁷⁷ CROCE, Delton; JR., Delton Croce, *op. cit*, p. 25.

e) que a evolução do caso se tenha processado dentro das expectativas.

José de Aguiar Dias leciona:

Se o erro de diagnóstico, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica, não induz à responsabilidade do médico, o engano grosseiro ou manifesto não permite isentá-lo. Assim: a) o tratamento, como fratura, de ferida causada pela introdução de um estilhaço de madeira na perna do paciente; b) tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte; c) aplicar ao doente o tratamento de uma doença que não tinha, sem se esforçar por descobrir de que moléstia realmente se tratava; d) o contra-senso cometido pelo médico em face de radiografia terminantemente clara; e) ou o diagnóstico leviano ou inexato, em presença de sintomas positivamente contrários aos apresentados pela moléstia, e malgrado o protesto enérgico do doente.⁷⁸

Assim complementa Jerônimo Neto:

O erro injustificável, derivado da má formação profissional do médico, ou de um exame superficial no paciente, compromete a responsabilidade do médico. O erro, derivando de uma apreciação subjetiva em um caso cientificamente duvidoso ou com opiniões diferentes na doutrina médica, não pode causar responsabilidade ao médico.⁷⁹

Segundo Neto⁸⁰, os meios para a prova do erro cometido pelo médico são os usuais, quais sejam o depoimento pessoal do médico; prova documental; inquirição de testemunhas; informes, os quais são notícias vinculadas pela imprensa; presunções; inspeção judicial; prova pericial; convicção e convencimento do juiz.⁸¹

Diniz⁸² define os seguintes requisitos para o erro médico:

- a) fazer uma operação não urgente, sem o instrumento necessário;
- b) continuar tratamento que causa perturbação anormal no paciente;
- c) atar um membro muito forte e demoradamente, provocando gangrena e posterior amputação;

⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 1. v. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 264.

⁷⁹ NETO, Jerônimo Romanello, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁰ NETO, Miguel Kfoury. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

⁸¹ Embora o autor aponte a convicção e o convencimento do juiz como meios de prova, eles não o são. O correto é afirmar que eles se constituem no resultado da análise dos meios de prova.

⁸² DINIZ, Maria Helena, *op cit.*, p. 206.

- d) omitir normas de higiene e assepsia;
- e) esquecer corpo estranho no organismo do doente;
- f) manter, sem necessidade, o paciente em tratamento radiológico;
- g) fazer cirurgia plástica sem verificar a natureza da pele, a proporção de riscos, a necessidade da operação e as normas da profissão;
- h) seccionar nervo facial da criança ao proceder a uma operação cesariana;
- i) receitar medicamento, sem verificar a idiossincrasia do paciente para aquele, provocando choque anafilático e a morte;
- j) enganar-se na dosagem do medicamento;
- k) não prescrever ao doente regime dietético apropriado.

Newton Pacheco lembra que

[...] o juiz deve verificar a regularidade do diploma do médico, emitido por faculdade reconhecida, e a respectiva inscrição no CRM (a advertência é pertinente, quando se tem notícias de impostores que já chegaram, até, a presidir associações médicas); juntada da papeleta da anamnese e da evolução do tratamento, subscrita por médicos e enfermeiros; livros e trabalhos científicos com a descrição das técnicas questionadas, a fim de se comparar com o desempenho dos acusados, no desenvolvimento do ato questionado – antes, durante e depois da intervenção. Rotineiramente, utilizam-se três autores consagrados. Se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorre dessa técnica, houve transgressão; guia médico-farmacêutico, com a composição das drogas e medicamentos ministrados; relatório do anestesista (papeleta de anestesia); documentos escritos pelo paciente (consentimento, pagamento de honorários etc.); certidão de óbito; relatório da necropsia, se for o caso; se houve inquérito, juntar-se-ão documentos a ele acostados; análise do desempenho da aparelhagem; exames de laboratório: efetivação e resultados.⁸³

A seguir, o último capítulo irá tratar do dano estético, das obrigações de meio e de fim dentro da atividade médica e da cirurgia plástica estética.

⁸³ PACHECO, Newton *apud* NETO, 2007, p. 86.

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

3.1 Atividade médica e obrigações de meio e de resultado

De acordo com Miguel Kfoury Neto,

[...]a obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor). Implica diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados – em busca da cura.⁸⁴

A classificação das obrigações em “de meios” e “de resultado” foi feita pelo jurista francês René Demogue. Segundo ele, a obrigação é de meio quando a prestação exige do devedor somente o emprego de determinado meio sem a preocupação com o resultado. Como exemplo têm-se os serviços profissionais do médico, o qual é obrigado a utilizar todos os meios possíveis para o alcance da cura do doente, entretanto sem assegurar o resultado, que é a cura. A atividade deverá ser desempenhada da melhor maneira possível para a obtenção do melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido.

Já na obrigação de resultado, o devedor é obrigado a alcançar certo fim, sendo que se não conseguir o resultado estipulado deverá arcar com as conseqüências. Ou seja, nas obrigações de meio a própria atividade do devedor é a finalidade, e nas obrigações de resultado o próprio resultado constitui-se na finalidade.

Demogue afirma que “o médico contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e o ato danoso (morte etc.)”.⁸⁵

Assim, na responsabilidade contratual, a culpa pode ser presumida ou não. Não há uma obrigatoriedade de presunção de culpa só por estarmos diante de um contrato. O parâmetro vai ser o tipo de obrigação assumida pelo devedor. Se este se propôs a atingir determinado resultado e não o atingiu, é presumido culpado, devendo demonstrar a sua não-culpa. O credor só deve demonstrar o inadimplemento. Há, portanto, inversão do ônus da prova, em que o credor ou vítima do prejuízo fica em posição mais cômoda. Ao contrário, se o devedor somente se comprometeu a ter uma determinada conduta, cabe ao credor o encargo de provar que por culpa ou por dolo do devedor houve danos a ele. Podemos lembrar que não há nenhuma presunção de culpa do médico pelo insucesso da cura. Pelo contrário, é o cliente, ou sua família, que tem que provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou

⁸⁴ NETO, 2002, p. 226.

⁸⁵ DEMOGUE, René *apud* NETO, 2002, p. 227.

imperícia, para que possa receber a indenização. Isto se dá exatamente porque a obrigação que existe é de meio e não de resultado, nada tendo a ver com o contrato que existe entre o profissional e o cliente. Todavia, não é o que acontece nos casos de operação plástica estética, vasectomia, exames laboratoriais, raios X etc., em que o resultado deve ser efetivamente atingido.⁸⁶

Na obra de Miguel Kfourri Neto, Clóvis do Couto e Silva é citado:

“O médico – e este parece ser o melhor exemplo - não se obriga, via de regra, à cura do doente, ainda que assim se possa vulgarmente pensar. Compete-lhe, apenas, aplicar a técnica que a medicina lhe põe à disposição, zelando pelo tratamento que deverá ser aplicado ao doente. Se tudo, porém, for em vão e sobrevier, digamos, o falecimento, o médico poderá ser responsável, inclusive criminalmente, mas não se presume seja ele culpado somente pela não obtenção do fim que o contrato se dirigia. Não se pense, contudo, em razão das circunstâncias apontadas, que o fim não integre o processo das obrigações de ‘meios’. A finalidade é também indissociável do contrato realizado com o médico”.⁸⁷

Essa também é a opinião de Sergio Cavalieri Filho:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.⁸⁸

Conforme Miguel Kfourri Neto⁸⁹, quando houver infração a uma obrigação de meios, a culpa tem de ser provada pelo autor, ou seja, pelo paciente ou seus familiares. Nesses casos, há incidência das regras da responsabilidade subjetiva, sendo que o médico pode defender-se sob a alegação de cumprimento rigoroso das regras da medicina e de que não existiu nexos causal entre sua conduta e o dano causado. Quanto à prova da culpa médica, conforme se depreende dos acórdãos de nossos tribunais, parte-se quase sempre da premissa que a obrigação assumida pelo médico é de meios, e não de resultado.

De acordo com o mesmo autor, as conseqüências do acima exposto são que o médico não é responsabilizado pelo insucesso da terapia, caso ele tenha se utilizado de

⁸⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 70.

⁸⁷ SILVA, Clóvis do Couto *apud* NETO, 2007, p. 178/179.

⁸⁸ FILHO, Sergio Cavalieri, *op. cit.*, p. 371.

⁸⁹ NETO, 2002, *op. cit.*, p. 227.

todos os meios disponíveis a ele; a prova da culpa médica cabe àquele que busca a indenização (a própria vítima ou seus familiares); por ser vinculada a uma obrigação de meios, quase sempre existe em favor do médico a presunção de que o dano teria ocorrido de qualquer maneira, desencadeado por uma causa alheia e superior às forças do profissional.

“O médico não satisfaz sua obrigação simplesmente atendendo, receitando, intervindo cirurgicamente, diagnosticando etc., mas sim deve demonstrar – e tal prova ficará a seu cargo – que tais atos constituem a atividade diligente devida, idônea à obtenção do resultado pretendido: curar o enfermo”.⁹⁰

A respeito da obrigação de meios do médico, conclui-se que seu objeto de contrato é a prestação de serviços baseados em cuidados conscienciosos, de acordo com os avanços tecnológicos e científicos da profissão. Não obstante, tal contrato não obriga o médico a restituir a saúde ao paciente, mas sim a ter sua conduta com toda a diligência necessária para atingir, dentro de suas possibilidades, tal objetivo. Além disso, o médico somente será responsabilizado na ocorrência de algum insucesso quando restar provado que o dano o qual ocorreu ao paciente foi resultado de erro grave, negligência, imprudência ou imperícia de sua parte.⁹¹

Para a mesma autora⁹², a obrigação do médico será de resultado quando houver um acordo de vontade entre as partes, onde o médico faz a promessa de executar certo ato em determinado momento, ou promete executar o ato pessoalmente. Tem-se como exemplo o obstetra que se compromete a fazer certo parto; na sua ausência, ele irá responder se houver erro por parte de seu substituto. A obrigação do médico também será de resultado por conta da natureza da prestação e por força de lei.

3.2 Cirurgia plástica estética

A cirurgia plástica pode ser reparadora ou estética. A cirurgia plástica reparadora possui finalidades terapêuticas, tais como o tratamento de problemas causados por queimaduras, ferimentos, acidentes, contusões e também problemas congênitos. Já a cirurgia plástica estética tem por finalidade a modificação na aparência, objetivando o embelezamento da pessoa.

⁹⁰ NETO, 2002, p. 233.

⁹¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, *op. cit.*, p. 94.

⁹² GIOSTRI, Hildegard Taggesell, *op. cit.*, p. 99.

Miguel Kfoury Neto⁹³ elucida que a cirurgia plástica estética nunca é urgente, sendo que sua necessidade nem sempre é manifesta; entretanto, ela apresenta características comuns aos outros tipos de cirurgia, tais como as reações do organismo, as quais são imprevisíveis.

A cirurgia reparadora, ou reconstrutiva, “é considerada, à semelhança de todos os procedimentos médicos e cirúrgicos, como regida por um contrato de meio, não sendo, pois, exigido resultado”.⁹⁴

O médico em geral é obrigado, seja moral ou legalmente, a oferecer a seu paciente tudo o que a medicina dispõe de melhor e de moderno sem, contudo, ser obrigado a curá-lo. Em outras palavras, o médico é obrigado a cuidar, e não curar o doente. Pelo vínculo implícito que ocorre no simples ato de ser procurado para uma consulta, por parte do paciente, e, de sua parte, aceitar fazê-la, estará assumindo, embora implicitamente, tal contrato. Entretanto, do cirurgião plástico, quando faz uma operação estética, o que é alegado, e a Justiça assim tem entendido, é que pelo fato de não estar tratando de um doente, mas de uma pessoa fisicamente sadia que deseja melhorar sua aparência ou mesmo mudar para, a seu ver, melhor, já revela um conflito de auto-estima. É uma dificuldade que o paciente tem em se aceitar como realmente é. A esperança de beleza ou de rejuvenescimento é ilimitada; assim é exigido que o médico consiga o que o paciente espera, e não o que pode ser feito.⁹⁵

Todavia, Miguel Kfoury Neto lembra que o médico tem a possibilidade de demonstrar os fatores que não estão dentro de seu alcance e que possam vir a desencadear o dano.

Em qualquer situação, também ao cirurgião plástico é possível demonstrar a interferência – no desencadeamento do resultado danoso – de fatores imprevisíveis e imponderáveis, devidos a aspectos subjacentes à saúde do paciente, que o médico não conhecia, nem podia conhecer, mesmo agindo com diligência e acuidade. Noutras palavras, seu objetivo frustrou-se pela superveniência de causas que ele não podia prever, nem evitar.⁹⁶

Jerônimo Romanello Neto diz “que o resultado é a única motivação que leva o paciente a submeter-se à cirurgia plástica estética, porquanto, em não sendo possível o resultado, questionável a sua vontade em submeter-se ao ato cirúrgico”.⁹⁷

Ele ainda conclui que

⁹³ NETO, 2007, p. 180.

⁹⁴ MORAES, Irany Novah, *op. cit.*, p. 243.

⁹⁵ MORAES, Irany Novah, *op. cit.*, p. 244.

⁹⁶ NETO, 2007, p. 172.

⁹⁷ NETO, Jerônimo Romanello, *op. cit.*, p. 135.

[...] a regra a ser seguida pelo cirurgião plástico em operações com intuito apenas estético é a de que ele deve renunciar aos atos de aperfeiçoamentos estéticos, independente do desejo do paciente, quando a vida, a saúde ou a integridade física do paciente for colocada em perigo; o mesmo deve se dar com o resultado se este não for absolutamente confiável. Tudo isto para que não seja produzido ao paciente um prejuízo maior do que aquele que se pretende corrigir.⁹⁸

Nos ensinamentos de Siqueira Montalvão, a obrigação do cirurgião na cirurgia plástica meramente estética assumida perante o paciente é de resultado; quando não é alcançado o resultado estético pretendido, há a responsabilização civil do profissional, o qual deverá indenizar o paciente pelo dano causado, uma vez que, quando se trata de cirurgia plástica estética, o paciente não se encontra doente, mas é uma pessoa fisicamente saudável à procura de certo resultado meramente estético.

Cirurgia plástica reparadora consubstancia obrigação de meios, porém a cirurgia plástica estética, destinada à mudança de padrão estético da pessoa ou a embelezamento puro e simples constitui obrigação de resultado. Responde por danos decorrentes ou resultados insatisfatórios o cirurgião plástico que a despeito de conhecer a desproporção entre riscos assumidos e benefícios esperados, vem a realizar a cirurgia estética.⁹⁹

Elucida Teresa Ancona Lopez:

Quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas.¹⁰⁰

Nesse sentido, o julgado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL” – Cirurgião plástico – Abdominoplastia – Paciente que, após o ato cirúrgico, apresenta deformidades estéticas – Cicatriz suprapúbica, com prolongamentos laterais excessivos – Depressão na parte mediana da cicatriz, em relação à distância umbigo/púbis – Gorduras remanescentes – Resultado não satisfatório – Embora não evidenciada culpa extracontratual do cirurgião, é cabível o ressarcimento – A obrigação, no caso, é de resultado, e não de meio – Conseqüentemente, àquele se vincula o cirurgião plástico – Procedência parcial do pedido para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias aos procedimentos médicos reparatórios – Dano estético reduzido – Ressarcimento proporcional – Custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (TJRJ-AC 338/93). Ementa oficial: “Se da cirurgia plástica cosmetóloga não advém o almejado resultado, ou dela advém seqüelas desagradáveis, por estar

⁹⁸ NETO, Jerônimo Romanello, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁹ MONTALVÃO, A Siqueira. **Erro médico**: teoria, legislação e jurisprudência. 1.v. Julex Edições, 1998. p. 24.

¹⁰⁰ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 119/120.

regida por obrigação contratual de resultado e não de meio, deve-se considerar que o médico inadimpliu a avença, impondo-lhe, desse modo, o dever de devolução das despesas despendidas com o ato cirúrgico e hospitalares, arcando, inclusive, com as custas de uma nova operação reparadora”.¹⁰¹

“INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Ato ilícito – Dano estético – Intervenção de natureza mastológica e abdominal – Nexo causal entre a deformidade gravosa e o comportamento culposo do médico – Recurso não acolhido. Ementa oficial: Tratando-se de operação de resultado, não de meio, e não tendo havido um resultado satisfatório, mas ao contrário, tendo ficado a paciente com diversas seqüelas resultantes da operação, procede o pedido e concede-se a indenização pleiteada”.¹⁰²

RESPONSABILIDADE CIVIL – Médico – Dano estético resultante de cirurgia plástica – Reconhecimento da responsabilidade contratual em razão de inadimplemento, por assumir o cirurgião obrigação de resultado – Admissibilidade – Inicial que, apesar de não distinguir claramente qual a opção do autor no tocante à responsabilidade contratual e delitual, erigiu aquela em causa de pedir – Inocorrência de julgamento *extra petita* – Indenização devida. O dano estético resultante de cirurgia plástica deve ser indenizado pelo médico em razão de inadimplemento contratual, já que assume ele obrigação de resultado. Não há que se falar em decisão *extra petita* pelo reconhecimento da responsabilidade contratual se a inicial, apesar e não distinguir claramente a opção do autor pela indenização contratual ou delitual, erige aquela em causa de pedir.¹⁰³

Quando se trata de cirurgia plástica estética, há a presunção de culpa do médico pela inadimplência do contrato, havendo, assim, a inversão do ônus da prova, cabendo à vítima tão somente a demonstração da prova de que o resultado obtido não foi aquele que deveria ter sido alcançado.

Para que o médico não possa ser responsabilizado facilmente, cabe a ele agir da maneira mais cautelosa possível, e, exatamente por ser a cirurgia plástica feita em pessoa sã, deve agir muito mais escrupulosamente do que aquele que vai operar alguém que está doente. Deve avisar o cliente claramente dos riscos pelos quais vai passar, pesando estes com as vantagens a serem auferidas pela intervenção – dever de informar expressamente. Se os perigos forem maiores que as vantagens, deve negar-se a operar, não vale, para nenhum efeito, neste particular, a prova do consentimento do cliente. Na matéria em que predomina o princípio da integridade do corpo humano, norma de ordem pública, não vale a máxima *volenti non fit injuria*. Não deve também se esquecer da parte psicológica, informando sobre a nova imagem e verificando se o momento emocional é propício.¹⁰⁴

Conforme lição de Hildegard Giostri, “o fato de o médico estar trabalhando com um organismo hígido, se lhe aumenta a responsabilidade, nem por isso justifica transformar sua obrigação: ela sempre será de meios, porque ele está a labutar em

¹⁰¹ CROCE, Delton; JR, Delton Croce, *op. cit.*, p. 251/252.

¹⁰² CROCE, Delton; JR, Delton Croce, *op. cit.*, p. 254.

¹⁰³ Ap. 102063-1 – 1ª Câ. – j. 25.10.1998 – rel. Des. Roque Komatsu (RT 638/89).

¹⁰⁴ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 120/121.

uma seara plena do fator álea, o que equivale dizer que a própria incerteza do resultado desautoriza aquela denominação”.¹⁰⁵

Há quem conteste, tanto na doutrina estrangeira como na brasileira, assumir o médico obrigação de resultado na cirurgia estética. O eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., depois de anotar que a orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea, endossa esse entendimento, tendo em vista que em toda operação existe um risco ligado à reação do próprio organismo humano, tipo de pele extremamente sensível, infecção hospitalar etc., situações muitas vezes imprevisíveis e que não podem ser imputadas ao médico. A eventual falta de informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, arremata o ilustre Ministro, conduzirão à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios (RT 718/40).¹⁰⁶

No caso de haver uma reoperação¹⁰⁷ após uma cirurgia estética mal sucedida, aquela não mais possui a natureza desta última, tornando-se cirurgia estritamente reparadora, uma vez que não se atua mais sobre o órgão em suas condições originais, mas sim alterado pelas seqüelas cirúrgicas.

Toda reoperação é mais complexa que a original, portanto com maiores riscos, uma vez que os procedimentos cirúrgicos são feitos sobre estruturas já manipuladas, em que a resposta orgânica alterou a anatomia original. Portanto a região é mais suscetível a isquemias, devido às cicatrizes, hemorragias, pela neoformação vascular circunjacente à área manipulada, e sobretudo à infecção, pelo fato de o tecido estar alterado e conter material utilizado para homeostasia: fios inabsorvíveis e no caso de operações recentes os absorvíveis e sua reação exsudativa ou ainda pontos de homostasias produzidos pela eletrocoagulação.¹⁰⁸

3.3 Dever de informação e consentimento do paciente

O consentimento informado tem tomado grande importância no contexto da responsabilização civil do médico. Ele se caracteriza por ser o comportamento mediante o qual se dá autorização a alguém para que faça certa atuação.

Para que haja a responsabilidade civil do médico pela não obtenção do consentimento informado, há de haver uma clara relação entre a falta de informação e o dano final causado.

¹⁰⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁶ FILHO, Sergio Cavalieri, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁷ No meio médico é utilizada a expressão “reoperação” quando há uma operação logo após a anteriormente efetuada.

¹⁰⁸ MORAES, Irany Novah, *op.cit.*, p. 245.

Acerca do histórico sobre a troca de informações entre médico e paciente, Mário Raposo elucida:

“[...] Distanciados estarão, pois, os tempos em que como dogma preponderava a não participação volitiva do doente no núcleo gerador da decisão médica. Um certo entendimento da concepção hipocrática preconizava que, fosse qual fosse a situação, o médico deveria assegurar ao doente um desfecho favorável; era o obscurantismo de uma mal compreendida ‘piedade’. A lição de John Gregory e de Benjamin Rush começou a esquissar aquilo que justificadamente já foi qualificado como a ‘desmistificação da medicina’ e a configurar o imperativo ético de informar o doente, embora numa primeira fase muito mais para que ele acatasse as prescrições médicas do que para obter o seu consentimento esclarecido. Terá sido Thomas Percival quem precursoramente deu como assente o direito do doente a uma informação verdadeira; estava-se, entretanto, ainda num estágio embrionário, sem que realmente pesasse o objetivo de uma ‘aliança terapêutica’ (*therapeutic alliance*); esta só ulteriormente viria a ganhar contornos de cidadania. Mudaram-se os tempos e os critérios transmutaram-se. Árduo foi o percurso que conduziu às modernas concepções. É hoje um dado não questionável que, salvo em casos de urgência, o médico elucidará o doente sobre os efeitos e as previsíveis conseqüências da terapêutica adotada, obtendo para esta o seu consentimento, sobretudo quando em causa estiver um ato que comporte risco sério. E o médico não poderá sobrepor a sua própria concepção de qualidade de vida do doente àquela que este próprio tiver [...]”¹⁰⁹.

Discorre sobre o assunto Neri Tadeu Camara Souza:

O dever de informação é uma das regras primordiais da atividade médica. O médico está proibido de deixar de informar o paciente sobre as condições em que vai se estabelecer o seu tratamento. Há que se contar com o consentimento do paciente, para a realização dos atos que vão levar à sua cura, mas este dever deve estar, sempre, informado convenientemente das condições em que vão se realizar estes atos. É, indispensável, pois, o consentimento informado na relação entre médico e paciente. Envolve um diálogo, de caráter cogente, entre o médico e o seu paciente. A falta de consentimento informado caracteriza uma negligência do médico. O consentimento informado é parte integrante do ato médico. Não pode faltar. Se retiver algum dado necessário para que seu paciente tenha condições de emitir um consentimento informado, de forma inteligente em relação ao que lhe é colocado como forma de tratamento, o médico pode ser responsabilizado legalmente por esta omissão. Se não houver a informação de maneira conveniente, não se pode falar que houve o consentimento informado. A informação e o consentimento correm irmanamente unidos, sem um não se pode dizer que houve o outro. A informação não deve ser apenas razoável. Ela deve ser suficiente para que o paciente tenha um entendimento que lhe seja o bastante para compreender as diversas opções que se apresentam, podendo, assim, decidir com autonomia sobre seus objetivos pessoais.¹¹⁰

Ambos informação e consentimento devem ser individualizados, escritos e testemunhados, e a informação prestada pelo médico deve ser leal e intelegível. A princípio,

¹⁰⁹ RAPOSO, Mário apud NETO, 2002, p. 280/281.

¹¹⁰ SOUZA, Nereu Tadeu Camara, *op. cit.*, p. 64.

quem deve consentir é o doente; entretanto, haverá ocasiões nas quais os pais ou familiares poderão dar o consentimento em seu lugar. Ainda, existirão circunstâncias nas quais a urgência fará com que o médico fique obrigado a agir imediatamente. No caso de existir recusa por parte do paciente ao tratamento, a mesma deverá ser documentada, para que o médico depois não seja acusado de negligência ou omissão.¹¹¹

Lorenzetti¹¹² afirma que o dever de informar baseia-se em certos fundamentos, tais como os constitucionais, assentando-se sobre o direito à liberdade, uma vez que não se pode comprometer a autodeterminação da pessoa, sem seu consentimento expresso. Tal dever também é baseado nos fundamentos dogmáticos, uma vez que o contrato constitui-se em um ato jurídico, o mesmo deve ser voluntário, e para que exista voluntariedade deve haver intenção, autonomia e discernimento. Por último, há os fundamentos legais; segundo eles, todos possuem o direito a receber informação adequada sobre a terapia que virá a ser utilizada.

Susana Albanese¹¹³ discorre sobre aspectos sobre o dever de informar: na primeira consulta, o médico deve informar ao paciente as providências que irá adotar para fazer o diagnóstico adequado. Quando tiver condições de fazer o diagnóstico e o prognóstico, deve o médico explicar ao paciente sobre sua situação, de maneira clara e compreensível; também informará sobre o tratamento necessário, seus riscos, vantagens, tempo de duração e custos. Tudo isso deverá ser documentado, obtendo-se, assim, o consentimento informado do paciente. Caso seja necessária a internação, o paciente terá o direito de aceitá-la ou não. Uma vez internado, o paciente tem o direito de chamar seu médico ou profissional de saúde para tomar conhecimento de seu caso.

Caio Mário da Silva Pereira complementa:

Embora o médico, como profissional, tenha por si a presunção de conhecimento e portanto a direção do tratamento, não se dispensa de orientar o enfermo ou as pessoas de cujo cuidado este depende, a respeito de como proceder, seja no tratamento ambulatorial, seja no hospitalar, seja ainda no domiciliar. No caso da moléstia exigir a consulta a um especialista ou uma intervenção cirúrgica, cumpre-lhe fazer a indicação cabível e em tempo oportuno. No dever de aconselhar, não pode omitir a informação sobre os riscos do tratamento. Era entre nós comum, em casos de moléstia grave, ocultar o médico esta circunstância, resguardando o doente do choque psicológico. Mas modernamente, e no rumo do que se denomina a “escola americana”, reverte-se a tendência, já no sentido oposto, de informar o paciente ou a família sobre o estado dele e sobre a possível evolução da doença.¹¹⁴

¹¹¹ NETO, 2002, p. 297.

¹¹² LORENZETTI, Ricardo Luís *apud* NETO, 2002, p. 298.

¹¹³ ALBANESE *apud* NETO, 2002, p. 298/299.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud* GUSSO, Moacir Luiz. **Dano Moral**: doutrina - legislação – súmulas – jurisprudência e prática. 1. v. Ed de Direito, 2001, p. 430.

Nereu Tadeu Camara Souza elucida a respeito dos cuidados os quais o médico tem de tomar ao se reportar ao paciente:

Quando escrito, ou mesmo na exposição oral, o consentimento informado deve ser obtido através de uma linguagem acessível, adaptada a cada tipo de paciente. Isto implica conhecimentos de psicologia, por parte do médico, para, até mesmo, evitar o uso de expressões que traumatizem desnecessariamente o paciente. A informação deve ser completa, mostrando a realidade, mas, enfatizamos, adaptada às condições emocionais de cada paciente. Isto exige um conhecimento suficiente da personalidade do paciente, permitindo uma abordagem clínica adequada da situação, em termos de consentimento informado. É conveniente que a explanação inclua, necessariamente, os benefícios advindos do tratamento proposto, os possíveis riscos e tratamentos outros que sejam viáveis para o caso. Uma má avaliação do estado psicológico do paciente pode encontrá-lo mal preparado para estar ciente do seu estado clínico, portanto, para não incorrer em imprudência, antes de expor os dados de sua doença ao paciente, o médico deve avaliar a sua possibilidade emocional de receber estas informações. Revelações brutais de diagnóstico e prognóstico que o paciente não suporte têm que ser evitadas.¹¹⁵

No Código de Ética Médica brasileiro encontram-se artigos sobre o consentimento informado: conforme o art. 46 do capítulo dos “Direitos Humanos”, é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Também, o art. 46 do capítulo sobre “Relações com Pacientes e Familiares”, afirma ser vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas e terapêuticas, com exceção dos casos em que o mesmo corre iminente risco de vida. Já o art. 59 veda ao médico a omissão de informações sobre prognóstico, diagnóstico, riscos e objetivos do tratamento, salvo se a comunicação puder acusar algum tipo de dano ao doente; nesse caso a informação deverá ser prestada ao seu representante legal.

Discorre o art. 13 do Código Civil de 2002: “*Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único: o ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial*”.

Acerca do assunto, o julgado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CIRURGIA QUE, AO INVÉS DE MELHORAR A VISÃO DO

¹¹⁵ SOUZA, Nereu Tadeu Câmara, *op. cit.*, p. 68/69.

PACIENTE, INDUZ CEGUEIRA – DESCOLAMENTO DE RETINA – INEXISTÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA ACERCA DOS RISCOS CIRÚRGICOS EM FACE DE CONDIÇÃO PESSOAL DO PACIENTE – NEGLIGÊNCIA NO PÓS-OPERATÓRIO – RETIRADO O CURATIVO E CONSTATADA A CEGUEIRA, NÃO FOI SEQUER MARCADA NOVA CONSULTA PARA ACOMPANHAMENTO DO CASO – RETORNOS DO PACIENTE POR INICIATIVA PRÓPRIA – Dentre as grandes inovações consagradas no CDC, sobreleva-se a da responsabilidade objetiva do fornecedor, mas a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, , consoante exceção contida no §4º, do art. 14, do CDC. Presentes os pressupostos elencados no inciso VIII, do art. 6º, da Lei 8.078/90, faz jus o consumidor à inversão do ônus da prova. Toda vez que houver risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em caso de urgência, não caracterizada nos autos. Inexistência nos autos de prova neste sentido. Negligência no pós-operatório, descuidando-se o médico de determinar o retorno do paciente para acompanhamento indispensável, tornando o descolamento da retina irreversível. Não comprovando o réu que agiu de forma correta, deixando de aplicar toda diligência possível para obter resultado favorável, impõe-se a procedência do pedido. Sentença mantida. Apelação improvida.¹¹⁶

3.3.1- *Consentimento em cirurgia plástica estética*

Quando se trata de cirurgia plástica meramente estética, as obrigações do cirurgião são ainda mais agravadas. Ele tem de passar as informações ao paciente de forma completa e acessível, sobre o próprio ato cirúrgico, cuidados pós-operatórios e também sobre os riscos que envolvem a cirurgia, incluídos aí aqueles de caráter excepcional.

Neto¹¹⁷ lembra que, na cirurgia estética deve ser observada de forma ainda mais rigorosa a obrigação de prudência e conselho, já que a mesma atende a critérios de oportunidade, e não de necessidade. Não obstante, o cirurgião tem por obrigação o esclarecimento ao paciente de que algumas conseqüências prejudiciais podem ser desproporcionais ao melhoramento estético que se busca. “Quando se tratar de cirurgia plástica estética, a exigência, no tocante às informações que devam ser dadas ao paciente, inclui que deva ser informado, principalmente, dos riscos mais raros do procedimento ao qual vai ser submetido”.¹¹⁸

Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção,

¹¹⁶ TJDF – Ap.Civ. 4633997-DF-Ac. 103262-3ª T. Civ. – Rel. Desa. Carmelita Brasil – *DJDF* 22.04.1998, p. 94.

¹¹⁷ NETO, 2002, p. 310.

¹¹⁸ SOUZA, Nereu Tadeu Câmara, *op. cit.*, p. 68.

incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as seqüelas mais infreqüentes, devem ser relatados, pois não há urgência nem necessidade de intervir.¹¹⁹

O médico que conhece o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera obter, incorrerá em responsabilidade, mesmo que com o consentimento do paciente após uma completa e correta informação. O cirurgião, dependendo das circunstâncias, poderá se recusar a realizar a intervenção, tendo, porém, o dever de explicar ao paciente as razões de sua recusa e aconselhá-lo a desistir do procedimento.

Bilancetti pondera que as intervenções de cirurgia estética, assim como outras, particularmente arriscadas, exigem uma informação muito mais específica, com o fim de estimular adequada ponderação e comparação. Tal cirurgia deve ser precedida de uma avaliação dos riscos e das possíveis vantagens; a avaliação deve ser muito mais rigorosa quando se trata de intervir em organismo sadio – mesmo no contexto geral de um esperado benefício psíquico – que não poderá sobrepor-se aos riscos de uma intervenção absolutamente dispensável.¹²⁰

Elucida também Teresa Ancona Lopez:

A informação defeituosa é muito mais grave nas operações dispensáveis, como aquelas de cirurgia plástica cosmetológica. Mas não é apenas nessa situação que aparece a falta de informação no nexo de causalidade das operações dispensáveis. É ainda Penneau que mostra caso em que se o cliente tivesse sido melhor informado teria optado por outra solução, que não o exporia aos riscos da internação. É o caso de paciente operado do ouvido e que ficou com paralisia facial, quando aparelho para surdez resolveria o problema. A decisão deveria ter sido do doente, mas este não teve a informação necessária e esta foi a causa exclusiva do dano, porque não pôde escapar do risco.¹²¹

3.4 O dano estético

No exercício da atividade médica existe a possibilidade de que seus procedimentos venham a causar danos ao paciente. Dentre estes, destaca-se o dano estético.

No conceito De Nereu Tadeu Camara Souza,

¹¹⁹ NETO, 2007, p. 181.

¹²⁰ BILANCETTI, Mauro *apud* NETO, 2002, p. 310.

¹²¹ LOPEZ, Teresa Ancona, *op.cit.*, p. 116.

o dano estético é aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto-estima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo, denigre a imagem que tem de si. Por isto não precisa estar exposto, ser externo, nem ser de grande monta para que se caracterize a seqüela física como dano estético. Mesmo deformidades em áreas íntimas da pessoa que, dificilmente, nas situações sociais estejam expostas à vista de terceiros, caracterizam o dano estético já que a presença de alterações físicas, mesmo que diminutas, tem conscientizada sua presença pelo portador e sabe este que em situações de maior intimidade com outras pessoas elas aflorarão, se tornarão visíveis. Isto lhe traz um indizível sofrimento interno, psicológico. Até em situações cotidianas, hoje em dia, já que na sociedade moderna o uso de pouca roupa é bastante freqüente, haverá exposição destas alterações na aparência, causando constrangimento ao seu portador, variável de indivíduo para indivíduo, mas sempre presente.¹²²

O dano estético refere-se à lesão à beleza física, à harmonia das formas externas do indivíduo, ou seja, lesão à sua imagem. Entretanto, o conceito do que é belo é relativo. Ao fazer-se a apreciação de um prejuízo estético deve-se levar em consideração a modificação sofrida pela pessoa em relação à sua imagem anterior.¹²³

O dano estético encontra-se situado no plano da sensibilidade moral. René Chapus é citado na obra de Lopez: “Para ele, trata-se do sentimento de constrangimento ou de humilhação e desgosto que prova uma pessoa vendo certas feridas ou, de maneira geral certas lesões corporais que prejudicam a estética do corpo e, sobretudo, a harmonia dos traços. É, enfim, o dano estético um sentimento de desgraça física”.¹²⁴

(...) no caso do dano estético, ficando comprometida a aparência, também ficará a imagem social da pessoa lesada ou o modo com que os outros a vêem, o que a faz se sentir bem ou não. Sobre o tema, temos a magistral lição de Giot, citado por Yussef S. Cahali, na qual se lê que “se inclui na integridade corporal a integridade da aparência, da imagem, principalmente os tipos da face e os movimentos habituais de uma pessoa e haverá atentado à existência física não somente em caso de ferimento, de secção ou fratura de uma parte do corpo, mas também quando o gravame é feito à aparência física: cada ser humano vem ao mundo envolvido na forma de seu corpo; ele será julgado, em grande parte, conforme a sua aparência física, que lhe pode atrair, à primeira vista, a simpatia ou antipatia; é por sua aparência física que uma pessoa marca desde o início o seu círculo de ação, e esta aparência pode favorecer ou prejudicar o desenvolvimento de sua personalidade [...]”.¹²⁵

¹²² SOUZA, Nereu Tadeu Câmara, *op. cit.*, p. 79/80.

¹²³ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁴ CHAPUS, René *apud* LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 45/46.

¹²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 30.

Maria Helena Diniz¹²⁶ leciona que o dano estético é qualquer alteração na morfologia do indivíduo, abrangendo o aleijão, deformidades, marcas e defeitos, ainda que mínimos e que impliquem afeição da pessoa, podendo consistir em apenas uma lesão desgostante ou em um motivo permanente de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade.

Conforme ensinamento de Souza, o dano estético é uma espécie do dano moral, o qual é o gênero:

Constitui-se o dano estético em modalidade do dano moral que lesa um dos direitos da personalidade: a aparência física. Direitos da personalidade são os direitos inerentes ao ser humano, ou faculdades jurídicas, cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos. Não são apenas os previstos em lei. São todos aqueles direitos subjetivos que têm por objeto bens constituídos por certos atributos ou qualidades físicas ou morais do ser humano, as projeções físicas e morais do homem.¹²⁷

Para haver a caracterização do dano estético é necessário que a lesão seja duradoura e ocasione a rejeição do lesado dentro do meio no qual ele vive. Caso não o seja, não há o dano estético propriamente dito, mas sim uma lesão estética passageira, a qual se resolve em habituais perdas e danos.¹²⁸

Souza também corrobora com a idéia:

Para se caracterizar o dano estético, a alteração tem que ser definitiva, permanente, pois em não o sendo, caracterizar-se-ia o enriquecimento ilícito por parte do beneficiário da indenização, posto que, além do ressarcimento poderia ter, posteriormente, corrigida a deformidade que lhe afligia. Sempre, tendo-se em mente que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a uma cirurgia, mesmo que seja para corrigir um dano estético. Portanto, a avaliação do dano estético deve ser o mais retardada possível, sem prejuízo da correta prestação jurisdicional, mas levando-se em conta a necessidade de irreversibilidade no dano apresentado para não se configurar, *a posteriori*, uma indenização indevida. Para que haja dano estético indenizável, necessário se torna que a modificação na aparência, a transformação, não seja passível de reversão.¹²⁹

O defeito não deve ser notado unicamente no corpo parado, mas também quando são realizados movimentos, uma vez que certas deformidades aparecem somente nessas ocasiões.¹³⁰

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 60.

¹²⁷ SOUZA, Nereu Tadeu Camara. *op. cit.*, p. 81.

¹²⁸ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁹ SOUZA, Nereu Tadeu Camara. *op. cit.*, p. 81/82.

¹³⁰ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 52.

Outra questão que possui relevância para a caracterização do dano estético é se o uso de disfarces, tais como perucas, dentaduras postiças, perna mecânica, etc. elidiria o ofensor da condenação por dano estético. De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o uso de tais artificios não é capaz de fazê-lo. As lesões também não são consideradas reparadas ao serem ocultadas por barba, cabelo ou maquiagem.

3.5 Reparação do dano estético

Assim como a tentativa de ressarcimento de uma lesão a um direito não-patrimonial, a reparação do dano estético, como dano moral, também enfrenta uma série de dificuldades. Entre estas, a mais complicada é referente à avaliação do dano estético, à estimativa do sofrimento experimentada pelo lesado para posterior fixação do *quantum* devido pela ofensa.

Apesar disso, o dano estético deve ser ressarcido. Sobre a questão, a seguinte jurisprudência:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Cirurgião que realiza operação na região mamária da paciente para reduzir-lhe os seios e deixa-a com resultado deformante, seguindo-se infecção combatida em outro hospital – Indenização que garantiu nova cirurgia, reparadora, impondo ressarcimento por dano moral-estético e quantia para suportar as despesas médico-hospitalares na forma requerida pela requerente, a título de perdas e danos sofridos em razão da cirurgia deformante, no hospital de propriedade do médico operador-réu”.¹³¹

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Dano estético – Procedência – Médico que, a despeito de confessar-se incompetente no ramo da cirurgia plástica, aventurou-se à mastectomia – Culpa do réu, pela deformidade mamária, evidenciada – Pretendida imputação das mutilações a deficiências pós-operatórias – Conjectura que, ainda assim, não lhe aproveitaria – Hipótese em que, deixando de assistir pessoalmente a autora após a desinternação, incidiu em evidente negligência – Recurso não provido.¹³²

“Para que um dano possa transformar-se em indenização há dois tipos de averiguação: a primeira diz respeito ao que se considera devido – *an debeatur*; a segunda se relaciona com o montante da indenização – *quantum debeatur*”.¹³³

¹³¹ CROCE, Delton Croce; JR., Delton Croce, *op. cit.*, p. 258.

¹³² TJSP – Ap. Cív. 129.946-1 – rel. Des. Cezar Peluso.

¹³³ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 128.

3.5.1- Quantificação do dano estético

Quanto à parte material do dano estético, computam-se na soma da indenização as despesas de tratamento e lucros cessantes e também os danos emergentes relativos à diminuição ou perda de ganhos que o lesado possa vir a ter devido ao dano. Por outro lado, a dor, o sofrimento e a humilhação experimentados pela pessoa não são passíveis de ser medidos com precisão. Todavia, não se trata aqui de colocar um preço na dor, mas sim de compensar a vítima com dinheiro pela lesão injustamente sofrida.¹³⁴

Fabrizio Zamprogna Matielo afirma que “não se está querendo pregar a teoria da quantificação pecuniária da dor, mas sim afirmando a convicção de que se devem buscar meios de aplacar ou minimizar as conseqüências indesejáveis e nocivas advindas do mal experimentado”.¹³⁵

Para a quantificação do dano estético, conforme Cahali¹³⁶, o juiz deverá levar em consideração a natureza da lesão e a extensão do dano, objetivamente considerados; as condições pessoais do ofendido, tais como idade, sexo, situação familiar e condição social; as condições pessoais do responsável; gravidade da culpa; equidade, prudência e cautela e arbitramento em função da natureza e finalidade da indenização.

Neto¹³⁷ também cita a localização dos danos, a possibilidade de remoção (completa ou parcial) e as restrições de ordem pessoal decorrentes da irreparabilidade da lesão.

Maria Helena Diniz leciona:

(...) Não há um critério aritmético para estimar a diminuição estética. Esse dano moral será maior ou menos extenso conforme o sexo, a idade, condição social do lesado etc. P. ex.: suponha-se que a vítima da lesão deformante seja uma das dez mulheres mais elegantes do Brasil, centro de atrações sociais, e que, de uma hora para outra, em razão de acidente, se vê obrigada a usar olho de vidro, aparelhos ortopédicos etc. que prejudiquem sua vida social. O dano *ob deformitatem* será menos extenso se fosse outra a vítima, pertencente a uma classe social inferior. Todavia, a lesão estética, na maioria das vezes, pode determinar prejuízo material, repercutindo nas possibilidades econômicas da vítima, p. ex., se a vítima fosse uma atriz de cinema, uma bailarina, uma modelo publicitária, uma cantora, que, para exercerem sua profissão, têm necessidade de aparecer em público. Logo, o dano

¹³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 130.

¹³⁵ MATIELO, Fabrizio Zamprogna, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶ CAHALI, Yussef Said *apud* NETO, 2002, p. 278.

¹³⁷ NETO, 2007, p. 105.

estético determina danos de natureza econômica, hipótese em que se terá o dano patrimonial indireto.¹³⁸

Muscari discorre sobre o assunto:

Ora, ninguém (nem mesmo o perito!) dispõe de conhecimentos técnicos capazes de quantificar, com precisão, reparações por danos morais. O tema refoge completamente ao âmbito técnico, cabendo ao juiz essa árdua tarefa. O trabalho dos peritos pode ser de magna relevância na fase de conhecimento, visando a elucidar a existência do dano (por exemplo, num caso de abalo psíquico). A partir daí, entretanto, cessam as possibilidades de contribuição técnica, não se justificando a prática (encontrada com alguma frequência nos repertórios jurisprudenciais) de remeter a apuração da indenização para a fase liquidatória.¹³⁹

O art. 949 do Código Civil prevê que “*no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”.

Teresa Lopez argumenta que a parte final é referente à indenização por danos morais, já que a primeira parte trata do dano material, e faz a seguinte crítica:

Ora, não precisa o ofendido provar que sofreu um dano moral. O dano moral, principalmente aquele que é ofensa a um dos direitos da personalidade, não se prova. O dano fala por si. É o *damnum in re ipsa*. Ninguém duvida que ficar sem um braço, ter o rosto destruído ou perder os dentes tragam sofrimento. Há no projeto de reforma do Código Civil alteração dessa parte final para que seja substituída para “sem excluir outras reparações”. Sem dúvida, muito melhor.¹⁴⁰

Já o art. 950 do referido código trata das lesões das quais resultaram inabilitação para o trabalho ou diminuição da capacidade laborativa:

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o referido 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 o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Após determinado o prejuízo, é necessário sua reparação, e tal pode ser feita de três maneiras distintas. A primeira é através da reposição ou reparação natural, ou

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p.61.

¹³⁹ MUSCARI, Marco Antônio Botto *apud* LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 142.

¹⁴⁰ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.* p. 134.

seja, há a restituição das coisas da melhor maneira possível ao status anterior, como no caso de alguém que danificou certa coisa e a substituiu por outra igual. A segunda maneira é a indenização propriamente dita, a qual é o pagamento em dinheiro do equivalente ao dano causado. Isso porque a reparação natural não é possível na maioria dos casos. Tem-se, nessa situação, a função de equivalência desempenhada pelo dinheiro. Já na terceira forma, busca-se um sucedâneo do prejuízo em dinheiro, o que seria a função compensatória ou satisfatória do dinheiro.¹⁴¹

Quando se trata de dano estético ou moral, o mais apropriado seria se falar em compensação, como forma de reestabelecimento da situação que sofreu modificação, devido ao prejuízo ou dano causado. Todavia, há vasta aplicação do vocábulo reparação, mais especificamente em relação ao dano moral, o qual não é suscetível de valoração monetária absoluta.¹⁴²

Sob o prisma do dano moral, não dá para se falar em reparação natural nem em indenização propriamente dita do dano estético, ou *restitutio in integrum*, uma vez que indenizar significa eliminar o prejuízo e suas conseqüências, o que não acontece nesse caso. Orlando Gomes leciona que, nas situações de dano extrapatrimonial, o que existe é uma compensação, e não um ressarcimento do prejuízo amargado pela vítima.¹⁴³

3.5.2- Titular do direito de ação

O titular do direito de ação é o próprio lesado. Para Miguel Kfoury Neto, em nosso país, somente a vítima da ofensa, da qual resultou o dano, é parte legítima para pleitear indenização.

Porém, de acordo com Teresa Ancona Lopez, existe a possibilidade de parentes e até amigos íntimos da vítima pedirem indenização por dano estético, a título de dano moral, devido ao vínculo que os une. Isso é chamado de dano por ricochete ou dano moral reflexo ou indireto.

¹⁴¹ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 137/138.

¹⁴² NETO, 2007, p. 105.

¹⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 138.

Sérgio Severo¹⁴⁴ preconiza que o dano por ricochete é aquele que tem como fato gerador a lesão ao interesse de uma terceira pessoa, consistindo na repercussão de um dano sofrido por outro indivíduo. Segundo o autor, também existe a possibilidade de dano moral reflexo de caráter patrimonial, sofrido pelas pessoas com ligação à vítima. Cita-se como exemplo a perda de certos benefícios, tais como prestações, alimentos e auxílios que vinham da pessoa lesada.

O dano por ricochete é sempre dano moral subjetivo, pois o que se indeniza é a dor e o sofrimento provado por aquelas pessoas próximas ao lesado.¹⁴⁵

Os que podem propor a ação, segundo Carlos Alberto Bittar, são os parentes até o 4º grau. Ele afirma que as pessoas legitimadas são aquelas que mantêm vínculos de amizade, de amor ou de afeição com o lesado, tais como os cônjuges, os parentes mais próximos e os que possuem uma união estável com a vítima.

“Se a estabilidade conjugal, por exemplo, resultar abalada pela deformidade da mulher, o marido poderia pleitear a reparação [...]. Ou ainda, pais de filho inválido – que também sofrem o dano moral”.¹⁴⁶

Enfim, todas as pessoas próximas que sofreram os reflexos danosos têm legitimidade de agir por direito próprio, pois é dano moral íntimo, é o *pretium doloris* na sua subespécie *préjudice d'affection*, ou seja, prejuízo nas afeições ou afetos. Há presunção *juris tantum* de dano moral para aqueles que têm ligação de parentesco (pais e filhos) ou vínculo (conjugal ou de união estável). Outros terão de provar, como noivos ou amigos íntimos. O momento do pedido é importante, já que a dor passa ou se ameniza com o tempo.¹⁴⁷

Sobre o assunto, o seguinte acórdão:

“ACIDENTE DE TRÂNSITO – Entroncamento de rodovias – Condenação criminal – Culpa recíproca – Danos patrimoniais e moral – Responsabilidade da seguradora – Comunicação do sinistro. A culpa reconhecida em sentença criminal definitiva faz coisa julgada também no cível, carecendo de reparação o que não impede, todavia, seja apreciada também a culpa da vítima. Mostra-se excessiva a velocidade de 70 a 80 km/h imprimida em entroncamento de duas rodovias de grande circulação de veículos. Havendo concorrência de culpas, no juízo cível, deve ser distribuída de acordo com o grau de reprovabilidade de suas condutas. A legitimidade *ad causam* decorre da relação de direito material. Considera-se parte legítima para figurar no pólo passivo aquele que na relação de direito material posta é titular de dever jurídico. Os empregadores são responsáveis pelos atos ilícitos praticados por seus

¹⁴⁴ SEVERO, Sérgio *apud* LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 150.

¹⁴⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 150.

¹⁴⁶ NETO, 2007, p. 105.

¹⁴⁷ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 151.

empregados. Os danos causados nos veículos são estimados com base em orçamentos, os quais presumem-se perfeitos quando não impugnados em tempo oportuno. O dano moral é também devido, segundo as circunstâncias e conseqüências do acidente, o extremo dano psíquico causado, não apenas à vítima, mas também, e principalmente, aos que a cercam, como a esposa, mormente quando jovem, sadia e recém-casada, foi obrigada a abandonar seus projetos pessoais para dedicar-se, sem compensação, única e exclusivamente, à recuperação do marido. O reflexo do impacto, a mudança do destino e a convivência diuturna com a situação do infortúnio obviamente causam um profundo padecimento. Para a fixação do valor do dano podem ser consideradas a idade da vítima, o trauma psíquico que sofrerá durante o resto de sua vida, a discriminação, o preconceito social, a rejeição e toda a dor física e moral decorrente do acidente. A omissão injustificada da comunicação do sinistro somente exonera o segurador se provar que, oportunamente avisado, lhe teria sido possível evitar, ou atenuar, as conseqüências do sinistro”.¹⁴⁸

3.5.3- Cumulabilidade entre dano estético e moral

A Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça cristalizou a possibilidade de cumulação entre dano estético e moral: “*São cumuláveis as indenizações por dano moral e dano material oriundos do mesmo fato*”. Isso por que os dois são distintos; o primeiro atinge a aparência externa da pessoa, afetando a silhueta, o corpo, a beleza do indivíduo, ou seja, afeta o patrimônio da aparência. Por sua vez, o dano moral está voltado para dentro, afetando os sentimentos e a parte psíquica do lesado, podendo acarretar vergonha, sensação de inferioridade ou angústia à pessoa.

Essa cumulabilidade, de acordo com Lopez¹⁴⁹, baseia-se no art. 5º, inciso V da Constituição Federal, que permite a reparação para três tipos de dano, o material, o moral e o dano à imagem, considerada como valor ético, incluindo o respeito e a aceitação social.

Dessa forma, não só é possível, mas principalmente justa, a cumulação do dano estético com o dano moral por serem dois tipos diferentes de danos morais à pessoa, ou seja, atingem bens jurídicos diferentes. O dano estético (dano físico) é dano moral objetivo que ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física. Não precisa ser provado, é o *damnum in re ipsa*. O sofrimento e a dor integram esse tipo de dano. O dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, o complexo de inferioridade na convivência humana.¹⁵⁰

1 148

TAC/RS, Ap. 196.125.942, Rel. Juiz Arno Werlang, j. 10.12.1996, v.u.

¹⁴⁹ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit*, p. 165.

¹⁵⁰ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit*, p. 165.

A jurisprudência elucida a questão:

Dano moral – Dano estético morfológico – Cumulação admissível – Dor moral e física, respectivamente, que não se confundem – Valores das indenizações arbitrados pelo juiz com precaução e cautela, de modo a não proporcionar enriquecimento sem justa causa da vítima. Redução de 500 para 100 salários mínimos, tanto para os danos morais quanto para o estético morfológico. Recurso da ré provido para essa finalidade. Dano estético se consubstancia no fato de ter, a vítima, deformada sua mão com a perda de um dedo; o dano moral é a dor que advirá à vítima ao longo de sua vida”.¹⁵¹

Há casos onde não pode haver a cumulabilidade entre os danos estético e moral. Certas lesões afetam o lado psicológico da vítima, mas sem deformá-la fisicamente; já outras atingem o aspecto estético do lesado, porém este as supera, não influenciando em seu lado psíquico. Sobre esta questão, os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A lesão estética, em regra, constitui, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. Pode haver deformidade e não haver redução da capacidade de trabalho da vítima ou prejuízo patrimonial. A lesão estética pode determinar para o indivíduo dano moral e patrimonial, apuráveis por métodos comuns, inclusive o do arbitramento. O dano estético quase sempre resulta num prejuízo moral ao lesado, não só pelas dores físicas que vier a sofrer, mas também pelo fato de se sentir atingido na integridade ou na estética de seu corpo, tendo, por isso, direito, como logo mais veremos, a uma reparação, ainda que tal dano não acarrete nenhum menoscabo ao seu patrimônio.¹⁵²

Sobre a questão, o acórdão:

“Indenização – Danos estético e moral – Verba somente devida se a lesão importar desfiguração e rejeição da vítima no ambiente social – Comprovação tão-somente de cicatriz insuficiente para fundamentar o pedido – Inépcia decretada. Sem propriamente desfigurar a pessoa e sem que esse fato importe sua rejeição no ambiente social em que vive, não se pode admitir a reparação dos danos estéticos e morais. Assim, se como prova dos danos foram juntadas somente fotos antes e depois do acidente, comprovando-se tão-somente uma cicatriz, a inépcia dos pedidos é evidente”. (Ap. 437.582-2 – 3ª. C. Esp. Julho/90 – j. 10.07.1990 – rel. Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira – RT 661/98).

Neri Tadeu Camara Souza leciona:

[...] encontra-se firmemente estabelecido na jurisprudência que o dano estético tem indenização independente do dano moral, não estando incorporado neste, apesar de ser espécie dele. Assim, o médico que, culposamente, provocar um dano estético em um paciente, deve ressarcir-lo, assume um dever de compensação pelo prejuízo

¹⁵¹ Ap. Civ. 259.123-1 – Rel. Des. Eduardo Braga – 17.10.1996.

¹⁵² DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 61.

estético. Sempre é bom lembrar que a cicatriz, a deformidade, com o passar do tempo, pode ter atenuadas as suas características. Mas se houver *restitutio ad integrum* da lesão estética, não é descabida a postulação de dano moral pelo período de sofrimento psicológico, experimentado pelo paciente, durante o tempo em que sua aparência esteve prejudicada pela deformidade.¹⁵³

A indenização do dano estético encontra-se incorporada à jurisprudência, idéia esta dominante em nossos Tribunais. O dano advindo não somente de cirurgia plástica estética, mas também de qualquer outra atividade médica encontra sua integral reparação, sendo que o paciente que teve lesões de natureza estética oriundas do exercício profissional do médico, deve ser indenizado pelo mesmo. Ademais, isto deve ser feito de forma autônoma da indenização por danos morais em sentido estrito, que também podem ser acarretados ao paciente.¹⁵⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil surge com o dever de reparação quando existe lesionamento a elementos da esfera jurídica alheia, sendo que os pressupostos básicos para a sua caracterização são a existência do dano, do ato lesivo e do nexo causal.

A responsabilidade do profissional de medicina, exceto algumas exceções, não pode se distanciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de qualificação da conduta médica como lesiva e apta a gerar obrigação de indenização.

Pôde-se constatar que, em geral, a atividade médica é uma atividade de meios, onde o mesmo não fica comprometido com um resultado definido, mas sim a empregar todo o seu conhecimento e as melhores técnicas e tratamentos disponíveis em prol de seu paciente.

A responsabilidade do médico, no geral, tem por fundamento a responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa. Esta se caracteriza pelo dolo ou pela culpa em sentido restrito, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia. Desta maneira, é a vítima quem tem por obrigação a demonstração da culpa médica.

¹⁵³ SOUZA, Nereu Tadeu Câmara, *op. cit.*, p. 82/83.

¹⁵⁴ SOUZA, Nereu Tadeu Câmara, *op. cit.*, p. 87.

Entretanto, restou provado que é pacífico na doutrina brasileira que a obrigação do médico quando se trata de cirurgia plástica estética consubstancia-se em obrigação de resultado. Assim, há a inversão do ônus da prova, ficando a cargo do cirurgião a prova de que o dano causado decorreu de circunstâncias as quais ele não poderia ter previsto, nem mesmo com toda a cautela e diligência.

Na cirurgia plástica estética, que tem por finalidade modificação na aparência do paciente, pôde-se averiguar que o médico deve agir com muito mais cautela, uma vez que não atingido o resultado esperado, ele será responsabilizado.

Ademais, nesse tipo de cirurgia, o médico tem de informar ao paciente todos os detalhes da mesma, incluindo aí as vantagens e desvantagens e também os riscos que o paciente corre, até mesmo os menos corriqueiros.

Concluiu-se assim que, quando restar demonstrado o erro médico na cirurgia plástica estética, surge o dever de indenizar, independentemente do exame de culpa, pois a mesma consubstancia-se em obrigação de resultado.

Quando o dano acarretado for estético, deve-se fazer uma análise de diversos fatores para chegar à sua reparação: natureza da lesão e extensão do dano; condições pessoais do lesado e também do responsável e gravidade da culpa.

Constatou-se que a cumulação entre danos estéticos e morais é possível, se a lesão, além de física, afetar o lado psicológico da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

MONTALVÃO, A. Siqueira. **Erro Médico – Teoria, Legislação e Jurisprudência**. Campinas/SP: Julex, 1998.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Campinas/SP: LZN, 2003.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Saga-Luzzato, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7 V. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 1998.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NETO, Jerônimo Romanello. **Responsabilidade Civil dos Médicos**: doutrina, legislação brasileira e estrangeira, jurisprudência, procedimentos práticos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

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

LOPES, Miguel Maria de Serpa. 5 v. 4. ed. **Curso de Direito Civil**: Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NETO, Miguel Kfourri. **Culpa Médica e Ônus da Prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GUSSO, Moacir Luiz. **Dano Moral**: doutrina, legislação, súmulas, jurisprudência e prática. 1 V. São Paulo: LED Editora de Direito, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Dano Estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CROCE, Delton; JR, Delton Croce. **Erro médico e o direito**. 1. ed. Editora Oliveira Mendes Ltda, 1997.

NORONHA, **Fernando**. **Direito das Obrigações**. : fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 1. v. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.