

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL  
DO CIRURGIÃO PLÁSTICO ESTÉTICO**

---

## José Geraldo Romanello Bueno\*

**Resumo:** O artigo abordará o tema da cirurgia plástica, a qual vem crescendo consideravelmente no Brasil nos últimos anos, tanto no aspecto do direito civil como do direito penal. Será analisada a reponsabilidade civil em todos os seus aspectos, remetendo para o estudo do caso concreto que envolve a cirurgia plástica. Com isso, serão tratados temas como responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, ação e omissão do médico, dolo e culpa, nexos de causalidade no erro médico, dano estético, aplicação do Código de Defesa do Consumidor, elaboração da prova do erro médico na cirurgia plástica e obrigação de meio ou de fim. Analisar-se-ão ainda alguns casos concretos. No desenvolvimento do artigo, haverá sempre um diálogo com a jurisprudência atual dos tribunais.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; cirurgia plástica; dano estético.

### 1 Introdução

No Brasil, estamos vivendo há mais de uma década o desejo legítimo de ter uma aparência melhor, e, por conta disso, milhares de brasileiros recorrem à cirurgia plástica como quem vai às compras.

“Formas perfeitas ao alcance de todos.” “Tenha um corpo irresistível.” “Beleza, harmonia, sensibilidade... Conceitos ligados à arte, manejados por quem entende do que faz.” Essas frases parecem tiradas de propagandas de academia de ginástica, de comida *light* ou até de loja de decoração.

\* Doutorando em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), doutor e mestre em Medicina pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep), especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela PUC-SP, especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, graduado em Medicina pela Unicamp e graduado em Direito pela PUC-Campinas. Professor de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), da Universidade Adventista de São Paulo (Unasp), da Universidade Paulista (Unip) e do Instituto de Ensino Superior de Itapira (lesi).

Os Estados Unidos, tradicionais líderes do *ranking* em números absolutos, registraram, no mesmo período, 185 operados por 100 mil habitantes. Isso significa que o Brasil se tornou campeão mundial da categoria.

Desde 1994, quando entrou em cena o Plano Real, que estabilizou a economia e ampliou o poder de consumo, fazer plástica integra o rol de aspirações possíveis da classe média. Além disso, os procedimentos estão mais rápidos, seguros e eficazes.

A avaliação do panorama geral costuma ser positiva em todos os sentidos: do estritamente técnico ao existencial. Afinal de contas, ao contrário do que acreditam os mal-humorados, para os quais essência é o oposto de aparência, não há nada de errado em querer perder gordura localizada por lipoaspiração, eliminar “pés-de-galinha” com um *lifting* ou aumentar os seios com próteses de silicone. Dar uma melhor aparência ao corpo e rejuvenescer a face, é sabido, ajuda a manter a autoestima, causando reflexos positivos na vida pessoal e profissional. Contudo, ao examinarmos mais atentamente esse quadro, veremos que há sérios problemas advindos da utilização sem critério da cirurgia plástica estética.

Calcula-se que haja 1.500 médicos no país que praticam cirurgia plástica sem que estejam devidamente preparados. O resultado é o aumento contínuo das denúncias de erro médico. Entre 2000 e 2001, o Conselho Federal de Medicina (CFM)<sup>1</sup> registrou um crescimento de 35% no número de processos por imperícia.

Essa é a área médica com a maior proporção de reclamações – no ano passado, de cada mil profissionais, 18 foram denunciados. Para efeito de comparação, em ginecologia e obstetrícia, área que também costuma apresentar muitos problemas, esse número não passou de quatro por mil.

Quase 10% das operações que os cirurgiões plásticos mais respeitados do país fazem são para reparar estragos feitos por gente não habilitada. O exemplo mais recente e dramático da distorção no mercado da plástica é o de Dionísio Marcelo Caron. Aos 38 anos, diplomado pela Universidade Severino Sombra, no Rio de Janeiro, ele é acusado de homicídio doloso pela morte de cinco mulheres, em Goiânia e Brasília, além de ser alvo de 35 denúncias por erro médico.

Esses profissionais despreparados se juntam a inúmeros especialistas de certificado na parede, na hora de vender pacotes cosméticos que primam pelo exagero. Estima-se que 20% das operações estéticas realizadas no Brasil a cada ano sejam absolutamente desnecessárias. A campeã da inutilidade é a lipoaspiração.

Na maioria dos casos, ela pode ser substituída pela combinação de dieta e exercícios físicos. Mas quem resiste à promessa de um corpinho enxuto sem maiores sacrifícios? Pois é, só que lipoaspiração não é saída para emagrecer. Serve apenas para retirar gordura localizada, e, mesmo assim, se, depois da lipo, a pessoa não persistir na ginástica e no regime, as coxas e os “pneuzinhos” voltam logo a inflar.

Outro exemplo do problema é a idade média dos operados no Brasil. Hoje, ela está em 35 anos, de acordo com um levantamento do cirurgião Volnei Pitombo, que

.....  
<sup>1</sup> Conselho Federal de Medicina: SGAS 915 – Asa Sul – Brasília – DF – Brasil.

tem uma das mais respeitadas clínicas do Rio de Janeiro. Isso mesmo: pessoas de 35 anos ou até menos estão recorrendo a todo tipo de operação para ter um “corpo perfeito” e... parecerem mais jovens!

Boa parte dos médicos que se intitulam cirurgiões plásticos não tem formação para praticar a especialidade. Se quiser tornar-se um cirurgião plástico reconhecido, com o direito de se anunciar como tal, o médico precisará fazer dois anos de residência em cirurgia geral e outros três em cirurgia plástica. O título de especialista só é conquistado depois da aprovação nos testes escrito, oral e prático da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Em 2012, 130 médicos se submeteram aos exames. Apenas metade passou. Na prática, todo esse rigor tem pouca serventia. Por uma razão simples: ninguém controla a atuação dos profissionais sem habilitação. Basta folhear as tais revistas dedicadas a operações estéticas. Uma consulta aos arquivos da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica revela que vários dos doutores que anunciam seus serviços não contam com o título de especialista.

É evidente que só existe alguém que vende exageros porque há quem os compre. A verdade é que a busca por um ideal estético inatingível e pela eterna juventude assumiu proporções jamais vistas no Brasil.

Ainda inédito, um estudo do Hospital das Clínicas de São Paulo dimensionou, pela primeira vez, o grau de insatisfação dos brasileiros com a própria imagem. Em novembro de 2012, a equipe da psicanalista Mara Cristina Souza de Lucia ouviu cerca de 350 homens e mulheres da classe média paulista. A maioria estava no peso ideal, mas, ainda assim, seis de cada dez revelaram que frequentemente ficavam irritados, ansiosos e até deprimidos com a própria silhueta<sup>2</sup>.

Uma das perguntas da pesquisa era: “Você se imagina cortando porções do seu corpo?”. Metade dos entrevistados respondeu afirmativamente. Outra questão curiosa era: “Você tenta convencer as pessoas de que não está bem quando lhe dizem que você está ótimo?”. Cerca de 60% das pessoas disseram que sim. Ou seja, pode-se diagnosticar baixa autoestima. Apesar de toda essa insatisfação, quase 55% dos entrevistados declararam não se exercitar para melhorar a aparência – e é em razão dessa tendência ao mínimo esforço que muitos médicos oferecem seus préstimos, prometendo o impossível.

A partir desse estudo, também é possível concluir que 80% das mulheres entre 18 e 39 anos têm o costume de se comparar a modelos e atrizes. A consequência disso é que, na hora de fazer uma cirurgia plástica estética, pede-se ao cirurgião “o nariz de Nicole Kidman”, “os seios de Gisele Bündchen” e assim por diante. O nariz de Nicole Kidman, os seios de Gisele Bündchen ou a boca de Julia Roberts são mesmo obras de arte da genética. Mas só o são porque fazem parte de um conjunto harmonioso, que nenhum cirurgião plástico é capaz de reproduzir.

Diante de pedidos do tipo “quero o queixo de fulana” ou “a barriga de sicrana”, os profissionais sérios dizem a suas clientes que a coisa não funciona assim e, se a

<sup>2</sup> Mais informações estão disponíveis em: Pesquisa Fapesp. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=2554&bd=1&pg=1&lg=>>. Acesso em: 27 maio 2013.

insistência é grande, simplesmente se recusam a fazer a operação. Já os médicos menos preocupados com os aspectos éticos (e estéticos) fazem qualquer negócio – é por isso que há tantos narizes plasticamente arrebitados em rostos que não combinariam com esse tipo de anatomia<sup>3</sup>.

Em 1987, a Academia Americana de Psiquiatria classificou de doença a obsessão por rostos e corpos perfeitos. O distúrbio recebeu o nome de dismorfia corporal. Suas vítimas acabam por ter uma visão distorcida de si mesmas.

Qualquer pequena imperfeição, como uma coxa levemente proeminente, é posta sob uma lente de aumento e se torna uma obsessão. Nos casos mais graves, a dismorfia corporal leva à depressão. “As vítimas dessa doença estão se tornando cada vez mais comuns nos consultórios de cirurgia plástica. E o pior é que, não raro, elas encontram ali a confirmação de que seus complexos têm base na realidade”, constata a psicóloga paulista Sandra Faragó. A dismorfia corporal é ruim para quem sofre dela, mas ótima para o médico sem escrúpulos. Ele ganha, com isso, um cliente que não para de se submeter a uma intervenção atrás da outra, como se as possibilidades cirúrgicas não tivessem um limite.

Entre os procedimentos mais rentáveis e menos demorados, estão as aplicações de Botox, substância feita a partir da toxina botulínica, causadora do botulismo e empregada para atenuar rugas faciais. Assim como ocorre nos Estados Unidos, as *Botox parties* (festas de Botox) tornaram-se símbolo da moda numa certa parcela de brasileiros abonados. O médico vai até a casa de uma cliente e aplica injeções da substância nela e em suas amigas, enquanto empregados servem bebida e canapés. Parece até cena de filme surrealista.

A Food and Drug Administration (FDA), a agência do governo americano que controla a comercialização de remédios e alimentos, está para aprovar o uso estético da toxina. Com isso, será permitido nos Estados Unidos anunciar Botox nos grandes meios de comunicação do país. Essa tremenda caixa de ressonância deverá ampliar ainda mais a utilização da substância em todo o mundo. É um perigo. “As pessoas acham que a aplicação de Botox pode ser feita por qualquer um. Mas erros graves podem ocorrer se o profissional não tiver preparo”, alerta o cirurgião plástico Paulo Matsudo (apud BUCHALLA; PASTORE, 2002), o primeiro médico a usar a toxina no Brasil. Por exemplo: em excesso, a substância, que provoca uma paralisia muscular circunscrita, deixa a face sem nenhuma expressão, causando o efeito conhecido como “rosto de boneca”.

Quando se entra em algumas clínicas onde se faz plástica, a impressão que se tem é a de que se está numa maravilhosa fábrica de corpos perfeitos. Muitos médicos exibem engenhocas de última geração, como se elas fossem por si só provas de competência. Não é incomum, ainda, que esses mesmos profissionais mostrem a seus clientes os resultados obtidos em outras intervenções, numa espécie de catálogo de seios, narizes, nádegas, barrigas etc. É bom desconfiar desses

<sup>3</sup> Mais informações em Buchalla e Pastore (2002).

e de outros tipos de comportamento. O bom cirurgião não precisa apregoar seus serviços em anúncios de revista ou de jornal<sup>4</sup>.

O bom cirurgião não utiliza o recurso de simular os resultados da cirurgia no computador. Ele sabe que esse tipo de expediente só aumenta a expectativa do paciente e o risco de decepção depois da operação. É difícil escapar da atmosfera de sonho que envolve o mundo da cirurgia plástica. Na televisão e nas revistas, celebridades esculturais transmitem a ideia de que é possível escolher um corpo novo com a mesma facilidade de quem decide comprar esta ou aquela roupa. Em muitas clínicas, o vaivém de atores e atrizes estimula o cliente comum a se submeter a operações inúteis, oferecidas por médicos gananciosos. Nessa hora, é preciso ter em mente que a plástica é uma cirurgia que comporta riscos como qualquer outra. Até o procedimento que transcorreu sem problemas pode evoluir mal.

Nenhum cirurgião, por exemplo, tem controle sobre o processo de cicatrização de cada paciente. Mesmo em operações simples podem ocorrer infarto, infecções, acidente vascular cerebral, embolia e até choque anafilático. Sem contar as complicações específicas de cada técnica.

Ninguém que se submeta a uma lipoaspiração está livre de adquirir irregularidades na pele. Tão importantes quanto o aparato técnico que garante a sobrevivência na sala de cirurgia são os exames pré-operatórios – eletrocardiograma, hemograma e outros. Quanto maior o tempo de cirurgia, maior a probabilidade de complicações, explicam os médicos.

A plástica de abdome, que dura cerca de três horas, oferece mais riscos que a de nariz, que leva em média uma hora e meia. Erros e imprevistos, enfim, acontecem. Só que eles são menos frequentes quando o médico é habilitado e do tipo que não oferece metamorfoses milagrosas<sup>5</sup>.

Atualmente espera-se do médico a perfeição divina. Dele é cobrado todo o avanço que a medicina vem ofertando, seja com sua tecnologia de ponta, drogas potentes, descobertas feitas por meio de pesquisas envolvendo o que de mais sofisticado se encontra entre a ciência e a inteligência.

Poderíamos fazer uma simbologia com o milagre da criação nas drogas fantásticas, nas melhorias de tratamentos e também na espera e nas certezas de estudos e pesquisas de tratamentos e aperfeiçoamento que ainda estão por vir, talvez seja a esperança de muitos que estão aguardando soluções para sua saúde.

Os médicos que hoje vivem com essa evolução são por cobrados demais tanto pelo paciente quanto pela sociedade; contudo, existe uma diferença: no passado, o médico era considerado o médico de família ou, como em alguns países, o médico de cabeceira, aquele que conhece a fundo o seu paciente.

Hoje, com a socialização da medicina e a ampliação e o alcance de muitos, o paciente tornou-se um mero número, distanciando-se assim daquela relação tão próxima, em que o médico era um verdadeiro amigo do paciente.

<sup>4</sup> Mais informações em Buchalla e Pastore (2002).

<sup>5</sup> Mais informações em Buchalla e Pastore (2002).

O profissional de hoje é cobrado pela excelência no saber e no trabalho, o que demanda atualização constante; contudo, deve também trabalhar mais para buscar uma remuneração digna para a própria sobrevivência.

Com base nesse cenário, espera-se do médico dedicação integral e extremo zelo em sua prática médica. A sociedade julga a responsabilidade civil do médico com muito rigor e rapidez, principalmente no aspecto estético, sendo ele alvo de diversas demandas na esfera judicial.

Por meio de ponderações, análises e reflexões sobre o assunto, tentaremos elucidar os problemas médico-jurídicos no decorrer deste trabalho.

Até pouco tempo atrás, o médico tinha uma relação mais íntima e pessoal com seus pacientes. Esse profissional tornou-se, não raras vezes, indivíduo distante de seus pacientes. A automatização no atendimento nas instituições hospitalares e nas clínicas médicas é uma preocupação crescente a ser considerada. O atendimento rápido e mecânico dos mais variados casos de diversos pacientes, em vários locais de trabalho, a necessidade constante de atualização, tendo em vista o rápido avanço científico, e a cobrança de resultados cada vez mais eficazes são fatores que tornam árdua a tarefa desse profissional<sup>6</sup>.

Entretanto, isso não exime o médico do dever de agir com diligência e cuidado, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica no exercício de sua profissão. Deve-se, portanto, contrabalançar esses fatores para aquilatar a responsabilidade civil desse profissional tão essencial à sociedade, uma vez que vem crescendo o número de demandas dessa espécie no Judiciário.

Este estudo não tem a intenção de esgotar o tema proposto sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico estético, mas conduzir à reflexão jurídica do tema, que é tão atual e relevante para nossa sociedade nos dias de hoje.

## 2 Responsabilidade civil

### 2.1 Conceito e natureza jurídica de responsabilidade civil

A palavra responsabilidade nos traz a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano. O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo.

As diversas correntes e opiniões sobre a responsabilidade da questão de culpa, a repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses e ao passo que ainda as consequências não desejadas decorrentes de sua consulta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo*.

Sobre a doutrina, Maria Helena Diniz (2010, p. 35) apresenta a seguinte definição:

.....  
<sup>6</sup> Mais informações em Buchalla e Pastore (2002).

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

Entre as muitas definições existentes, salientamos a de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 9): “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando assim o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas”.

Dessa forma, a responsabilidade civil possui natureza jurídica sancionadora, ou seja, em consequência de um ato, impõe-se um dever: a reparação. No âmago da questão, caso a responsabilidade civil tenha decorrência de ato ilícito, quer de imposição legal, há sempre o dever de indenizar ou de compensar pecuniariamente.

De acordo com Diniz (2010, p. 48):

A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em estabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito por lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *status quo* ante ou numa importância em dinheiro. Na responsabilidade penal o lesante deverá suportar a respectiva repressão, pois o direito penal vê, sobretudo, o criminoso, na esfera civil, ficará com a obrigação de recompor a posição do lesado, indenizando-lhe os danos causados, daí tender apenas à reparação, por vir principalmente em socorro da vítima e de seu interesse, restaurando seu direito violado.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 19):

[...] tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem *a priori* da prática de um ato ilícito, ou seja, de uma violação da ordem jurídica, gerando desequilíbrio social, ressalvando-se como exceção, por rigor técnico, a possibilidade de a responsabilidade civil decorrer, também, de uma imposição legal, seja em atividades lícitas, seja em função do risco da atividade exercida. [...] Ora, a consequência lógico-normativa de qualquer ilícito é uma sanção, podendo esta ser definida, portanto, como “a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”, nas palavras de Eduardo Garcia Maynez.

## 2.2 Quanto às espécies de responsabilidade civil

Ao estudarmos as espécies, verificamos que estas se relacionam direta ou indiretamente com o agente. Essa relação pode ser contratual ou extracontratual (aquiliana), quando se refere ao fato gerador, e subjetiva ou objetiva, no que concerne ao seu fundamento.

No presente estudo, concentrar-nos-emos na responsabilidade subjetiva e objetiva do médico.

Nos casos em que a responsabilidade baseia-se na culpa, esta será ou não considerada como fator de obrigação de reparar o dano. Assim, a responsabilidade civil será separada em responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

### **2.2.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva**

Conforme esclarece a doutrina, a teoria subjetiva encontra fulcro em nosso Código Civil, nos arts. 159 e 1.545, em que à vítima incumbe provar o dolo ou culpa, *stricto sensu* do agente, para obter a reparação da ação. No art. 186 do Código Civil, consta também a abordagem do conceito da responsabilidade civil subjetiva: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A responsabilidade civil subjetiva é consequente dano ocorrido em função de ato doloso ou culposo, em que o agente que causou o dano atuou com negligência, como o médico que esqueceu no paciente a compressa de gaze em cirurgia finalizada, ou quando o médico assume o risco de adotar um novo procedimento, como utilizar, em cirurgias, técnicas novas não validadas pela sociedade à qual pertence a especialidade.

Nesses casos, a responsabilidade civil necessita da prova de culpa do agente a fim de que o dano seja indenizável ou que haja o dever de reparação.

A responsabilidade civil objetiva tem escopo baseado em que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Por exemplo, o médico promete uma cirurgia plástica que melhore a fisionomia da pessoa e não consegue cumprir o que prometeu.

Em alguns casos, a culpa é presumida pela lei, como naqueles em que a lei prevê a responsabilidade por ato ou fato de terceiro, e, em outros, ela é fundada no risco da atividade desenvolvida pelo agente.

Quando há presunção de culpa do agente, ocorre a inversão do ônus da prova. Nessas situações, ao autor da demanda resta provar tão somente a ação ou omissão do agente e o dano resultante da conduta do réu, pois sua culpa é presumida. Se o réu não provar que agiu amparado por uma das excludentes de culpa em lei determinadas, será considerado culpado. É considerada objetiva porque dispensa a vítima do ônus de provar o elemento culpa. Entretanto, como se baseia em culpa presumida, é denominada objetiva imprópria ou impura.

Para as situações em que a responsabilidade se funda no risco, esta é chamada de objetiva pura ou propriamente dita. Prescindindo do elemento culpa, satisfaz-se apenas com a configuração do dano e do nexo causal entre ação ou omissão e resultado.

### **2.2.2 Fundamentos**

Na doutrina, a teoria que melhor explica essa modalidade de responsabilidade objetiva é a teoria do risco<sup>7</sup>, segundo a qual todo aquele que pratica alguma atividade

<sup>7</sup> “Responsabilidade Civil – Teoria do Risco (presunção de culpa) – Atividade perigosa (transportador de valores). Acidente de trânsito (atropelamento de terceiro). Inexistência de culpa da vítima (indenização). É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício

cria um risco de dano para terceiros. No caso de ocorrência de risco, o profissional deve ser obrigado a reparar esse dano, ainda que tenha agido sem culpa. Trata-se do “risco-proveito” que implica a ideia de que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável. Esse tipo de risco é também conhecido como “risco-criado”, atribuído a todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

O direito civil utiliza-se das definições regidas pela responsabilidade civil subjetiva, preconizada pelo art. 186 do Código Civil, já mencionado. Contudo, a lei não exclui a possibilidade de haver hipóteses de responsabilidade objetiva, previstas tanto em leis esparsas quanto no próprio Código Civil, conforme demonstra o texto do art. 927:

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

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

### **2.2.3 Responsabilidade civil contratual versus responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana**

A responsabilidade, quando oriunda da celebração de um contrato expresso ou tácito, diz-se responsabilidade contratual, ao passo que a responsabilidade não que deriva de contrato é considerada extracontratual ou aquiliana.

Na responsabilidade contratual, ocorre um inadimplemento da obrigação prevista no contrato (violação de norma contratual anteriormente fixada pelas partes).

Na responsabilidade extracontratual, conhecida como aquiliana, ocorre a violação direta de uma norma legal pela prática de ato ilícito do agente.

Podemos dizer que essas duas espécies de responsabilidade têm diferenças pelos seguintes elementos: a necessária preexistência de uma relação jurídica entre o lesionado e o lesionante, o ônus da prova quanto à culpa e a diferença quanto à capacidade.

Para a identificação da responsabilidade civil contratual, é necessário que, entre as partes, vítima e autor do dano, exista o chamado vínculo contratual preexistente, que determina o cumprimento de uma ou mais prestações/obrigações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui exatamente o objeto do negócio jurídico. Na *culpa aquiliana*, não há vínculo anterior entre as

.....  
de atividade perigosa, sem culpa da vítima. Ultimamente vem conquistando espaço a teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. 'Neste quadro', conforme o acórdão estadual, 'não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro'. Inexistência de caso fortuito ou força maior. Recurso especial, quanto à questão principal, fundado no art. 1.058 e seu parágrafo único do Cód. Civil, de que a Turma não conheceu, por maioria de votos" (STJ – Acórdão REsp. 185659/SP, 26.6.2000, 3ª Turma – Relator: ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

partes. O dever violado é negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. Assim verificado, passemos à análise do ônus da prova.

Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, o *onus probandi* caberá à vítima, ou seja, a culpa deve ser sempre provada pela vítima. Na responsabilidade contratual, a culpa é, via de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova. Nesse último caso, cabe à vítima comprovar apenas que a obrigação anteriormente pactuada não foi cumprida, cabendo aqui ao devedor o ônus de provar que não agiu com culpa ou de que agiu amparado por uma causa excludente do dever de indenizar.

A outra diferença consiste na capacidade do agente causador do dano. Na hipótese da obrigação extracontratual, o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda. Porém, no caso de a responsabilidade ser contratual, o incapaz somente se vinculará contratualmente se o contrato for celebrado por ele quando devidamente representado ou assistido por seu representante legal.

## 2.3 Pressupostos da responsabilidade civil

O nosso Código Civil, em seu art. 186, afirma uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. A alusão a esse dispositivo legal refere-se à responsabilidade aquiliana: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A análise do artigo supratranscrita evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. Com base na literatura que trata do tema em nosso direito pátrio, os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil são: conduta humana (ação ou omissão), culpa *lato sensu*, dano ou prejuízo e nexa de causalidade.

### 2.3.1 Ação ou omissão

A responsabilidade civil é a conduta humana, caracterizada, em seu primeiro elemento, como positiva ou negativa, em que a vontade do agente acarreta o dano ou prejuízo.

Podemos dizer que a ação humana pode ser manifesta de forma positiva ou negativa. A primeira caracteriza-se pela prática de um comportamento ativo e positivo. A forma negativa, entretanto, se expressa de maneira mais sutil, uma vez que se trata de atuação omissiva ou negativa, ou seja, um “não fazer”, uma abstenção.

Na definição de Diniz (2010, p. 87):

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

O que se entende dessa definição é, sem dúvida, a voluntariedade, em que constata a presença da liberdade de escolha do agente imputável, que possui julgamento maduro para agir conscientemente. A voluntariedade da conduta faz-se presente não apenas na forma comissiva, como também na omissiva.

### **2.3.2 Culpa ou dolo do agente (culpa stricto sensu e dolo)**

De acordo com o art. 186 do Código Civil, dolo refere-se à “ação ou omissão voluntária” e culpa está relacionada aos casos de “negligência ou imprudência”.

Podemos salientar ainda que o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo consiste na violação deliberada, consciente e intencional do dever jurídico.

O sucesso na reparação do dano vem do fato de que a vítima tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, conforme a teoria subjetiva adotada em nosso ordenamento jurídico. A regra geral é a de que o dever de indenizar pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, isto é, da reprovabilidade da conduta do agente. Dessa forma, é cediço o entendimento que o ato ilícito qualifica-se pela culpa.

A culpa tem em seu entendimento como a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela. A culpa, em sentido amplo, abrange: o dolo é a violação intencional, deliberada e consciente do dever jurídico; e a culpa, em sentido estrito, é caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem que haja deliberação de violar um dever.

O dolo é a consciente vontade de violar o direito, com fins de prática do ato ilícito. A culpa abrange as seguintes esferas: imperícia, que é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar determinado ato; negligência, consubstanciada na inobservância de normas que determinam como se deve agir, com atenção, cautela etc.; imprudência, que constitui o ato de proceder sem a devida cautela exigida.

A culpa, *in lato sensu*, é composta pelos seguintes elementos: a *voluntariedade do comportamento do agente*, para que se possa reconhecer a culpabilidade deste; a *previsibilidade*, ou seja, para que se possa apontar a culpa, é necessário que o dano ou prejuízo causado pelo agente seja, ao menos, previsível, excluindo desse campo o caso fortuito; a *violação de um dever de cuidado*.

A culpa pode ser classificada quanto à natureza do dever violado (contratual ou extracontratual/aquiliana), à sua graduação (levíssima, leve ou grave), aos modos de sua apreciação (*in concreto* ou *in abstracto*) e ao conteúdo da conduta culposa (*in committendo/in faciendo, in omittendo, in eligendo* ou *in vigilando*).

Por meio dos estudos realizados, afirmamos que não há responsabilidade sem culpa, salvo exceção legal expressa, disposição que podemos caracterizar como responsabilidade objetiva.

### **2.3.3 Conceito e requisito do dano ou prejuízo**

Denominamos dano o prejuízo sofrido pelo agente. Sem a prova do dano ou prejuízo, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. Para que haja ação de

indenização, deve ocorrer um dano ou prejuízo, e, para que haja responsabilidade civil, se houver um dever de reparar, é necessário que haja a prova real e concreta da lesão ocasionada ao bem jurídico.

O dano vem nas modalidades materiais ou moral, sem repercussão na esfera financeira ou patrimonial do ofendido. Pode, ainda, ser individual ou coletivo.

Para efeito de conhecimento, todos os danos devem ser ressarcíveis; ainda que não se possa devolver o ofendido ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar um *quantum* em pecúnia, a título de compensação.

Agora, para que o dano seja efetivamente indenizável, faz-se necessário que preencha a alguns pressupostos. Para a existência, é necessário que haja a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.

Ainda que a confirmação do dano ocorra, não há obrigação de indenizar por um dano hipotético ou abstrato. Além disso, se a lesão se configurar em detrimento de bens ou direitos personalíssimos, o fato de não apresentar um critério preciso para a sua apuração econômica não significa que o dano não seja certo. Nesse contexto, trata-se de reparação do dano pela perda da chance, sobre a qual a doutrina vem discutindo. Na hipótese de perda da chance, não se pode excluir a reparabilidade do dano, submetendo a situação à comprovação da efetividade do prejuízo causado, conjugado com o nexo de causalidade.

É inviável falarmos em indenização se o dano já foi reparado de forma espontânea pelo agente causador.

No caso de avaliação pecuniária, o dano patrimonial, que pode ser reposto em dinheiro, refere-se ao dano emergente ou positivo e ao lucro cessante. O dano positivo ou emergente está expresso na redução patrimonial da vítima. O lucro cessante implica aquilo que ela deixou de ganhar, e, nesse caso, deve-se avaliar o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. Ainda podemos trazer pela doutrina a questão do dano reflexo ou em ricochete, que trata do dano que sofre uma pessoa por um dano causado a outra.

Aquilo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima chamamos de dano moral. Estende-se aos direitos da personalidade. Daí dizer que consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário. Esse tipo de dano pode ser direto ou indireto. Será direto quando houver uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade. Será indireto quando houver uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo indireto ou por via reflexa, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial da vítima, como o furto de um bem que tem valor afetivo para seu proprietário.

De acordo com os especialistas do direito, trata-se de dano de difícil reparabilidade, além dos aspectos que envolvem a comprovação dele. Embora exista medida pecuniária, há a dificuldade em determinar exatamente o número de lesados, pois o enriquecimento sem causa advindo desse tipo de dano resulta em aumento patrimonial, questão um tanto discutida.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidou parecer em sentido contrário ao Supremo Tribunal Federal que abolia a cumulatividade de

indenização, evidenciado na Súmula nº 34, segundo a qual: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Contudo, com base nas objeções descritas, não se pode olvidar que o dano moral tomou especial realce jurídico com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tratou do tema em seu título II, elevando a matéria ao *status quo* dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Independentemente da possibilidade de reparação do dano moral, há que se ponderar que, embora reparado o dano, jamais a vítima será levada ao *status quo ante* em que se encontrava antes da agressão sofrida. Sendo assim, surge a questão da natureza jurídica do dano moral, a qual enseja bastante discussão na doutrina.

A orientação majoritária é pela natureza mista da reparação do dano moral. Segundo essa posição, essa reparação possui duplo caráter: punitivo para o ofensor e compensatório para a vítima.

A reparação punitiva constitui uma sanção imposta ao ofensor, com fins de reduzir seu patrimônio, por meio da indenização paga ao ofendido. Em outra soma, há a compensação para a vítima, uma vez que a reparação pecuniária visa proporcionar ao ofendido uma satisfação que atenua a ofensa causada, mesmo que o valor não expresse a total realidade.

Para a apuração de um valor pelo dano moral, os tribunais utilizaram-se anteriormente, por analogia, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e da Lei de Imprensa (Lei nº 2.250/69), uma vez que esses diplomas legais eram os únicos que, no passado, apontaram parâmetros para a satisfação de danos morais<sup>8</sup>.

No Código Brasileiro de Telecomunicações, os valores variavam de 5 a 100 salários mínimos, enquanto, na Lei de Imprensa, ficavam entre 5 a 200 salários mínimos.

O juiz fixará a indenização a ser paga por danos morais, com base nos valores indenizatórios estabelecidos pelo Projeto de Lei do Senado nº 150/1999. Para os danos de natureza leve, o máximo cobrado será R\$ 20 mil. Para os danos de natureza média, os valores podem variar entre R\$ 20 mil e R\$ 90mil. E para os danos de natureza grave, o ofendido poderá receber de R\$ 90 mil a R\$ 180 mil.

Apesar de existir um patamar para as indenizações, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima, de cada ofensor e das mais diversas situações que se colocam de forma prática nessa seara. Logo, os valores arbitrados deverão ser individuais e balizados caso a caso.

### **2.3.4 Nexo de causalidade**

Essa premissa é fundamental para a existência da responsabilidade civil, quando se faz necessária a relação de causalidade entre o dano e a ação que o

<sup>8</sup> “Reparação de danos – Indenização – Dano moral – Regulamentação específica – Inexistência – Parâmetros. Na quantificação da indenização por dano moral, a quantia deve satisfazer a dor da vítima. Na falta de regulamentação específica, utiliza-se como paradigma na fixação do valor o Código Brasileiro de Comunicações (Lei nº 4.117/62), a Lei de Imprensa (Lei nº 5.988/73) e o art. 1.538, do Código Civil” (2º TACSP – Ap. s/ Ver. 618.853-00/5, 29.5.2001, 7ª Câmara – Relator: Willian Campos).

provocou. Este é o requisito/a característica para que haja a relação causal pra qual que se podem apurar quem foi o causador do dano.

Explicamos a relação causal por meio de teorias principais: teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata.

Esclarece a teoria da equivalência de condições, elaborada pelo jurista alemão Von Buri, que não há diferença entre os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa. Daí sua nomenclatura “equivalência das condições”, porque todos os fatores causais se equivalem, quando possuem relação com o resultado.

De acordo com a teoria da causalidade adequada, desenvolvida a partir de ideias do filósofo alemão Von Krebs, não se poderia considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, mas sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Ou seja, para se considerar uma causa adequada, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado.

Há ainda a teoria da causalidade direta ou imediata, a teoria da interrupção do nexos causal, desenvolvida no Brasil pelo professor Agostinho Alvim, segundo a qual causa seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determina este último como uma consequência direta e imediata.

Dentre as diversas correntes, há divergência doutrinária. Nosso Código Civil melhor se identifica com a teoria da causalidade direta e imediata, entretanto há decisões jurisprudenciais que se inclinam, por vezes, à teoria da causalidade adequada.

### **3 Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico estético**

#### **3.1 Responsabilidade civil em cirurgia plástica**

A responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética e sem imediata necessidade terapêutica é quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico.

Atualmente, não há dúvida de que a cirurgia plástica faça parte do tratamento médico, e não devemos considerar algo de luxo ou até capricho de quem a ela se submete. Entendemos que aquele que se utiliza da cirurgia plástica tem fins de solucionar problema estético ou ao menos que tenha algum problema psíquico, mas, em regra geral, deseja solucionar alguma real necessidade.

É recomendado aos cirurgiões que trabalham com a especialidade estética observar a máxima que convém respeitar no caso da estética: “Todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente” (KFOURI NETO, 2010).

Assim, pode-se dizer que, nesses e em outros tipos de cirurgias, surgem também complicações pré ou pós-operatórias que podem provocar a morte.

A este profissional, caso haja alguma complicação, eles não são bem compreendidos, com reprovação e ainda fazendo aparecer às obrigações de meios e obrigações de resultado, e as provas entre si.

A seguir, trataremos do ônus de provar responsabilidade pelo dano advindo de ato cirúrgico nessa especialidade.

### **3.2 Natureza jurídica da responsabilidade civil profissional**

A atividade profissional vem nos informar que se trata do conjunto de atos praticados por um sujeito, do exercício de sua profissão autônoma ou subordinada.

Quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil profissional, prevalecem diversas discussões, e as opiniões convergem quanto a essa responsabilidade ter natureza contratual.

Podemos dizer que os profissionais se obrigam à realização de um atividade ou de uma coisa (por exemplo, o marceneiro) ou se vinculam à prestação de seus serviços (por exemplo, o médico e o advogado), e, em todas as situações, estão implícitas as noções de obrigação de meio e de resultado, oriundas de um contrato. Assim diz-se ser contratual a responsabilidade decorrente dessas obrigações.

A seguir, trataremos das definições sobre o que vem a ser obrigação de meio e obrigação de resultado, a fim de melhor elucidar a questão.

Quando um devedor é prudente e diligente na prestação de certo serviço para atingir um resultado, identificamos nele a utilização da obrigação de meio, cujo objetivo é atingir um fim especial ou um resultado, sem a obrigação. Nesse caso, o devedor se obriga apenas a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo.

Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, isto é, a utilização dos meios, a fim de produzir o fim pretendido. Conclui-se, então, que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas sim numa atividade que ele se propõe a desempenhar de forma prudente e diligente.

Nesse contexto, a inexecução da obrigação poderá se caracterizar pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final, o que resultará no inadimplemento da obrigação de meio. Nesse caso, deve-se analisar o comportamento do devedor, a fim de verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento.

Assim cumpre ao credor demonstrar ou provar que o resultado pretendido não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência às quais estava obrigado, de forma que, se agiu dentro dos limites da prudência e diligência, estará liberado da obrigação, independentemente de ter atingido o fim colimado ou não.

Essa espécie de obrigação é aquela contida no contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico, foco deste estudo. O médico que se propõe a cuidar de um doente não pode garantir a sua cura. Quem procura esse profissional almeja o restabelecimento de sua saúde, mas esse resultado não é o objeto do contrato.

O que entendemos pelo contrato no caso é que haja um procedimento diligente e consciencioso que o médico deve dispensar ao paciente, conforme a nossa crença em seus estudos, habilidade, capacidade e com os progressos e técnicas da medicina.

A *contrario sensu*, na obrigação de resultado, o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Dessa forma, a obrigação só será considerada cumprida com a efetivação do resultado esperado.

Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, bastando que o resultado almejado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo devedor, no caso do exemplo, o cirurgião plástico estético.

O devedor deverá provar que não agiu culposamente, ou seja, que o descumprimento da obrigação não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior. Ele deverá provar, se quiser se isentar da responsabilidade.

Exemplo dessa obrigação é a do contrato de empreitada, no qual o empreiteiro se obriga a construir algo, só estando adimplida a obrigação se ele entregar a obra concluída.

Cumpra-se destacar, todavia, que, em determinadas profissões que possuem função social, existem, além das obrigações contratuais por eles assumidas, outras obrigações decorrentes da lei, às quais os profissionais estão subordinados também. Nessas hipóteses, coincidem tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual, de forma que o profissional estará adstrito ao cumprimento das normas reguladoras de seu ofício, algumas vezes por força do contrato, outras por força de lei.

Nos casos em que o profissional houver assumido obrigações contratuais, tanto as que decorrerem desse contrato quanto as que decorrerem de lei, ambas estarão no plano da responsabilidade contratual, e não na da delitual, embora, em alguns casos, possa haver responsabilidade em duas áreas distintas, a contratual e a delitual.

Exemplo que verificamos do médico que, em relação ao descumprimento dos deveres assumidos pelo tratamento do paciente, responderá contratualmente; mas, ao realizar uma cirurgia de alto risco e não consentida pelo paciente, não observar as normas regulamentares da profissão, responderá por responsabilidade extracontratual, pois não estava com autorização da parte contrária, gerando assim uma violação à responsabilidade legal de informar.

### **3.3 Responsabilidade médica e o Código de Defesa do Consumidor – responsabilidade objetiva *versus* responsabilidade subjetiva dos profissionais**

Os médicos hoje estão inseridos nos grupos de profissionais liberais que possuem sua atuação em atividade de risco.

O Código Civil prescreve, em seu art. 927, parágrafo único, a seguinte regra:

Art. 927. 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.

Esclarece o artigo que, em se tratando de lei posterior que determina a natureza objetiva da responsabilidade civil para profissionais que exercem atividades de risco, muitos consideram que a responsabilidade desses profissionais passou a ser objetiva em detrimento da prescrição contida no diploma legal citado.

Porém, existe o entendimento em que a percepção sobre a responsabilidade civil dos profissionais liberais permanece de natureza subjetiva, isso porque, embora o Código Civil, promulgado em 2002, seja lei nova em face do Código de Defesa do Consumidor, a regra contida no § 4º, do art. 14, desse diploma legal não perdeu sua vigência, uma vez que constitui regra específica, tendo aplicabilidade, *in casu*, o princípio da especialidade.

No do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), encontramos o princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviços. A única exceção a esse princípio está prevista no § 4º, do art. 14, do citado diploma legal:

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

[...]

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

Por profissional liberal entende-se o prestador de serviço que, de forma solitária e autônoma, faz de seu conhecimento sua ferramenta de sobrevivência.

É importante elencar e diferenciar duas hipóteses. A primeira refere-se ao fato de o médico possuir vínculo empregatício com o hospital: o estabelecimento de saúde responde objetivamente, como prestadora de serviços, de acordo com o *caput* do art. 14. A segunda hipótese refere-se ao fato de o profissional apenas utilizar o hospital para internar os pacientes que atende de forma particular: nesse caso, o médico responde com exclusividade pelos erros cometidos, restando afastada a responsabilidade do estabelecimento de saúde.

### 3.4 Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico

De acordo com o art. 951 do Código Civil:

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

Lembramos que as referências citadas mencionam como serão as indenizações.

Esses artigos estão no capítulo referente aos atos ilícitos, o que poderíamos dizer ser uma responsabilidade de caráter extracontratual. Existem opiniões dos doutrinadores e também da jurisprudência de que a responsabilidade dos médicos possui natureza contratual.

Assim fica evidenciado que a regra é de que a responsabilidade do médico seja de natureza contratual, pois trata-se de uma prestação de serviços de meio firmada entre médico e paciente, ou seja, uma relação contratual. Apesar das citações, poderá, excepcionalmente, a responsabilidade deste profissional ser também extracontratual quando ocorrer a prática de uma infração às normas regulamentadoras da profissão.

Dessa forma, o médico poderá responder extracontratualmente quando, por exemplo, fornecer atestado falso, operar sem estar habilitado para isso, não usar de habilidade científica gerando deformações no paciente etc.

Na relação do médico que atende um paciente, surge, desde logo, um contrato entre o doente ou a pessoa que solicitou os serviços e o médico. Recordamos que, nessa relação, nasce uma obrigação de meio e não de resultado, pois o médico não assume o dever de curar o doente, mas sim de tratá-lo de acordo com os conhecimentos técnicos e científicos de sua profissão.

Segundo Venosa (2010, p. 128):

Assim como a obrigação assumida pelo advogado no patrocínio da causa, como regra geral, é de meio e não de resultado, assim também a contraída pelo médico em relação à terapia e tratamento do enfermo. O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente.

É notório que ao médico cabe o comprometimento de cuidar do paciente com extremo cuidado, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Disso resulta que esse profissional será civilmente responsável apenas quando ficar provado que agiu com imprudência, imperícia ou negligência, incorrendo em culpa.

No caso de o paciente sofrer dano ou falecer, sem que tenha havido nenhuma das modalidades de culpa já mencionadas na atividade do médico, não haverá inadimplemento contratual, pois este apenas assumiu o dever de tratar o paciente adequadamente. É importante lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave para que se possa responsabilizá-lo. É suficiente a culpa levíssima, desde que esta tenha acarretado dano.

Não podemos deixar de citar o fato próprio ou fato de terceiro que ocorre no caso do médico que não será responsabilizado apenas pelo fato por ele próprio cometido, mas que também poderá vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens. Como exemplo, incorreria em responsabilizado o médico que mandou que a enfermeira aplicasse determinado

medicamento num paciente, causando-lhe danos, porque o medicamento foi prescrito equivocadamente.

Assim, presume-se culpado o médico-chefe pelos danos que ocorrem, uma vez que os demais profissionais estão sob suas ordens, e é dele que partem as determinações para que sejam executados os atos necessários ao bom desempenho da intervenção profissional<sup>9</sup>.

Ou seja, os profissionais atuam de forma conjunta com o cirurgião-chefe, devendo a responsabilidade de cada um ser analisada caso a caso.

Vale ressaltar que a responsabilidade do anestesiologista, que atua não somente na cirurgia, mas também no pré e pós-operatórios, será autônoma nesses momentos.

É sempre bom definir aqueles que fazem parte ou são os auxiliares e enfermeiros e aqueles estão diretamente sob as ordens do cirurgião e quais são apenas funcionários do hospital, pois será o cirurgião responsável por seus atos. Entretanto, no caso de o dano ser causado por funcionários do hospital que não estavam sob as ordens diretas do profissional médico, deve a culpa ser imputada à instituição.

### **3.5 A prova da culpa médica e a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor**

Tanto na responsabilidade civil decorrente de contrato quanto na extracontratual, o nosso Código Civil recorda que a prova da culpa e donexo causal entre a conduta e o dano é incumbência da vítima ou de quem a represente.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, vale lembrar que o paciente passa a ser o consumidor dos serviços médicos.

Pelo estudo até aqui desenvolvido, o fornecedor de serviços responderá objetivamente, conservando-se a responsabilidade subjetiva do profissional liberal.

Recordamos ainda que o já citado art. 14, em seus §§ 1º e 2º, relata o seguinte:

Art. 14. [...]

§ 1º – O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido.

§ 2º – O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Na interpretação do *caput* do mesmo artigo com seu § 1º, percebe-se que a responsabilidade de todos os fornecedores que participam da cadeia de fornecimento de serviços é solidária, sem que haja, para isso, a análise de culpa. Podem-se considerar responsáveis o estabelecimento hospitalar e os prestadores de serviços, estando inseridos nesse âmbito os planos de saúde e seguros médicos, que atuam

<sup>9</sup> "O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção" (STJ – 3ª T., REsp., 4.3.1997 – Relator: Waldemar Zveiter).

por meio de profissionais, laboratórios e outras entidades credenciadas, principalmente nesse foco médico.

Para o § 2º do mesmo dispositivo, é dever lembrar que qualquer nova técnica deve ser previamente aprovada pelo paciente, na hipótese de o procedimento ainda não ser aceito pela comunidade médica de forma geral.

O paciente tem de provar a culpa do profissional médico, bem como o liame que une sua conduta ao dano causado. Contudo, o juiz poderá solicitar a inversão do ônus da prova quando houver verossimilhança nas alegações do paciente ou estiver caracterizada a hipossuficiência deste.

Ao consumidor é atribuída a condição de hipossuficiência, contudo esta não deve ser analisada sob o prisma exclusivamente econômico, mas sim do ponto de vista técnico ou jurídico. O consumidor pode possuir impossibilidade, numa vulnerabilidade, de uma parte em face da outra.

No dizer de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 362):

A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, como já dito, verdadeiro tormento para as vítimas. [...] O profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade.

A inversão salientada que deve atender aos critérios do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor é faculdade do juiz<sup>10</sup>, independentemente de requerimento da parte. Deve ser concedida antes do início da instrução do processo, a fim de que não haja surpresa para o onerado, e este possa adequar-se a tempo.

### 3.6 Obrigações de meio e de resultado na atividade médica

Como já mencionado neste trabalho, há obrigações de meio e de resultado. Dizemos que, nas obrigações de meio, existe, de forma diligente e zelosa, apenas o emprego de determinado meio; e, na obrigação de resultado, ocorre o comprometimento de alcançar um resultado prometido.

Ao executar atividade médica, não se impõe ao profissional uma obrigação de resultado, mas sim de meio<sup>11</sup>. Não é papel do médico a obter a cura, mas oferecer ao paciente o tratamento adequado, de acordo com a técnica profissional de sua área<sup>12</sup>. Consequência disso é que o médico não pode obrigar-se a obter resultado

<sup>10</sup> "A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências' (art. 54, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias" (STJ – 3ª T. – REsp. 122.505, 4.6.1998 – Relator: Carlos Alberto Menezes Direito).

<sup>11</sup> "Não há obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são de meios e não de resultado" (TJSP – 2ª C. – Eínfrs., 30.12.1980).

<sup>12</sup> "A obrigação médica não é de resultado; não assume o médico o dever de curar o paciente, de aplacar todos os seus males e de transformar-se em guardião absoluto de sua vida. É intuitivo que a obrigação é de meio, mas nem por isso está o médico desobrigado de esgotar os cuidados terapêuticos disponíveis ao seu alcance" (TJRJ – 1ª C. – Ap., 27.9.1994 – Relator: Pedro Américo Rio Gonçalves).

determinado acerca da cura do doente, buscando com sua especialidade a habilidade e o compromisso de restabelecer a saúde.

Atualmente com as áreas especializadas que visam à cura direta do paciente, como a cardiologia, a cirurgia geral, a ginecologia etc., ainda assim, o médico está vinculado a uma obrigação de meios, constituindo sua obrigação em prestar os serviços médicos com as devidas diligências e cautelas de praxe, de acordo com as técnicas que foram desenvolvidas em sua área pela ciência até aquele momento.

Existem ainda especialidades que atuam juntamente para alcançar a cura do paciente. Por exemplo, na biomédica e na radiologia, os profissionais assumem a obrigação de resultado, sem que haja, no entanto, obrigação de alcançar a cura.

Para algumas áreas específicas, o profissional da área médica não se vincula ao paciente por meio de uma obrigação de meio, mas, por via de exceção, compromete-se a obter um resultado predeterminado, contudo deverá ter análise concreta deste. Veremos ainda as especialidades da cirurgia estética plástica e da anestesia, por se tratar de duas áreas que têm gerado várias discussões, com muitos casos levados aos tribunais.

### 3.6.1 Cirurgia plástica estética

Essa espécie de cirurgia está prevista no art. 51 do Código de Ética Médica: “Art. 51. São lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico”.

De acordo com a doutrina (VENOSA, 2010; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010; KFOURI NETO, 2010) e a jurisprudência majoritárias, a cirurgia plástica constitui uma obrigação de resultado.

Vale ressaltar a distinção entre cirurgia estética propriamente dita e cirurgia estética reparadora. A cirurgia estética tem fins de corrigir imperfeições da natureza, e a cirurgia estética reparadora visa reparar verdadeiras enfermidades, congênitas ou adquiridas (KFOURI NETO, 2010).

A cirurgia estética engloba a cirurgia de caráter estritamente estético e a cirurgia estética *lato sensu*. Na cirurgia de caráter estritamente estético, em que o paciente procura alcançar um ideal de beleza estética, sem que haja estrita necessidade disso (por exemplo, paciente que quer modificar as pálpebras para “parecer mais jovem”, mesmo que essa modificação não altere demais suas feições), o médico se obriga a um resultado determinado.

Nesse tipo de cirurgia, há a exposição do paciente a riscos de certa gravidade. Nesse caso, o médico está submetido à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para escusar-se da responsabilidade pelo dano que eventualmente decorra da intervenção cirúrgica<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> “No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, conseqüentemente, sentir-se psicologicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe ilidi-la com a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico” (STJ – 3ª T. – Resp. 81.101, 13.4.1999 – Relator: Waldemar Zveiter).

Na cirurgia estética *lato sensu*, não há risco relevante ao paciente, pois objetivo desse procedimento é corrigir pequena imperfeição da natureza, a qual ocasiona mal-estar psíquico à pessoa (por exemplo, um paciente cujo nariz tem linhas irregulares, destoando da harmonia das feições do rosto).

Aqui entendemos que é necessário analisar o caso concreto. Nessa cirurgia de corrigir a distorção, o médico não se comprometeu a um resultado previamente prometido ao paciente, então cabe a este a apreciação subjetiva do resultado obtido. Nesse caso, como se trata de obrigação de meio, deve-se provar a culpa do profissional<sup>14</sup>.

Contudo, se o profissional se comprometeu com o paciente em conseguir determinado resultado, há o entendimento que se vinculou a uma obrigação de resultado<sup>15</sup>.

A cirurgia está vinculada a uma grande expectativa que nos leva à promessa de obtenção de resultado previamente demonstrado por meios tecnológicos à disposição da medicina, como apresentam-se resultados por meio de recursos visuais previamente demonstrados por programas de computador que fazem uma previsão de como ficará o rosto ou corpo do paciente após a cirurgia.

Nesse tipo de situação, entendemos que, apesar de a cirurgia estética ser de natureza *lato sensu*, o cirurgião se vincula a uma obrigação de resultado, uma vez que se comprometeu a obter um resultado previamente demonstrado ao paciente, criando neste uma grande expectativa.

Quanto à cirurgia estética reparadora, temos que a obrigação é de meio, uma vez que tem por finalidade a reparação de enfermidades congênitas ou graves defeitos, como aqueles causados por acidentes de automóvel, do trabalho, queimaduras etc. Situações em que o médico que é obrigado a realizar em caráter de urgência, em pronto-socorro, em paciente que sofreu acidente, com o fim de evitar danos irreversíveis.

Quando essas situações ocorrem, a cirurgia tem caráter reparador e não foi efetuada a fim de alcançar um resultado predeterminado, mas sim como forma de fazer o melhor naquela emergência para evitar uma deformação maior.

Assim o julgamento deverá ser feito caso a caso, a fim de analisar que espécie de responsabilidade está sendo atribuída ao médico. Basicamente há uma regra em que o cirurgião plástico estético se vincula por meio de uma obrigação de resultado.

Para existir uma confirmação, dizemos que, na obrigação de resultado, diante do seu não cumprimento, a prova recairá, sempre, sobre o médico, pois há uma

.....  
<sup>14</sup> "Indenização – Erro médico – Culpa grave – Honorários profissionais – Dano estético e moral – Em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica malsucedida, provada a culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como a reparar os danos decorrentes do erro médico" (TAMG – 4ª C. – Ap. 110.111-3, 21.08.1991 – Relator: Mercêdo Moreira).

"Responsabilidade civil do médico – Cirurgia estética malsucedida – Culpa não provada – A responsabilidade dos médicos é contratual, mas baseada, fundamentalmente, na culpa. A obrigação assumida não é de resultado, mas de meios, ou de prudência e diligência. Ao juiz é defeso, por não ser de sua competência, pronunciar-se por essa ou aquela escola, optar por esse ou aquele método operatório. Exame da prova, onde não há comprovação de culpa do réu. Ninguém pode ser condenado por meras conjecturas" (TJRS – 4ª C. – Ap. 10.898, 11.3.1980 – DJRJ 07.5.1981, p. 64).

<sup>15</sup> "Na cirurgia estética existe responsabilidade do médico quando há resultado diverso do pretendido pelo paciente" (TJRJ – 6ª C. – Ap., 2.9.1982 – Relator: Dourado de Gusmão).

presunção de culpa com relação a este. Insta salientar que essa culpa pode ser afastada pelo profissional, desde que haja a demonstração comprobatória.

Ainda existe a importância que devemos observar com relação às reações que o corpo humano oferece, que vai desde o estado psíquico até as cicatrizações nos diversos procedimentos.

Dessa feita, o médico-jurista Miguel Kfoury Neto (2010, p. 170) assevera:

Costales refere-se a sentença do Tribunal Supremo da Espanha que considerou não ser imputável aos médicos insucesso de cirurgia que não atingiu o resultado almejado devido a uma infecção, que não poderia ser atribuída a descuido dos demandados. Configurou-se no aresto que a fealdade maior que aquela cuja correção se buscava não adveio da causa remota – a operação –, mas sim de uma causa próxima – a infecção – que não pode ser imputada aos médicos.

Nossos doutrinados possuem uma vertente no aspecto que deixa próxima à responsabilização do cirurgião plástico, considerando que este assume uma obrigação de meio como os demais profissionais médicos de outras áreas da medicina.

Assim, em nosso direito, há uma inclinação em que o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas deve se empenhar para aplicar todas as técnicas e os meios adequados para a obtenção do melhor resultado na intervenção cirúrgica solicitada pelo paciente, bem como as outras especialidades.

Com essa tendência, a doutrina e a jurisprudência majoritárias contestam essa afirmação, considerando como obrigação de resultado a cirurgia estética. A atribuição como responsabilidade objetiva constitui um erro, pois, quando ocorre a culpa na atribuição da verificação da responsabilidade médica, deve ser apresentada a inversão do ônus da prova.

### **3.6.2 Anestesia**

Embora neste estudo o foco seja a abordagem genérica da responsabilidade médica, a cirurgia plástica e a anestesiologia têm uma especial atenção. Em tempos remotos, lá pelos idos de 1950, a anestesia não constituía especialidade autônoma. Com a crescente população e a especialização dos médicos desse ramo, a anestesiologia passou a ganhar espaço nos meios médicos e tornou-se imprescindível à atuação.

Nos dias de hoje, a anestesia possui um procedimento próprio e destacado, o que conduz, inevitavelmente, à responsabilização do anestesista e de seus auxiliares, de forma independente da atividade do cirurgião.

Aguiar Dias (2011, p. 133), em sua clássica obra, reproduz regras consideradas elementares, observáveis pelos anestesistas, a fim de preservar sua responsabilidade:

[...] a) jamais deve o risco da anestesia ser maior que o risco da operação, isto é, em operações de menor importância é desaconselhável aplicar anestésias gerais, convindo, sempre que possível, guardar a proporção ou relação direta entre a anestesia e a

importância da operação; b) não se deve praticar a anestesia sem consentimento do paciente; esse pode ser dado diretamente pelo enfermo ou, em caso de impedimento, pelos que o tiverem a seu cargo; c) nunca se deve anestesiá-lo sem testemunhas; d) o anestesista deve sempre proceder a exame prévio das condições fisiopsíquicas do paciente, inclusive exames de laboratórios e das peças dentárias; e) não deve (aborto criminoso, esterilização vedada pelos princípios médicos e morais, reconstituição do hímen, alteração da fisionomia para iludir a identificação policial, etc.); f) jamais usar drogas anestésicas ou entorpecentes senão nas condições imperativas e precisas, para aliviar a dor [...].

A violação dessas regras, embora algumas não estejam expressamente consagradas na lei, pressupõe atos positivos de imperícia, negligência, imprudência e até torpeza. Haverá, contudo, casos em que a urgência da intervenção e o concurso de outras circunstâncias não permitam a observância rigorosa destes princípios. A preocupação de salvar a vida humana a todo custo pode gerar hipóteses como essas, sujeitas ao prudente arbítrio do juiz.

De acordo com Venosa (2010, p. 145):

[...] há três etapas nítidas na atividade do anestesista: uma fase preparatória, na qual o profissional avalia o estado do paciente e escolhe a melhor técnica, tendo em vista o seu estado; o trabalho durante administração das drogas e o monitoramento do paciente durante a cirurgia e, no final, a atividade de recobro do paciente à consciência e o monitoramento dos efeitos da anestesia após o procedimento cirúrgico.

É nítido o fato de que a responsabilidade do anestesista persiste nessas três etapas.

Ao profissional médico anestesista a responsabilidade é atribuída como sendo individual nos períodos pré e pós-operatório. O anestesista possui sua individualidade autônoma, e seu espectro de atuação é distinto daquele do cirurgião<sup>16</sup>. Caso haja consequências ou trágicos desenlaces no decorrer do ato cirúrgico, deverá ser analisado o caso concreto, com a finalidade de determinar a culpa concorrente na hipótese.

Na medicina há que se considerar de que forma foi contratado o anestesista, nessa análise, o fato de o anestesista ter sido imposto pelo hospital ou ter sido escolhido pelo cirurgião, se este integra a equipe médico-cirúrgica. Evidências nessas situações contornam a responsabilidade do cirurgião condutor da cirurgia, podendo ser solidária com a desse profissional. E, ainda, com relação aos seus auxiliares, o anestesista será responsabilizado pela execução de seus atos, se ele os escolhe para compartilhar.

<sup>16</sup> "Civil – Ação de indenização – Erro médico – Responsabilidade solidária do cirurgião (culpa *in eligendo*) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido – Matéria de prova – Súmula 7/STJ – A apuração da responsabilidade por erro médico depende do exame do caso concreto. Induvidosamente há responsabilidade autônoma do anestesista quando se cuida de atos praticados no pré ou pós-operatório. Porém, dentro da sala de cirurgia, como sucede no caso versante, aquela se apura consoante a prova realizada nos autos para verificação da culpa do grau em que concorreu o agente e se atribuível exclusivamente ao anestesista ou não" (STJ – 3ª T. – Resp., 4.3.1997 – Relator: Waldemar Zveiter).

Em suma, a anestesia integra a linha tradicional que se usa geralmente para determinar a culpa médica, qual seja, a configuração de ação ou omissão, a presença do nexo de causalidade e o resultado danoso<sup>17</sup>.

### 3.7 A análise do erro médico

Estabelecida a premissa de que a responsabilidade civil do médico, como atividade profissional (liberal ou empregatícia), é subjetiva, vem a lume a questão do erro médico.

A prestação de serviços médico não consiste em uma equação matemática, na qual, pela aplicação, sabemos o resultado e, no caso em questão, que haverá uma cura, portanto pela sua condição é uma obrigação de meio.

Logo a prova do elemento (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como pessoa normal e aos específicos da profissão.

O erro médico em si consiste numa conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência. Isto é, o erro médico nada mais é do que a falha profissional imputada àquele que exerce a medicina<sup>18</sup>.

Com essa definição, fica evidente a necessidade da culpa, configurada por meio de uma de suas modalidades (imperícia, imprudência ou negligência). Dessa forma, deve haver clara demonstração de que houve culpa médica no caso concreto para que esteja configurado o erro médico, cabendo ao paciente a prova dessa culpa, ressalvada, como já explicado, a possibilidade de inversão do ônus da prova em juízo<sup>19</sup>.

Assim, não é necessário, como esclarecido, que a culpa do médico seja grave, bastando apenas que seja certa. Contudo, a gravidade da culpa repercutirá na quantificação da indenização, conforme prescrição do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Mesmo assim, não basta somente a demonstração da culpa para a caracterização da responsabilidade do profissional pelo erro médico. É importante e necessária a evidência do nexo causal, sob a análise concreta do caso.

Conforme elenca Kfoury Neto (2010, p. 82):

<sup>17</sup> "Indenização – Responsabilidade civil – Falecimento em razão de choque anafilático decorrente de medicamento alfatesin – Alegação de fenômeno imprevisível na anestesia geral – Inadmissibilidade – Choque resultante do uso de anestésico de alto risco, com diluente impróprio no paciente que se mostrou intolerante ao mesmo, culpa demonstrada – Ação procedente" (TJSP – 1ª C., Ap. 137.706-1, 25.2.1992 – Relator: Renan Lotufo).

<sup>18</sup> "Responsabilidade civil – Indenização por dano médico – Agulha de sutura deixada no corpo do paciente – Instrumento de espessura e tamanho reduzidos – Irrelevância – Nexo causal comprovado – Danos morais evidenciados pela apreensão da autora, ciente da existência de corpo estranho em seu abdômen – Indenização majorada – Recurso provido para esse fim (TJSP – 6ª C. Dir. Privado – Ap. 98.039-4, 29.6.2000 – Relator: Munhoz Soares).

<sup>19</sup> "Responsabilidade civil – Operação cirúrgica – Paciente portador de hérnia recidiva – Culpa ou imperícia dos médicos – Falta de prova – Ação de indenização improcedente – Julga-se improcedente ação de indenização se não provada a culpa ou imperícia dos médicos operadores" (TJSP – 5ª C. – Ap., 20.3.1999 – Relator: Sylvio Barbosa).

Mas, como vimos, não basta a culpa. Deve-se evidenciar também o vínculo causal, que liga o dano à conduta do agente. Nem sempre, porém, nos domínios da responsabilidade médica – e a asserção provém do exame de inúmeros casos concretos – o reconhecimento do nexos de causalidade é tarefa fácil. Os médicos dizem que não há doenças, há doentes – porquanto dois pacientes, acometidos do mesmo mal e tratados de modo idêntico, podem apresentar reações absolutamente distintas à terapia: num caso, a cura; noutro, o agravamento da enfermidade e, até, a morte.

A professora Maria Helena Diniz (2010, p. 79), ao relatar que o médico não poderá ultrapassar os limites contratuais, faz as seguintes considerações com relação ao agir negligente desse profissional, asseverando que ele deve responder pelos danos que causar:

[...] se agiu negligente ou imprudentemente no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou de técnica, resultando morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento. [...] Constitui, p. ex., erro profissional o fato de: a) fazer uma operação não urgente; b) continuar tratamento que causa perturbação anormal no paciente; c) atar um membro muito forte e demoradamente, provocando gangrena e posterior amputação; d) omitir normas de higiene e assepsia; e) esquecer corpo estranho no organismo do doente; f) manter, sem necessidade, o paciente em tratamento radiológico, causando, p. ex., radiodermite, ou submeter paciente a tratamento radioterápico para cura de moléstia da pele [...].

### 3.7.1 Erro de diagnóstico

O erro de diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente. A atividade médica tem seu ápice, em princípio, na análise diagnóstica, pois, a partir daí, podem-se direcionar a conduta e a terapia aplicada a cada um, com o objetivo de obter o sucesso.

No erro de diagnóstico, verificamos uma certa complexidade para a determinação da responsabilidade desse profissional, caso que depende de análise estritamente técnica. A conduta errônea pode ser um tipo de erro que se caracteriza por tratamento equivocado ao quadro patológico do paciente, causando assim um resultado danoso ao paciente.

O erro de diagnóstico é justificado quando decorre de análise que não seja grosseira. Logo, o erro de avaliação diagnóstica ensejará responsabilidade se um médico prudente não o cometer nas mesmas circunstâncias em que aquele que causou o dano<sup>20</sup>.

Atualmente, com os avanços tecnológicos, muitos exames são solicitados para se ter mais assertividade para a precisão do diagnóstico médico. Dessa forma, se o profissional, utilizou-se de todos os meios de que dispunha para tornar mais preciso

<sup>20</sup> "Indenização – Responsabilidade civil – Erro médico – Realização de dois exames endoscópicos com diagnósticos totalmente diferentes – Desnecessidade de prova pericial a constatar o erro do médico – Equívoco evidente – Alegação de cerceamento de defesa afastada – Recurso não provido" (TJSP – 13ª C. – Ap., 16.5.1989 – Relator: Minhoto Júnior).

o diagnóstico, e não se desviou da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa e ficará distante o dever de indenizar em situações que ocorra qualquer dúvida quanto ao diagnóstico.

Caso contrário, quando o profissional não utilizou todos os recursos à sua disposição para elevar o grau de precisão e assertividade da avaliação diagnóstica, ficará este com a responsabilidade e o dever de indenizar.

Logo, o médico que tomou todos os cuidados e deveres, que sua profissão exige na conduta diagnóstica, obterá sucesso na consulta, e a recíproca não é verdadeira.

Para que se obtenham provas da ocorrência do erro médico, são utilizados todos os meios e provas cabíveis, como depoimento pessoal do médico, inquirição de testemunhas, prova documental, informes (notícias veiculadas pela imprensa), inspeção judicial e prova pericial.

### **3.8 Liquidação, dano patrimonial e dano moral no erro médico**

Neste estudo, verificamos que o médico responde pelos atos executados culposa ou intencionalmente no exercício de sua profissão. As ocorrências com efetivo dano advindas desses profissionais podem atingir a esfera patrimonial ou extrapatrimonial, ou seja, quando ocorre um mesmo dano, o profissional tem o dever de indenizar o paciente por danos materiais e morais.

Liquidar o dano consiste em determinar o *quantum* incumbirá ao causador despendido em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se à execução.

Quando ocorrer qualquer uma das hipóteses citadas, haverá a necessidade de liquidar o dano, quer seja patrimonial ou moral.

Quando ocorrer o erro médico e deste resultar a morte do paciente, a indenização consistirá em todas as despesas pertinentes ao tratamento que tenha tido o paciente falecido, quer seja com seu funeral, luto da família, assim como nos alimentos a quem a vítima os devia, e outras que assim decorrerem desse feito.

Haverá lucros cessantes até o fim da convalescença nos casos em que houver ferimento ou outra lesão à saúde. O causador do dano indenizará o lesado das despesas de tratamento, incluindo juros e correção monetária para a pecúnia determinada.

Resultante em deformidade permanente ou aleijão, esclarecem os arts. 1.538, § 1º, e 1.539, ambos do Código Civil, que a soma indenizatória deverá ser duplicada e, ainda, causando a inabilitação para o trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, além das despesas de tratamento e lucros cessantes, também deverá ser paga uma pensão correspondente à importância do trabalho para o qual ficou incapacitado ou da depreciação sofrida.

Essa reparação deverá ser o mais abrangente possível, incluindo os danos morais advindos da culpa ou do erro médico. Nas situações em que ficar caracterizada a

culpa do médico, esse fato poderá afetar ao lesado em seu caráter moral, causando-lhe dor, sofrimento, ofensa à imagem, angústia, solidão, depressão, ansiedade, entre tantos sentimentos até mesmo incalculáveis. Pode afetar aquelas pessoas próximas à vítima, como no caso de falecimento do paciente<sup>21</sup>.

Há, nesses casos, uma imposição e o dever de compensar a ofensa moral com um valor, pago de uma só vez, sem prejuízo da reparação por dano material.

Para os casos em que o entendimento configure o erro médico e haja dano moral, a indenização deverá ser arbitrada pelo juiz, que considerará as condições socioeconômico-culturais da família da vítima, de que forma ocorreu o evento e em que circunstâncias.

Para que ocorresse a acumulação de danos morais com materiais, havia uma certa resistência nessas liquidações, contudo o assunto está amparado pela Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Atualmente, existem inúmeras controvérsias com relação à cumulação dos danos estético e moral, considerado caso a caso. A maior parte da jurisprudência entende que não há dupla indenização pelo dano estético e pelo moral, como se fossem diversos, considerando o dano moral como englobado pelo dano estético<sup>22</sup>, motivo pelo qual a indenização advinda do dano estético exclui a decorrente do dano moral<sup>23</sup>.

#### 4 Considerações finais

A legislação brasileira permite ao médico que cursou apenas os seis anos da medicina atuar em qualquer área médica, sem ter obrigatoriamente que cursar uma especialidade médica. Teoricamente, portanto, um médico sem especialização nenhuma pode atuar na área da cirurgia plástica tanto reparadora quanto estética.

O médico cirurgião plástico consegue, em muitos casos, realizar o desejo humano da beleza, ele pode propiciar esse sonho ao paciente que anseia proximidade aos atuais padrões de beleza que circulam mundialmente, visíveis nas celebridades do cinema, da televisão, da estética, da moda, das academias de ginástica, enfim, padrões que a sociedade moderna propaga e aprecia.

Vale lembrar que o Código de Ética Médica ressalta nos seguintes artigos:

Art. 1º – A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.

<sup>21</sup> “O erro inescusável na falha de entubação e monitoramento, a ponto de não observar a tempo a mudança de estado da paciente, representam condutas culposas dos médicos, que provocaram dor moral à família” (TAPR – Ap. 117324800, 16.10.1998 – Relator: Lídio J. R. de Macedo).

<sup>22</sup> “O dano estético engloba o moral, devendo a indenização a este título considerar ambos os aspectos” (TARS – 2ª C. Ap. 196.113.757, 24.7.1996 – Relator: João Carlos B. Cardoso). Em sentido contrário: “Dano moral – Dano estético morfológico – Cumulação admissível – Dor moral e física – 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” (TJSP – 4ª C. Dir. Pub. – Ap. 259.123-1, 17.10.1996 – Relator: Eduardo Braga).

<sup>23</sup> “O dano moral é excluído, por haver indenização do dano estético, que compreende aquele” (TJRJ – 8ª C., 22.6.1982 – Relator: Dourado de Gusmão).

Art. 2º – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. [...]

Art. 4º 1 – Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.

Art. 5º – O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

Lembramos que, quando se contrata um cirurgião plástico estético, a relação estabelecida é contratual, em que cabe inicialmente ao médico a responsabilidade da prática a qual lhe é imputada, ou seja, a parte mais rigorosa de sua atuação no que tange à prática de sua profissão, pois deverá usar dos meios e esforço para exercer seu labor com conhecimento, dedicação, ou seja, eticamente, para que os fins sejam satisfatoriamente atendidos, e cabe ao paciente a menor parte, de se preparar adequadamente para a cirurgia.

Ambos os preparos devem ser respeitados para que não impliquem processos de responsabilidade de toda natureza, pois o sucesso da intervenção cirúrgica estética é o alvo principal.

O CFM não reconhece a especialidade do médico cirurgião plástico estético. Os que desejam atuar como cirurgião plástico na subárea estética, para possuírem a especialidade reconhecida, devem cursar a residência em cirurgia plástica, o que representa mais um ano de estudo.

Caso não faça essa residência, o profissional médico, embora possa atuar na área estética, ficará sujeito a responder civil e penalmente pelos eventuais atos danosos que causar ao paciente, por não possuir a especialidade reconhecida.

Contudo, o médico que hoje exerce a especialidade, mesmo que devidamente habilitado, também é vítima de indenizações em caso de erro médico, e estas têm crescido muito, inclusive porque, no Brasil, que tem ótimos cirurgiões plásticos com talentos reconhecidos internacionalmente, por cauda da crescente população, esse tipo de tratamento ficou mais acessível aos desejosos de cirurgias. Todavia, são passíveis de erros, e atualmente os tribunais estão sendo cada vez mais requisitados pelas vítimas para a reparação judicial do dano sofrido.

A mídia tem colaborado no sentido de divulgar os direitos e deveres do médico e do pacientes. Tem-se exigido cada vez mais a formação adequada em cirurgia plástica para que o profissional atue nessa especialidade. De acordo com o Conselho Regional de Medicina, de 289 médicos cirurgiões estéticos com processos disciplinares, apenas seis eram totalmente habilitados em cirurgia plástica.

A grande maioria dos processos disciplinares referia-se a médicos que atuavam em cirurgia plástica estética e que não tinham o título de cirurgião plástico. Daí a necessidade premente de impor ao profissional que pratica a cirurgia plástica estética a especialidade comprovada com o curso de especialização e submetê-lo ao exame de título de cirurgião plástico reconhecido pela Associação Médica Brasileira (AMB) e pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Hoje a mídia orienta o paciente a

consultar o *site* dessa sociedade para certificar-se de que o cirurgião está realmente credenciado. Trata-se de ato educativo que visa inibir a atuação de maus profissionais.

É unísono, hoje em dia, que o profissional que está atuando irregularmente na área da cirurgia plástica estética seja banido do mercado para que, no Brasil, haja uma boa prática médica com conseqüente segurança para toda a sociedade civil e também um incentivo de melhores técnicas e aprimoramento da especialidade para o efetivo reconhecimento da profissão.

## CIVIL AND CRIMINAL LIABILITY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEON

**Abstract:** The paper will address the issue of plastic surgery, which is growing considerably in Brazil in recent years, both in the civil law as the aspect of criminal law. The article will analyze the civil responsibly in all aspects referring to the study of the case involving plastic surgery. With this, will cover topics such as tort and contractual liability, responsibility subjective and objective; action and omission of the physician; guile and guilt; causation in medical malpractice; aesthetic damage; application of the Code of Consumer Protection, development of proof of the error doctor in plastic surgery; obligation of means or end; still analyzing some specific cases. The development of the article will always be done in dialogue with the current judicial Courts.

**Keywords:** liability; plastic surgery; aesthetic damage.

## Referências

- BUCHALLA, A. P.; PASTORE, K. Corpos à venda. *Veja on-line*, Edição 1.741, 6 de março de 2002. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/060302/p\\_084.html](http://veja.abril.com.br/060302/p_084.html)>. Acesso em: 27 maio 2013.
- DIAS, J. A. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.
- FARAGÓ, S. *Cirurgia de rejuvenescimento fácil: estudo da imagem Corporal e da qualidade de vida*. 2006. 160p. Tese (Doutorado em Cirurgia Plástica)—Universidade de São Paulo, Faculdade de Medicina, São Paulo, 2006.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil (contém análise comparativa dos Códigos de 1916 e de 2002)*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade civil*. Rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. Rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.