

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

LIGIA OTTONELLI HILARIO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA
PLÁSTICA**

Porto Alegre

2012

LIGIA OTTONELLI HILARIO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA
PLÁSTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul (UFRGS).

Orientador: Sérgio Viana Severo

Porto Alegre

2012

Dedico este trabalho aos meus pais, Luiz Carlos Esteves Hilario e Bernadete Ottonelli Hilario, pois sem eles este trabalho e muitos dos meus sonhos não se realizariam.

AGRADECIMENTOS

É difícil agradecer a todas as pessoas que de algum modo fizeram parte da minha vida, seja nos momentos de alegria ou de tristeza. Por isso, primeiramente, agradeço a todos de coração.

Agradeço aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas, me fazendo realmente aprender por meio de seus ensinamentos, de forma a me fazer construir a base necessária para atingir meus objetivos profissionais.

Agradeço aos meus pais, Luiz Carlos Esteves Hilario e Bernadete Ottonelli Hilario, por sempre me apoiarem e me incentivarem durante esses anos longe de casa. Sem eles não teria encontrado forças para a conclusão dessa etapa na minha vida.

Agradeço a minha irmã, Fernanda Ottonelli Hilario, por ter me ajudado estando presente na minha vida, proporcionando-me momentos de felicidade e aconselhando-me da melhor maneira possível.

Agradeço a minha tia, Maria Odete Esteves Hilario, pela preocupação e ajuda com meus estudos, sempre demonstrando carinho e afeto imensuráveis.

Agradeço a minha prima, Estela Regina Schwengber, a qual sempre esteve disposta a me ajudar, seja com palavras amorosas, seja com seus ensinamentos, os quais me levaram a obter maior confiança para realização deste trabalho.

Finalmente, agradeço aos meus amigos, que me proporcionaram momentos inesquecíveis, os quais me fizeram enfrentar com mais leveza os períodos mais conturbados.

RESUMO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil decorrente ao erro médico, buscando definir, porém sem esgotar, a responsabilidade dos médicos, especialmente do cirurgião plástico, analisando quando e de que forma este pode ser responsabilizado pela ocorrência de dano ao paciente. Procurou-se aprofundar a discussão a respeito da natureza da responsabilidade, distinguindo-se obrigação de meio e de resultado e a aplicação destas nos tipos de cirurgias plásticas, as quais podem ser reparadoras ou embelezadoras. Destacam-se, ainda, os danos que podem ser causados nessas cirurgias e os deveres do médico, dentre eles, o dever de informar, o qual se caracteriza indispensável nos casos de cirurgia plástica, uma vez que o paciente deve estar ciente de todos os riscos e cuidados recomendados para que o resultado esperado seja alcançado.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Erro médico. Cirurgia Plástica. Obrigação de meio e de resultado. Deveres do médico.

ABSTRACT

This paper addresses the civil liability due to medical malpractice, seeking to define, but without exhausting the responsibility of doctors, especially of the plastic surgeon, examining when and how this can be blamed for the occurrence of patient harm. Sought to deepen the discussion about the nature of responsibility, distinguishing obligation of mean and result and the application of these in the types of plastic surgeries, which can be remedial or beautifying. Noteworthy is also the damage that can be caused in these surgeries and doctor's duties, including the duty to inform, which is characterized indispensable in cases of plastic surgery, once the patient should be aware of all risks and recommended care for the expected result is achieved.

Keywords: Civil liability. Medical malpractice. Plastic surgery. Obligation of mean and result. Doctor's duties.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	RESPONSABILIDADE CIVIL	8
2.1	NOÇÕES GERAIS.....	8
2.1.1	Responsabilidade civil e penal.....	12
2.1.2	Responsabilidade civil contratual e extracontratual	13
2.2	TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	19
2.2.1	Responsabilidade civil subjetiva.....	19
2.2.2	Responsabilidade civil objetiva.....	23
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS	26
3.1	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO FATO DE OUTREM E PELO FATO DA COISA	32
3.2	NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	35
3.2.1	Obrigação de meio.....	40
3.2.2	Obrigação de resultado	43
3.3	RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E O CDC	45
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO	50
4.1	NATUREZA DA RESPONSABILIDADE: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO.....	52
4.1.1	Cirurgia Plástica Reparadora.....	53
4.1.2	Cirurgia Plástica Embelezadora	55
4.2	DO DANO	58
4.2.1	Dano Material/patrimonial	58
4.2.2	Dano Moral	61
4.2.3	Dano Estético	65
4.3	DEVERES DO MÉDICO	66
4.4	EXCLUDENTES DE ILICITUDE	73
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

A arte médica passou por grandes modificações, não sendo mais a relação médico/paciente uma relação de amizade e aconselhamento, em que havia confiança ilimitada no profissional para realizar tanto o tratamento medicamentoso como o cirúrgico. Passou-se a uma relação rápida, impessoal, em que o médico é apenas o técnico e o paciente um desconhecido, gerando desconfiança de ambos os lados. De um lado, os médicos tentam se precaver de clientes mal intencionados e, de outro, o paciente, hipossuficiente na relação, procura o maior número de médicos para garantir o tratamento mais adequado.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica. Justifica-se a escolha desse tema tendo em vista que, devido à exigência da sociedade em cultuar o corpo e à luta pela beleza, o número de pessoas a procura do milagre das cirurgias plásticas aumentou e, conseqüentemente, a demanda judicial devido aos danos sofridos em decorrência de tais cirurgias, sendo, portanto, uma questão bastante polêmica.

Dentro desse contexto, questiona-se a responsabilidade do médico devido às cirurgias plásticas, reparadoras ou estéticas, uma vez que do total de cirurgias plásticas realizadas, há um grande número de insatisfação dos operados, os quais muitas vezes possuem expectativas que superam o campo do possível a ser realizado nas cirurgias. Não se deve, também, esquecer a falta de formação técnica de determinados médicos que se aproveitam do aumento dessa demanda para a realização de procedimentos que estão além da sua formação técnica.

Levando em conta que hoje o culto à beleza tem ocasionado nas pessoas alguns distúrbios e traumas, torna-se imperativo a cirurgia estética. Devido a esses problemas emocionais, muitas vezes, o médico encontra-se em um dilema entre o que deve e o que não deve ser feito. Nesse momento, a formação técnica especializada do médico embasa sua escolha em realizar ou não o procedimento, sem considerar a vantagem econômica, de forma a garantir o melhor custo-benefício ao paciente.

O trabalho exposto a seguir, divide-se em três capítulos, nos quais serão abordados os seguintes temas, respectivamente: A Responsabilidade Civil em geral, analisando os aspectos gerais relacionados a ela; a Responsabilidade Civil dos médicos; e a Responsabilidade em cirurgia plástica, de forma a elucidar questões controvertidas, como o fato de gerar uma obrigação de meio ou resultado e de que forma se pode identificar o erro médico estético.

A atividade do cirurgião plástico será examinada frente à legislação vigente e ao entendimento jurisprudencial, por possuir um tratamento muito diferenciado dos outros ramos da Medicina, tendo em vista a distinção da obrigação gerada em casos de cirurgia plástica estética e de cirurgia plástica reparadora, fazendo surgir posicionamentos divergentes em relação ao tipo de responsabilidade que deverá incidir, bem como qual teoria deverá ser adotada.

Assim, essencial se faz a análise, primeiramente, da responsabilidade civil como um todo e seus aspectos mais importantes, como as teorias subjetiva e objetiva. Somente assim, pode-se adentrar no campo da responsabilidade do médico, de forma a elucidar aspectos referentes à natureza da obrigação do médico, se contratual ou extracontratual, e analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médico e paciente. Esse código trouxe um grande avanço, no que diz respeito à produção da prova, ao prever a inversão do ônus probatório, tendo em vista a vulnerabilidade dos pacientes para provar os fatos constitutivos de seu direito, pois são os médicos que detém a maior parte das provas documentais.

Destarte, examinar-se-á a forma de responsabilização, principalmente do cirurgião plástico, frente aos diversos aspectos que envolvem a relação entre o médico e o paciente. É preciso analisar os danos causados para, então, estabelecer a relação de causalidade. Há casos em que deve ser examinada a culpa, por ser pressuposto para a responsabilização, como nos casos da cirurgia plástica reparadora. Outros, em que a culpa não é essencial para a caracterização da responsabilidade do médico, como nos casos de cirurgia plástica estética, a qual gera maior controvérsia entre os autores estudados.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 NOÇÕES GERAIS

O código civil de 2002 sistematiza os conteúdos abordados de maneira minuciosa e criteriosa com o objetivo de torná-lo melhor compreendido, podendo-se observar a influência do procedimento já adotado pelos Códigos Civis, francês e alemão.

A responsabilidade civil vem disciplinada no Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002, que trata das obrigações. O regramento está no Título IX, Capítulos I e II, 'Da obrigação de indenizar' e 'Da indenização', iniciando no art. 927 e com término no art. 954.

Contudo, ao longo do CC/2002 e na maioria dos diplomas do direito positivo encontram-se normas tratando a respeito da responsabilidade civil, a qual, no seu conteúdo, corresponde às obrigações decorrentes da conduta da pessoa. Pode-se dizer sem temor, segundo Arnaldo Rizzardo¹, que em cada ramo do direito está inerente considerável parcela tratando da responsabilidade.

A ordem jurídica estabelece deveres para proteger a atividade do homem que se comporta conforme o Direito e reprimir a conduta daquele que o contraria. Tais deveres podem ser tanto positivos, de dar ou de fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar algo.

Cavaliere Filho² caracteriza obrigação como um “dever jurídico originário”, enquanto que responsabilidade como um “dever jurídico sucessivo”, conseqüente à violação do primeiro. Em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.

¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27

² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

Conforme estatui o artigo 389 do CC/2002³, “não cumprida a obrigação [*obrigação originária*], responde o devedor por perdas e danos [...]”. Sendo, portanto, as perdas e danos uma obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade.

Dessa forma, o crescente interesse da sociedade em buscar a reparação de danos sofridos gerou uma expansão na área da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é de difícil conceituação, pois abrange vários aspectos da vida social, jurídica e moral, podendo ser conceituada da seguinte forma: responsabilidade civil é o dever que o indivíduo tem de reparar prejuízo jurídico e/ou moral, que por sua ação, omissão ou dolo causou a terceiro, por ato próprio, de outrem, ou ainda por fato das coisas. Atribui-se este dever de reparação ao fato culposo produzido pelo indivíduo causador (direta ou indiretamente) do dano, ou seja, a consequência precípua da execução de um ato ilícito constitui-se na obrigação de reparar o dano imposto à vítima, de forma a restabelecer a situação anteriormente existente ou, sendo impossível, compensando-a pelo infortúnio ocasionado pela ocorrência do fato. Tal conceituação extrai-se das conceituações dadas por diversos autores como, por exemplo:

Segundo Stoco, “a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim, *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de ‘responsabilizar alguém por seus atos danosos’”.⁴

Diniz afirma que:

[...] 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.⁵

³ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 59.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro-Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7, p. 34.

Podemos afirmar, assim, que reparar o dano significa indenizar a vítima, isto é, repor a situação anterior, o “*status quo*” anterior.

Conforme estabelece a Constituição de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, § 6º:

“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 de dano ou culpa”.⁶

No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional estabelece:

CC/2002. Art. 186, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁷

CC/2002. Art. 927, “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.⁸

A responsabilidade civil se vale de três pressupostos:

a) Conduta do agente: o agente poderá responder por um dano causado por ação do agente (conduta positiva), ou por omissão, inatividade, quando o agente deixa de fazer alguma coisa devida.

O agente deve agir (omissão ou comissão) com culpa (por dolo: quando o agente pratica conduta por vontade própria, esperando o resultado danoso, que foi efetivamente alcançado; por dolo eventual: quando o agente não queria o resultado alcançado, mas sabia que ele poderia advir e mesmo assim assumiu o risco; ou por culpa estrito senso: quando o agente não quer o resultado, mas foi o causador do mesmo, uma vez que agiu com negligência, imprudência ou imperícia) para ser imputado.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 nov. 2012.

⁷ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁸ Ibidem.

b) Dano: o dano constitui-se no abalo sofrido pela vítima, que pode ser de origem econômica (dano patrimonial) ou de ordem psíquica (dano moral).

c) Nexos de causalidade: quando há ligação entre a conduta do agente e o resultado alcançado, acarretando dano.

Para que haja nexos causal é essencial que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, sendo o ato ilícito causa do dano. Cavalieri afirma que “cuida-se de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele”.⁹

Bueres¹⁰ afirma que o nexos causal é um elemento vital para a responsabilidade civil, que vincula fisicamente o autor com o prejuízo e serve para medir a extensão do ressarcimento, pois o indivíduo somente responderá pelas circunstâncias que tenham sido causa do dano. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONVERSÃO À ESQUERDA. VIA PREFERENCIAL. ÔNUS DA PROVA. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. LUCROS CESSANTES. PENSÃO MENSAL. 1. Tratando-se de responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, e tendo ficado evidenciada a existência de nexos causal entre a conduta do agente e os danos suportados pela parte demandante, estão configurados os pressupostos necessários do dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da CF.¹¹

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO E RECONVENÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CULPA. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. Tendo a prova oral colhida nos autos sido elucidativa acerca da culpa no evento, carreando-a exclusivamente ao segundo réu, condutor do veículo de propriedade da primeira, o qual, em manobra de marcha à ré, de

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

¹⁰ “Este elemento, vital em la idea de responsabilidad civil, alén de vincular físicamente al autor con el perjuicio, sirve para mensurar la extensión del resarcimiento, dado que- sobre esto último- cabe anticipar que quien soporte el deber jurídico sólo responderá de las circunstancias que hayan sido causa adecuada del daño”. (BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos medicos**. Buenos Aires: Abaco, 1981. p. 216).

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70051455186**. Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 08/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

todo imprevisível, após ter estacionado em local inapropriado para tal, interrompeu a trajetória normal do condutor da motocicleta que transitava pela pista de rolamento, dando causa ao acidente. Tese de alta velocidade do condutor da motocicleta sem respaldo nos depoimentos das testemunhas ouvidas, nem vindo embasada por qualquer outra prova, ônus que incumbia ao requerido, conforme art. 333, inciso II, do CPC. Não seria exigível, ademais, qualquer conduta de habilidade extrema do motociclista, ainda que isso fosse possível, no sentido de desviar do veículo, pois não pode o causador do fato pretender se safar da responsabilidade pela exigência de conduta anormal ou de habilidade extrema da vítima do evento. [...] DANOS MORAIS. DANO IN RE IPSA. Trata-se do dano in re ipsa, decorrente do fato por si próprio, verificando-se que o sinistro deu causa a fratura da perna direita do autor, provocando dores e obrigando o uso de medicamentos, além de causar sofrimento psicológico, desbordando do mero dissabor. Manutenção da sentença que julgou procedente a ação e improcedente a reconvenção. APELOS DESPROVIDOS.¹²

2.1.1 Responsabilidade civil e penal

A responsabilidade jurídica se divide em civil e penal, apresentando algumas diferenças: a responsabilidade penal possui sistema repressivo ou preventivo, de modo a restituir a ordem social ao estado anterior da turbação. Já a responsabilidade civil contém o sistema recuperatório, reintegrando o prejudicado na sua situação patrimonial anterior. Dias¹³ analisa que a responsabilidade penal surge quando há violação de uma norma estabelecida na lei, enquanto que a responsabilidade civil surge do prejuízo.

Na responsabilidade penal os inimputáveis (menores de 18 anos e os doentes mentais) não respondem pelos danos cometidos. Já na responsabilidade civil, mesmo aqueles considerados inimputáveis na esfera penal, respondem solidariamente com seus responsáveis. Isso ocorre porque, no Direito Civil, a responsabilidade significa atribuir a alguém a capacidade para responder pelo dano causado, por ato próprio ou de outrem. Mesmo que este seja relativamente incapaz, responderá solidariamente com os pais. Tais afirmações estão amparadas no artigo 932, I, do CC/2002, que trata dos menores inimputáveis, e artigo 932, II, do CC/2002, que diz respeito aos doentes mentais.

¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70038631446**. Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 09/06/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹³ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 11.

A sanção, no âmbito da responsabilidade penal, coage o delinquente à privação da liberdade, sendo admitida punição mesmo que não haja prejuízo; no âmbito civil, a sanção é a obrigação de reparar o dano, por meio de indenização, só sendo admitida tal punição se houver prejuízo a ser reparado.

Conforme estabelece o art. 935 do CC/2002, a responsabilidade civil é independente da criminal. Vejamos:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.¹⁴

Como já mencionado, a responsabilidade civil surge em virtude do descumprimento obrigacional, isto é, a obrigação de indenizar o dano decorre do inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual. Dessa forma, divide-se a responsabilidade em dois ramos: responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

2.1.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Nas relações entre as pessoas, em que se estabelece qualquer vínculo de forma que haja troca de responsabilidades, estabelece-se um contrato que pode ser escrito ou não, e com isso adquire força de lei ou simplesmente é entendível como tal, sendo essa distinção basicamente conceitual.

Os artigos 389 a 400 do CC/2002 disciplinam a responsabilidade contratual, incluindo-se nessa responsabilidade o inadimplemento e a mora de obrigações decorrentes das declarações de vontade¹⁵.

Já os artigos 186, 187, 927, 932 do CC/2002, dentre outros, versam sobre a responsabilidade extracontratual, compreendendo a violação dos deveres

¹⁴ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.

estabelecidos em regras do comportamento, a omissão em praticar um ato exigível, ou o dever de abster-se de uma conduta prejudicial.¹⁶

Segundo Cavalieri Filho¹⁷, quem infringe dever jurídico *lato sensu* que resultar em dano a alguém, fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

Desse modo, se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo¹⁸. Ou seja, quando o dever jurídico surge da vontade dos indivíduos, estes criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos. Se há transgressão desse dever, ocorre um ilícito contratual.

De acordo com Cavalieri, os juristas franceses, procurando uma situação mais favorável para as vítimas na Revolução Industrial, fizeram ressurgir a responsabilidade contratual, na qual, diferentemente da extracontratual, já existe entre as partes um vínculo jurídico preestabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes, que ficam adstritos, em sua observância, a um dever específico.¹⁹

Essa responsabilidade dita contratual está prevista no artigo 389 do CC, que estatui:

Art. 389. 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.²⁰

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15

¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹ *Ibidem*, p. 273.

²⁰ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

Cumpra notar, contudo, que as obrigações contratuais são exigíveis, tendo em vista que está previsto na lei, não podendo se impor no contrato estipulações ofensivas à lei ou ao direito. Em grande parte das vezes, as obrigações que as partes assumem também constam na lei.²¹

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Nesse caso, aplica-se o disposto no art. 186 do CC:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.²²

Nesse caso, a obrigação de reparar o dano não está vinculada à existência anterior de um contrato e ao descumprimento culposo de uma obrigação. Esse dever surge pura e simplesmente da prática de um comportamento socialmente reprovável, “surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite”.²³

O ilícito extracontratual é gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos, ou seja, a transgressão tem relação com um dever jurídico imposto pela lei.²⁴ Assim, a responsabilidade compreende a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor.²⁵

Essa divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque em nosso sistema. Para Cavalieri²⁶ há uma “verdadeira simbiose” entre esses dois tipos de responsabilidades, uma vez que regras previstas do Código para responsabilidade contratual são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.

²² BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15

²⁴ *Ibidem*, p. 15

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

Nesse sentido, há quem sustente a teoria da unificação das responsabilidades delitual e contratual. Os adeptos dessa teoria julgam que a responsabilidade é sempre extracontratual e que a expressão responsabilidade contratual não passa de uma forma viciosa e errônea de linguagem, visto que as duas responsabilidades são reguladas pelos mesmos princípios.²⁷

Nas duas responsabilidades, a definição para ilícito civil é “a transgressão de um dever jurídico”, sendo que a culpa importa sempre a violação desse dever jurídico por falta de cautela, em nada alterando a essência da culpa se o dever jurídico violado tem por fonte um contrato, uma lei ou o dever genérico de não causar dano a ninguém.²⁸

Tanto a responsabilidade contratual, como a extracontratual, se utilizam dos mesmos pressupostos ensejadores do dever de indenizar, ou seja, o dano, o ato ilícito (comportamento humano) e o nexo de causalidade²⁹.

Entretanto, para muitos, há uma dicotomia clara entre responsabilidade contratual e extracontratual, a qual foi acolhida pelo Código brasileiro que estabelece a tese dualista ou clássica.

Gonçalves e Rizzardo³⁰, por exemplo, julgam que, embora existam aspectos comuns entre essas espécies, não se podem esquecer os aspectos individuais de cada uma.

Acerca da responsabilidade contratual, já existe um liame ou um vínculo previamente estabelecido. As partes celebraram uma relação, em torno de um bem, com a especificação de obrigações e direitos.³¹ Pondera Cavalieri³² que nessa responsabilidade a vítima e o autor do dano já se aproximaram e se vincularam

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 274.

²⁸ *Ibidem*, p. 274-275.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. **Responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 8.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007; RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43.

³² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 276.

juridicamente antes mesmo da sua ocorrência, sendo que sem essa vinculação o prejuízo não teria ocorrido. Em oposição, na responsabilidade extracontratual não existe ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito nasce a relação obrigacional. O dever de indenizar, que aparece com a ofensa, cria a relação entre o obrigado e o titular do direito.³³

Nessa senda, na responsabilidade contratual deve-se analisar o princípio da boa-fé objetiva, ou seja, o “padrão de conduta imposto objetivamente pelo legislador, obrigando as partes contratantes à sua fiel observância”.³⁴

Na responsabilidade contratual a culpa é presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo ao credor demonstrar apenas que a obrigação não foi cumprida. O devedor terá que provar que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do nexo causal³⁵, como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-se, pois, o *onus probandi*.³⁶

Essencial ressaltar que a presunção de culpa não resulta da responsabilidade contratual. O importante, conforme ressalta Cavalieri³⁷, é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se assumir obrigação de alcançar um resultado e não teve êxito, haverá culpa presumida ou, em alguns casos, responsabilidade objetiva. Já se a obrigação for de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada.

Igualmente, para ensejar responsabilidade, o contrato deve ser válido, não produzindo efeitos se padecer de algum vício de origem a afetar-lhe a validade, tal como incapacidade absoluta, impossibilidade do objeto, etc.³⁸. Rizzardo³⁹ anota que

³³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43.

³⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Contratos e responsabilidade civil no CDC**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 73.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 276.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

³⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 276-277.

³⁸ “A nulidade, como de todos sabido, posiciona-se entre as causas de invalidade do contrato contemporâneas à sua formação, impedindo, por isso, que ele chegue a produzir efeitos, diferentemente da resolução, rescisão e rescisão, que são causas que só aparecem mais tarde, já depois de regularmente constituída a relação contratual. O ato nulo, por seu turno, distingue-se do

as partes devem ser capazes. A fim de surtir direitos e obrigações, essencial que se faça o contrato com pessoa capaz, cuidado que se exige mutuamente. Nos atos ilícitos, contudo, a prática pode se dar por menor, o qual se sujeitará às consequências, por força do artigo 928 do CC/2002, juntamente com seu responsável.⁴⁰

Nos contratos, deve haver violação do dever jurídico de adimplir, ensejando responsabilidade, quando houver a omissão culposa no cumprimento das avenças.⁴¹ A responsabilidade extracontratual, normalmente, também é fundada na culpa, o que a torna subjetiva, à exceção dos casos com dispensa de culpa e que importam na obrigação pelo fato do risco.⁴²

Algumas codificações modernas, no entanto, tendem a aproximar as duas variantes da responsabilidade civil, submetendo a um regime uniforme os aspectos comuns a ambas. O Código alemão e o português, por exemplo, incluíram uma série de disposições de caráter geral sobre a “obrigação de indenização”, ao lado das normas privativas da responsabilidade do devedor pelo não-cumprimento da obrigação e das regras especificamente aplicáveis aos atos ilícitos. Ficaram, assim, fora da regulamentação unitária apenas os aspectos específicos de cada uma das variantes da responsabilidade.⁴³

Para a responsabilidade médica, esta diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual não é muito importante, mas na relação estabelecida entre médico e paciente, ainda que de forma não escrita, o contrato deve ser respeitado sob pena de resposta na esfera judicial.

ato ilícito porque neste há violação de um dever jurídico preexistente, a que ninguém pode deixar de atender. Na nulidade, pelo contrário, tem-se uma precaução, um requisito essencial, que a lei impõe para que o ato seja válido e eficaz. Quem não praticar o ato jurídico com aqueles requisitos não comete ato ilícito, precisamente porque o ato praticado é nulo, não chega a se formar, nem gera nenhuma obrigação. Nulidade e ilicitude, portanto, não se confundem, porque no ato nulo não ocorre violação de nenhum dever jurídico; ocorre apenas descumprimento de uma condição imposta pela lei para a validade do ato. E, se o contrato nulo não gera obrigação, não pode ser invocado por qualquer das partes como causa de indenização”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 277-278).

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42-43.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁴¹ *Ibidem*, p. 43.

⁴² *Ibidem*, p. 43.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

2.2 TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.2.1 Responsabilidade civil subjetiva

O principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, de acordo com a teoria clássica, é a culpa, a qual está ligada à responsabilidade. Ou seja, o elemento principal que acarreta o dever de indenizar é o fato culpa, entendido em sentido amplo abordando a culpa em sentido estrito ou o dolo.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Fala-se em responsabilidade subjetiva quando a responsabilidade se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Assim, a responsabilidade do causador do dano só se configura se agiu com dolo ou culpa.⁴⁴

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com a necessária cautela. Não se pode, de maneira alguma, segundo Rizzardo,

[...] ir além do ato ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva, contrariamente ao que alguns pretendem, com superficialidade, a ponto de ver em tudo o que acontece a obrigação de indenizar, sustentando que, verificado o dano, nasce tal obrigação, sem indagar da culpa do lesado, e impondo, como único pressuposto, onexo causal entre o fato e o dano.⁴⁵

A culpa é empregada em sentido amplo para indicar não só a culpa estrito senso como também o dolo, podendo a vítima obter a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível. Assim, não basta que o dano seja fruto de um comportamento humano, é necessário que ele tenha sido praticado com intenção de causar o referido prejuízo ou que tal ato demonstre a violação de um dever de cuidado (culpa em sentido estrito), tornando a obrigação de reparar o dano,

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

condicionada à existência de culpa. Tal condicionamento da obrigação de indenizar se vê expresso nos artigos do CC/2002, que estatuem o seguinte:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁴⁶

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁴⁷

Cavaliere bem ensina a respeito da diferença entre dolo e culpa:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante, enquanto que na culpa a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. Em resumo, no dolo o agente quer a ação e o resultado, enquanto que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado.⁴⁸

Rizzardo alega que tal distinção não é importante para a reparação do dano, sendo a indenização imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo. Para ele, “a conduta antijurídica se realiza com o comportamento contrário ao direito, provocando o dano. A formação do nexo causal entre aquela conduta e a lesão provocada enseja a responsabilidade”.⁴⁹

O código civil de 2002 modificou a matéria da responsabilidade civil, incorporando a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que no Código Civil de 1916 a regra era a da responsabilidade subjetiva. Ainda assim, esta não foi excluída do sistema, a qual será usada quando não houver disposição legal expressa utilizando a responsabilidade objetiva.⁵⁰

⁴⁶ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 22.

A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos do Código Civil.⁵¹

A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário terá que suportar sozinha o prejuízo. Não basta a imputabilidade do agente para que o ato lhe possa ser imputado. A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige o elemento culpa.⁵²

Em se tratando de responsabilidade civil médica, especialmente em relação aos cirurgiões plásticos, Kfoury⁵³ nos alerta sobre a importância desta teoria subjetiva, tendo em vista que diversos fatores podem influenciar para o mau resultado, ou seja, para o surgimento de um prejuízo, independentemente da vontade do médico, inclusive as condições individuais do paciente, o que torna indispensável a aplicação da teoria baseada na culpa, de natureza subjetiva, incumbindo ao lesado o ônus da prova.

A jurisprudência também se manifesta no sentido de adotar a teoria da responsabilidade subjetiva aos médicos, quando se tratar de obrigação de meios, fator que será analisado posteriormente, subentendendo-se a possibilidade de adoção desta teoria em relação à responsabilidade civil do cirurgião plástico nos casos em que se entender de meios a obrigação deste.

No século passado, com a revolução industrial, com o progresso científico e com a explosão demográfica, o conceito de responsabilidade foi evoluindo, principalmente no campo de acidentes de trabalho que a noção de culpa revelou-se insuficiente tendo em vista o aumento do número de acidentes pela utilização de

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico: breves observações. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, n. 15, p. 10. maio1998. p. 10.

máquinas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. Contudo, eles permaneciam desamparados devido à dificuldade de provar a culpa do empregador.⁵⁴

Tendo tais fatos em vista, os tribunais passaram a admitir uma maior facilidade na prova culpa, evoluindo para a admissão da culpa presumida com inversão do ônus da prova.

A teoria da culpa presumida se assemelha à teoria subjetiva, uma vez que tem como elemento essencial a culpa, esta que passou a ser presumida pela lei em situações pontuais.

Essa teoria inverte o ônus da prova, facilitando a posição da vítima, que não precisaria mais comprovar a existência da culpa, pois uma vez presumida a culpa do agente, fica este incumbido de provar que não agiu com culpa.

Para Gonçalves, tal teoria seria objetiva, pois dispensa a vítima do ônus da prova, mas, como se baseia em culpa presumida, seria objetiva imprópria ou impura. Seria o caso do artigo 936 do CC/2002, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem, contudo faculta-lhe a prova das excludentes, com inversão do *onus probandi*, devendo o réu provar a existência de alguma excludente para não ser considerado culpado.⁵⁵

Mesmo assim, a responsabilidade civil continuou evoluindo, com o intuito de remediar situações de injustiça, tendo em vista que diversas pessoas se viam diante de manifestos prejuízos causados por determinadas condutas humanas sem poder ver reconhecido seu direito à indenização, devido à necessidade da comprovação da culpa.

De acordo com Gonçalves⁵⁶, foi da teoria da culpa presumida que teria surgido a teoria objetiva, esta que iremos tratar no ponto seguinte.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 135.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 18.

2.2.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva se baseia na chamada teoria do risco, que acabou sendo adotada amplamente pelo CC/2002, de acordo com art. 927, §único:

Art. 927, § 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.⁵⁷

Essa tese defende o dever de indenizar pela simples verificação do dano, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente, ou seja, os acontecimentos prejudiciais aos interesses e ao patrimônio do lesado não encontram explicação em uma conduta censurável do agente, uma vez que a vida, cada vez mais complexa, nos põe diante de inúmeras situações sem que em relação a elas influa o proceder da pessoa.⁵⁸

Na responsabilidade civil objetiva temos uma conduta ilícita, o dano e o nexo causal. Só não é necessário o elemento culpa, razão pela qual se fala em responsabilidade independentemente de culpa.

Com base nessa teoria, também chamada de teoria do risco, o agente responde pelo dano objetivo, levando-se em consideração o risco assumido por ele ao praticar determinada conduta, e não na intenção em causar um dano. Cavalieri afirma que:

A aplicação da responsabilidade objetiva se fundamenta na teoria do risco. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.⁵⁹

⁵⁷ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁵⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 30.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 136.

Para Cavalieri⁶⁰ as críticas à teoria do risco pelos defensores da doutrina subjetiva não procedem. Se risco é perigo, é mera probabilidade de dano, não basta o risco para gerar a obrigação de indenizar. Também será necessário violar dever jurídico uma vez que a responsabilidade surge quando a atividade perigosa causa dano a outrem. Assim, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa. A ordem jurídica garante a liberdade de ação, a livre iniciativa etc., e também garante a plena e absoluta proteção do ser humano. Há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da idéia de violação do direito de segurança da vítima.

Gonçalves⁶¹ julga que a responsabilidade objetiva é aquela que não exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano, sendo, em alguns casos, a culpa presumida pela lei e, em outros, de todo prescindível, esta sendo objetiva propriamente dita.

Porém, para a maior parte da doutrina, a responsabilidade objetiva independe de culpa, não se enquadrando nela os casos de culpa presumida, pois são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva.

Quanto à responsabilidade civil dos médicos, entende-se que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva, contudo, a respeito da cirurgia plástica estética, o TJSP (Tribunal de Justiça de São Paulo) vem aplicando a responsabilidade objetiva do profissional, inovando quanto ao tema. Vejamos jurisprudência do TJSP:

Indenização. Erro médico. Cirurgia plástica de caráter embelezador. Responsabilidade objetiva do profissional. Jurisprudência deste E. TJ sobre o tema. Danos materiais e morais comprovados. Diminuição da indenização por dano moral que é de rigor, dadas as circunstâncias do caso. Fixação em

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

R\$ 10.000,00 que atende aos parâmetros jurisprudenciais. Recurso provido em parte para tanto.⁶²

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano estético - Cirurgia plástica de redução das mamas - Obrigação de resultado - Responsabilidade objetiva assumida pelo cirurgião - Dano material e moral configurados pela visualização diária pela paciente do absoluto comprometimento das mamas - Fixação da indenização por dano moral em cinco vezes os danos materiais comprovados - Ação procedente - Recurso improvido.⁶³

⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 9155728662009826 SP**. 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 03/02/2011, Data de Publicação: 12/02/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

⁶³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 200.098-4/9-00**. 5ª Câmara de Direito Privado, Relator: Oscarlino Moeller, Data de Publicação: 02/04/2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, antes raras, vêm aumentando expressivamente nos últimos anos, seja devido ao maior acesso da população, em geral, à saúde, seja pela existência de médicos despreparados. Ainda, pode-se referir que, nos últimos anos, a sociedade tem tido consideráveis melhoras na sua condição econômica, podendo contratar serviços da área estética, o que antes era acessível a uma pequena parcela da sociedade.

Miguel Kfoury Neto⁶⁴ explica que toda profissão é regida por uma *Lex Artis* e, na medicina, não obstante seu caráter geral, essa *lex* é aplicada a cada ato médico individualizado (*ad hoc*). Entende, portanto, ser essa *lex* o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina – arte ou Ciência Médica – visando a verificar se a atuação é compatível, ou não, com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor pelo resultado obtido.

Rui Rosado de Aguiar Júnior afirma que:

[...] a responsabilidade civil específica do profissional médico (isto é, daquele que tem habilitação universitária e exerce medicina com habitualidade, vivendo do seu trabalho), aspecto que ora nos interessa, tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.⁶⁵

Giostri⁶⁶ considera que a responsabilidade médica está regida pelos princípios da responsabilidade civil em geral. Dessa forma, o médico que pratica um ato em estado de sã consciência e com capacidade de discernimento, com

⁶⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 158-159.

⁶⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 34.

⁶⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34.

liberdade, intencionalidade, tem o dever de reparar as consequências danosas do seu proceder.

Gomes⁶⁷ descreve os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil médica, quais sejam: o agente (médico), o ato profissional, a culpa, o dano e a relação de causa e efeito entre o ato e o dano.

O agente é o médico. Só ele pode ser autor da infração penal. O ato, pelo qual responde o profissional, tem de ser um ato profissional. A culpa é a falta de previsibilidade; nela não há intenção de prejudicar. Resulta da imprudência, negligência e imperícia. A imprudência se caracteriza pela audaciosa atitude do médico; a negligência é a omissão de cuidados necessários; a imperícia é o desconhecimento de recursos técnicos, a ignorância inescusável, a incompetência profissional manifesta. O dano, resultante de ato profissional, pode ser a morte, ferimentos, agravação dos males preexistentes, etc. Finalmente é preciso que exista uma relação de causa e efeito entre o dano alegado e o ato profissional que o determinou. O nexo causal tem de ser bem estabelecido, para que fique evidenciada a responsabilidade médica.⁶⁸

Conforme Giostri⁶⁹, em se tratando de responsabilidade civil médica, vemos que o agente é o profissional, legalmente habilitado. Dessa forma, podemos inferir que o ato médico (comissivo ou omissivo) somente pode ser praticado por profissional habilitado, devendo este agir no sentido de prevenir, promover ou recuperar a saúde de seu paciente, utilizando técnicas e recursos atualizados e consagrados pela ciência médica. Saliente-se que o indivíduo não habilitado que exercer a profissão, como curandeiros e charlatões, não respondem por atos que dizem respeito ao exercício da medicina, mas respondem por outro tipo de ilícito.

A culpa é o erro de conduta, moralmente imputável. A culpa *latu sensu* abrange o dolo, o qual seria a prática de uma conduta (omissiva ou comissiva) por sua própria vontade, esperando o resultado alcançado, e o dolo eventual, o qual se caracteriza quando se assume o risco de que determinado resultado seja alcançado, mesmo não querendo atingi-lo, ao praticar determinada conduta. Quanto à culpa *strictu sensu* podemos afirmar que é aquela em que o agente não desejava o

⁶⁷ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 652.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 652.

⁶⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 43.

resultado, porém o causou, agindo o profissional com negligência, imprudência ou imperícia.

Giostri⁷⁰ pondera que a culpa médica é classificada como espécie de culpa profissional e dela resulta a responsabilidade civil profissional, a qual surge da transgressão de um dever jurídico preexistente e consiste na obrigação de ressarcir o prejuízo causado ao paciente, por meio de indenização. Ressalta, porém, que, na responsabilidade civil dos médicos, não é possível distinguir, no campo prático, a culpa profissional, da culpa comum, uma vez que os princípios gerais relativos à individualização da culpa são aplicáveis à atividade profissional dos médicos.

A culpa médica supõe a inobservância de um dever que o agente tinha a possibilidade de conhecer ou acatar. Castro⁷¹ afirma que a culpa médica possui uma fisionomia peculiar e esta se dá em função dos caracteres próprios da arte médica e por lidar tão proximamente com a vida, saúde e morte do ser humano.

Dessa forma, quando o agir do médico estiver imbuído da falta de diligência e da inobservância das normas de conduta estará caracterizada a culpa, dando nascença às suas três modalidades, a saber: a imperícia, a imprudência e a negligência.⁷²

Genival França bem conceitua essas três modalidades da culpa:

Imprudente é o médico que age sem cautela necessária. É aquele cujo ato ou conduta são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração. A imprudência tem sempre caráter comissivo [...] A imprudência anda sempre com a negligência como faces de uma mesma moeda: uma repousando sobre a outra.

A negligência caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo. [...]

Entende a doutrina que imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica. Chama-se ainda imperícia a incapacidade ou inabilitação para

⁷⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 36.

⁷¹ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005. p. 46.

⁷² GIOSTRI, op. cit., p. 39.

exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou pela ausência de conhecimentos rudimentares exigidos numa profissão”⁷³.

Quanto à negligência⁷⁴, vejamos os julgados abaixo:

[...] Os elementos de informação trazidos aos autos permitem notar a inobservância de cuidados mínimos exigidos em situações como as verificadas no caso. O médico requerido agiu com culpa, na modalidade negligência, eis que não agiu com o cuidado necessário que o caso exigia.⁷⁵

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido.⁷⁶

A respeito da imperícia, Giotri⁷⁷ e França⁷⁸ acreditam que o uso do termo imperícia não seria correto no caso dos profissionais médicos. Giotri afirma que o emprego do termo “incapacidade técnica” seria mais adequado, pois se o médico está legalmente habilitado por um diploma, não quer dizer que esteja capacitado tecnicamente para todas as demandas de uma profissão tão ampla como é a Medicina.

Vejamos jurisprudência a respeito de caso de imperícia:

[...] Evidente o encargo de atenção que norteia a relação entre o paciente e o médico. No presente caso, restou demonstrada a falta de perícia da profissional, na medida em que diante da narrativa dos sintomas, deixou de realizar exame oftalmológico específico, caracterizando o exercício

⁷³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 219 e 225.

⁷⁴ Helio Gomes cita exemplos de negligência como: erros de doses que revelam simples falta de atenção, mas não sejam de natureza grosseira e de consequências fatais; o abandono do cliente ainda necessitado de assistência; esquecer o material cirúrgico no campo operatório. (GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 653).

⁷⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 7643420098260369 SP**. 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 27/10/2011, Data de Publicação: 08/11/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo De Instrumento 818.144 SP**. Terceira Turma, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 08/10/2007, Data de Publicação: 05/11/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

⁷⁷ GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 39.

⁷⁸ FRANÇA, op. cit., p. 225.

inadequado da atividade médica e frustrando a expectativa de tratamento e diagnóstico imediato [...].⁷⁹

A culpa médica, entretanto, é de difícil comprovação, tendo em vista que se reveste de características demasiado técnicas em geral. Fradera⁸⁰ enumera os obstáculos existentes para a comprovação da culpa médica, como sendo:

- a) a natureza confidencial das relações médico-paciente;
- b) o silêncio daqueles que assistem ou que participam do ato médico;
- c) aspecto demasiado técnico da maioria das culpas médicas danosas.

Tendo em vista que existem diferenças na capacidade probatória dos fatos entre paciente e médico, o Juízo deve ter discernimento nas demandas judiciais, distribuindo entre as partes o ônus probatório conforme a capacidade de cada uma. Essa atribuição do ônus da prova deve orientar-se pela disponibilidade ou melhores condições da prova mais útil ou hábil.⁸¹ O médico, por ser o maior responsável pelas informações registradas deve conservá-las, registrando documentalmente e arquivando provas técnicas ou científicas, como prontuário médico, ficha de história clínica do paciente, exames.

A respeito da apuração da culpa médica, Ruy Rosado de Aguiar Jr. afirma:

[...] A sua apuração obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabiam dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não observou,

⁷⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS RESULTANTES DA NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA MÉDICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO QUE DEFENDE A CONDUTA CORRETA DA MÉDICA NO ATENDIMENTO DA PACIENTE. DEMONSTRADA A NEGLIGÊNCIA MÉDICA QUE GEROU PREJUÍZO À SAÚDE DA AUTORA E PREOCUPAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA E FIXADA EM VALOR EQUILIBRADO. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 232298120038260196 SP**. 10ª Câmara de Direito Privado, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 31/07/2012, Data de Publicação: 03/08/2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012).

⁸⁰ FRADERA, Vera Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 55, p.116-139, 1992. p. 124.

⁸¹ FARAH, Elias. Atos médicos- Reflexões sobre suas responsabilidades. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 13, n. 25, p. 140-196, jan./jun. 2010. p. 156.

agiu com culpa. Essa culpa tem que ser certa, ainda que não necessariamente grave [...].⁸²

A culpabilidade médica somente poderá ser presumida em caso de erro grosseiro, de negligência, de imprudência ou de imperícia demonstrados, sendo imprescindível, caso contrário, prova irrefutável de culpa, conforme julgados abaixo:

Ementa: INDENIZACAO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MEDICO. OBRIGACAO DE MEIO. AUSENCIA DA PROVA DO AGIR CULPOSO. AUSENTE PROVA ROBUSTA DO AGIR CULPOSO DO MEDICO, POR IMPRUDENCIA, NEGLIGENCIA OU IMPERICIA, NAO HA FALAR EM OBRIGACAO DE INDENIZAR OS DANOS ALEGADOS, MAXIME QUANDO A PROVA PERICIAL CORROBORA A VERSAO DO REQUERIDO ASSENTANDO TER SIDO O PROCEDIMENTO ADOTADO O INDICADO E USUAL NAQUELAS CIRCUNSTANCIAS. APELO IMPROVIDO.⁸³

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MEDICO. PROVA CONDUCENTE A DUVIDA INVENCIVEL ACERCA DO NEXO DE CASUALIDADE ENTRE O ATO CIRURGICO, QUE SEGUIU TECNICA ACONSELHAVEL PARA O CASO, E O SURGIMENTO DE FISTULA PROSTATO-RETAL, APONTADA COMO DECORRENTE DE ERRO DO CIRURGIAO. POSSIBILIDADE DO APARECIMENTO ESPONTANEO DA FISTULA EM PACIENTES ACOMETIDOS DE CANCER PROSTATICO, SE INVASIVO DE AREAS ADJACENTES, COMO E A DO CANAL RETAL, SEGUNDO O TESTEMUNHO DE ESPECIALISTAS. APELO DO REU QUE E PROVIDO PARA JULGAR-SE IMPROCEDENTE A Acao, PREJUDICADO O DO AUTOR.⁸⁴

Em relação ao dano, em casos de responsabilidade, o médico será obrigado a indenizar quando produzir ação ou omissão que gere dano indenizável, ou seja, que provoque dano civilmente relevante. Sem tal dano, não surge para o médico a obrigação indenizatória.

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.⁸⁵

⁸² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 37-38.

⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 599247830**. Quinta Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 21/10/1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 597185529**. Quinta Câmara Cível, Relator: Sérgio Pilla da Silva, Julgado em 21/05/1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro-Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7, p. 58.

O dano provocado por médico que pode gerar indenização nasce da conexão entre o fato antijurídico (descumprimento dos deveres de aconselhamento, cuidado, abstenção de abuso ou desvio de poder, erro técnico culposo ou fato de terceiro pelo qual responda o facultativo), a ele imputável a título de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), e o resultado danoso (patrimonial ou extrapatrimonial)⁸⁶.

Contudo, é imprescindível a verificação efetiva se o dano ocorrido foi causado pelo ato do médico ou se adveio por evolução natural de enfermidade, uma vez que apenas na hipótese primeira é que se terá erro médico, estabelecendo, dessa forma, o nexo de causalidade, essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO FATO DE OUTREM E PELO FATO DA COISA

Além da responsabilidade por ato próprio, o médico também responde por ato de outrem ou pelo fato da coisa.

Segundo Giotri⁸⁷, hoje em dia, com a evolução tecnológica e o progresso da medicina, surgiu a necessidade de formação de equipes, incidindo, em razão disso, a responsabilidade por fato de outrem, tendo em vista a idéia de que o cirurgião é o chefe da equipe e responsável único, posicionamento este que vem se modificando sensivelmente, em especial na pessoa do anestesista e no caso de substituição entre profissionais. Quanto ao pessoal auxiliar, se o exercício funcional destes integrar a obrigação que o médico deve ao paciente em virtude de um contrato, e estes auxiliares estiverem diretamente sob sua ordem, então, este responderá pela culpa de seus contratados, os quais possuem direito a posterior ação de regresso, nos casos em que o culpado esteja claramente identificado.

Essa posição está assentada no Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado abaixo:

⁸⁶ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005. p. 28.

⁸⁷ GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 45.

Dependendo das circunstâncias de cada caso, o médico chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento de vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem.⁸⁸

Aplica-se ao caso a Súmula 314 do STF, nos seguintes termos: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Aliando essa súmula com o artigo 933 do Código Civil, podemos concluir que o médico responde independentemente de culpa se terceiro agindo sob suas ordens cometeu ato culposo. Porém, o médico tem direito a ação de regresso contra o preposto ou empregado.

Diferente decisão ocorre no caso do médico anestesista. Este que hoje ocupa posição de destaque no ato cirúrgico, em igualdade com o cirurgião, atua como profissional autônomo, no âmbito da sua especialidade, sendo responsabilizado individualmente pelo evento que deu causa. Vejamos posicionamento do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO. CULPA MANIFESTA DO ANESTESISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CHEFE DA EQUIPE E DA CLÍNICA. “[...] Em regra, o cirurgião chefe dirige a equipe, estando os demais profissionais, que participam do ato cirúrgico, subordinados às suas ordens, de modo que a intervenção se realize a contento. No caso ora em análise, restou incontroverso que o anestesista, escolhido pelo chefe da equipe, agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, motivo pelo qual não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava o anestesista diretamente subordinado. Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, §1º, CDC.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 200.831**. 4ª Turma. Relator: Ministro Barros Monteiro, Data de Julgamento: 08.05.2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 605435**. 4ª Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 22/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

Entende Giostri⁹⁰ que não há como se justificar uma “responsabilidade bipartida” entre o cirurgião e o anestesiológico, em razão de que as consequências do ato cirúrgico são diferentes do ato anestésico, sendo perfeitamente plausível saber qual ato causou o dano.

Da mesma forma pensa Cavalieri Filho:

Se atuam como profissionais autônomos, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo por seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade [...].⁹¹

No caso de substituição entre profissionais, ou seja, quando o responsável contratual subordinar terceiro para a execução total ou parcial do feito, estamos diante de uma responsabilidade contratual pelo fato de outrem.

Giostri examina as seguintes situações em que pode ocorrer a substituição entre médicos:

1. Um médico (A) é substituído por outro (B), atuando este de forma independente, diretamente vinculado ao doente. Em ocorrendo erro, não deve haver responsabilidade para o médico (A), visto não existir nenhum tipo de relação entre os dois profissionais. 2. Um médico (A), necessitando valer-se de um colega de profissão (B), subordina a atuação deste à sua direção. Incidindo o colega substituto (B) em culpa, resultará, para o primeiro (A), responsabilidade por fato de outrem.⁹²

Há, ainda, a responsabilidade do médico pelo fato da coisa. O médico, ao exercer sua profissão, utiliza instrumentos ou aparelhos para poder desempenhar suas atividades, as quais muitas vezes não poderiam ser realizadas sem a utilização destes. Com base na liberdade que o médico possui para escolher, de acordo com seus conhecimentos e sua consciência, o melhor tratamento e a melhor aparelhagem ou a mais adequada para a cura ou melhora de seu paciente, é que sobreveio o entendimento de que o médico responde pelo fato da coisa.

⁹⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 49-50.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 277.

⁹² GIOSTRI, op. cit., p. 45.

A referida responsabilidade ocorre quando há a má utilização de um instrumento, já que o uso do objeto se confunde com o ato médico, visto que este deveria saber utilizá-lo. Há, também, a hipótese de ocorrência de acidente, fato distinto ao ato médico, em que a causa esteja ligada a vício ou defeito no aparelho, devendo o médico responder independentemente de culpa, uma vez que ao utilizá-lo estava garantindo, contratualmente, ao paciente, a segurança no seu uso.⁹³

3.2 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico pode ser contratual ou extracontratual. A distinção entre uma e outra responsabilidade civil, entretanto, do ponto de vista prático e perante a legislação não possui maior relevância, pois, para ambas, há a necessidade de demonstração da culpa.

Para Cavalieri⁹⁴ as discussões a respeito da natureza jurídica da responsabilidade médica, se contratual ou extracontratual perdeu relevância após a criação do Código do Consumidor. Em sua opinião, a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar, a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, em hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc.

Rodrigues⁹⁵ julga ser a responsabilidade dos médicos de natureza contratual, porém acentua que a vantagem de colocar a responsabilidade do médico no campo do contrato é limitada, pois se o paciente vem a falecer, não significa que houve inadimplemento do contrato, pois o médico não assume a obrigação de curar o paciente. Assim, para que haja responsabilidade, o doente ou seus herdeiros devem

⁹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 57.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 370.

⁹⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. **Responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 248.

demonstrar que o “resultado funesto” derivou de negligência ou imprudência do profissional.

Ainda assim, a posição dominante em relação à natureza jurídica da responsabilidade médica sustenta que há um vínculo contratual entre o médico e seu paciente.

Em um contrato médico, as partes contratantes podem opor cláusulas de acordo com suas vontades, observadas as disposições legais e as normas contidas no Código de Ética Médica ou em regulamentos que disciplinam a atividade médica.

Ainda que o contrato seja tácito ou verbal, efetivado quando as partes realizam atos que fazem deduzir sua existência, o médico obriga-se a empregar todo o seu conhecimento técnico, diligência e perícia com o fito de obter o restabelecimento do paciente.

Quanto aos tipos de contrato médico, ressalta Giostri⁹⁶ que a forma mais adequada para tipificar a relação médico-paciente é a adoção do contrato *sui generis*⁹⁷, uma vez que se trata de um contrato diferente dos demais tipos. Contudo, independentemente dessas variações de contrato, algumas particularidades são constantes em todas elas, senão vejamos:

- a) É um contrato *intuitu personae*, ou seja, um ato de confiança para as duas partes;
- b) É um contrato que pode ser rescindido por ambas as partes. Ao médico lhe é facultado desistir livremente do contrato, contanto que sua atitude não traga prejuízo ao paciente e que a ele esteja assegurada a continuidade dos cuidados que lhe são necessários;

⁹⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 62-64.

⁹⁷ Contrato *sui generis* é o contrato que não está expressamente na lei, tendo em vista que suas normas não se enquadram naquelas previstas na lei, devido à natureza da diferenciada da relação entre médico e paciente.

- c) É um contrato contínuo, uma vez que se realiza dentro de um espaço de tempo. Para que seja elaborado o diagnóstico e posteriormente feito o tratamento, é preciso um determinado lapso de tempo;
- d) Comporta obrigações recíprocas, ou seja, o facultativo compromete-se a despender seus cuidados ao paciente, enquanto este se incumbe de remunerá-lo. Assim, é um contrato sinalagmático e a título oneroso;
- e) A área de atuação ou do negócio jurídico é civil, uma vez que não possui caráter comercial o contrato médico.
- f) A forma do contrato é livre e não formal, normalmente.

Importante observar que o objeto do contrato não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados, considerando-se contrário ao costume e à ética profissional assegurar determinado resultado ao cliente, exceto em relação à cirurgia plástica com fins estéticos.⁹⁸

Dias firma o entendimento que a responsabilidade do médico é contratual apenas nos casos em que há convenção, o que não importa exigir estipulação escrita. Cita o exemplo de chamado de paciente, seguido da visita do médico, o qual já estabelece o contrato, seja diretamente com o enfermo, seja com pessoa de sua família ou qualquer outra.⁹⁹

Porém, há casos em que a responsabilidade do médico pode ser considerada extracontratual. Giostri enumera algumas possibilidades, como:

- 1) Quando a prestação profissional ocorrer em uma situação de emergência, sem que tenha ocorrido um acordo prévio de vontades entre o médico e o paciente.
- 2) No caso de atendimento médico a incapaz de fato, sem poder se comunicar com seu representante legal.
- 3) Quando o ato foi desenvolvido contra a vontade do paciente.
- 4) no caso de serviços médicos requeridos por pessoa diversa do paciente, sempre que aquela não se apresente como representante legal.
- 5) quando o ato médico configurar um delito penal proveniente de dolo.
- 6) quando o contrato celebrado entre médico e paciente for nulo.
- 7) no caso de atendimento médico por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracterizando responsabilidade objetiva para a entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional.
- 8) no caso de responsabilidade extracontratual em relação a terceiros, como por exemplo, herdeiro que se apresenta em nome próprio para reclamar reparação por prejuízo pessoal.

⁹⁸ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2, p. 284.

⁹⁹ Ibidem, p. 310.

9) no caso de dano causado à vítima fora da órbita do contrato, como um incêndio no consultório ou prejuízos provenientes de uma visita médica.¹⁰⁰

Borba considera que os casos de falta de contrato são, na verdade, numerosíssimos¹⁰¹. Entende que admitir como princípio que a responsabilidade é contratual e ao mesmo tempo aceitar casos em que é extracontratual significa usar critérios jurídicos distintos para uma mesma responsabilidade. Afirma que os dois tipos de responsabilidade são iguais, tendo ou não origem em um contrato, uma vez que impõe obrigações inerentes ao exercício da medicina.¹⁰²

A respeito da diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual, Aguiar Jr. sustenta que a principal seria a carga da prova atribuída às partes:

Na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexó de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus.¹⁰³

Na prática, tal diferenciação apenas possui significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio:

¹⁰⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 60.

¹⁰¹ “los casos de falta de contrato, que se consideran excepcionales, son em verdade numerosísimos. Cuando um enfermo se interna en un hospital público, no conoce al médico que lo trata o interviene quirúrgicamente, no paga honorarios, no cruza una palabra con él. Cómo puede hablarse de contrato? Lo mismo ocurre con las obras sociales pagas, hoy enormemente difundidas. Se dirá quizá que em este caso hay un contrato con la obra social, lo que es cierto; pero lo que ocurre es que no estamos considerando la responsabilidad de la obra social, sino la del médico que há actuado. Y esse médico no está ligado al enfermo con ningún vínculo contractual.” (BORDA, Guillermo A. *Natureza jurídica de la responsabilidad médica*. In: TRIGO REPRESAS, Félix A. **Responsabilidad civil**: doctrinas esenciales 1936-2007. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 57-58).

¹⁰² “admitir como princípio que la responsabilidad es contractual y al mismo tiempo, aceptar que hay algunos casos en que es extracontractual, significa juzgar con reglas y criterios jurídicos distintos, una responsabilidad idêntica. La que pesa sobre un médico que atende em su consultorio u opera al paciente, después de convenir con él, el momento de la operación, el sanatorio donde tendrá lugar la operación y los honorarios que se le pagarán, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que examina y trata a un enfermo de hospital o al obrero de una compañía o de una obra social o que interviene quirúrgicamente al accidentado sumido en un estado de inconsciencia. Esta responsabilidad es la misma, tenga o no origen en un contrato, puesto que está impuesta por obligaciones inherentes al ejercicio de la medicina. Se trata, pues, de una responsabilidad profesional.” (Ibidem, p. 58).

¹⁰³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 35.

- a) Obrigação de meios seria aquela em que o profissional assume prestar um serviço com atenção, cuidado e diligência exigidos de sua profissão;
- b) Obrigação de resultado é aquela em que o médico se compromete a realizar determinado fim.

Assim, tanto na responsabilidade extracontratual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meios, o paciente deve provar a culpa do médico. No primeiro caso, porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia, causando um ilícito absoluto; e no segundo caso, porque descumpriu com sua obrigação de atenção e diligência, estabelecida no contrato.¹⁰⁴

Theodoro explica porque se deve provar a culpa na responsabilidade contratual médica, afirmando que a situação da prova no caso de prestação de serviços médicos é diferente, em razão da natureza especial da obrigação contraída. Não basta ao ofendido demonstrar a lesão que lhe adveio do tratamento médico. É essencial a prova da culpa in concreto, a qual será configurada quando os serviços forem prestados fora dos padrões técnicos, sendo o fato constitutivo do direito do autor o desvio de conduta técnica cometido pelo médico. Theodoro explica que esse desvio é uma “situação anormal dentro do relacionamento contratual”. Sendo assim, não há como prevê-lo, devendo o autor provar a culpa.¹⁰⁵

Em geral, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar em inadimplemento contratual. Assim, a responsabilidade médica, mesmo sendo contratual, é subjetiva e com culpa provada. Cabe ao paciente demonstrar que o resultado danoso do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.

¹⁰⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 35.

¹⁰⁵ “a ruína da saúde do cliente do médico não se equipara a ruína do prédio que o engenheiro construiu para seu cliente. Este se comprometeu a construir um edifício sólido. Se a obra ruiu, a culpa está evidenciada pela própria ruína, vale dizer, o engenheiro não cumpriu, a contento, a prestação que lhe cabia. Já o médico não se obrigou a curar o paciente, embora esteja obrigado a empenhar-se em tal propósito” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4. ed. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2001. p. 72).

3.2.1 Obrigação de meio

A divisão das obrigações entre de meio e de resultado é atribuída a René Demogue, em seu “*Traité des obligations en général*” editado em 1931¹⁰⁶, alegando que a obrigação assumida pelos médicos deve ser de meio.

Stoco¹⁰⁷ esclarece que Demogue afirma que há obrigação de meios quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado.

Nas obrigações de meios não se fala em adimplemento quanto aos fins do tratamento, pois ao médico, cabe, apenas, dispensar ao paciente os melhores cuidados da sua ciência para curá-lo.¹⁰⁸

Entretanto, Iturraspe¹⁰⁹ critica tal classificação afirmando que essa distinção não favorece a tutela do consumidor de serviços. Classificar a obrigação como de meio parece desvincular o dever do devedor do compromisso de alcançar um resultado de interesse do credor, o qual está juridicamente protegido. Insistir que em toda a obrigação credor e devedor tem em vista a produção de um resultado não é uma questão meramente teórica, uma vez que até mesmo nas obrigações de meios, o devedor somente irá cumpri-la se prestar a “*actividad diligente debida*”.

No presente estudo, adotar-se-á a distinção entre obrigações de meio e resultado, uma vez que geram diferentes consequências jurídicas.

¹⁰⁶ DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1931. t. 6, p. 184. *apud* STOCO, Rui. A teoria do resultado à luz do Código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 200-220, abr./jun. 1998.

¹⁰⁷ STOCO, Rui. A teoria do resultado à luz do Código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 200-220, abr./jun. 1998. p. 201.

¹⁰⁸ FARAH, Elias. Atos médicos: reflexões sobre suas responsabilidades. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 13, n. 25, p. 140-196, jan./jun. 2010. p. 143.

¹⁰⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ed. especial, p. 250-252, mar. 1998.

Na obrigação de meio a culpa é o elemento primordial para que haja indenização por responsabilidade civil do médico, pois sua função é fornecer o melhor tratamento ao paciente, sem obrigar-se a curá-lo.

Como bem define Kfoury¹¹⁰, na infração a um dever de meios, há culpa a ser provada pelo autor (paciente ou familiares), incidindo as regras da responsabilidade subjetiva. O médico, nesses casos, defende-se sob a alegação de cumprimento rigoroso das regras da medicina e da inexistência de nexos causal entre sua conduta e o dano.

A obrigação é de meio, segundo Aguiar Jr.:

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado [...] Na obrigação de meios, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.¹¹¹

Somente pode-se dizer que haverá inadimplemento, e conseqüente o dever de indenizar, se a atividade médica for mal desempenhada, tendo em vista que o devedor está vinculado a agir com diligência e empregar a técnica mais adequada para atingir a meta esperada, sem estar obrigado a atingir tal resultado.

De acordo com a jurisprudência pátria e doutrina, a obrigação do médico em geral é classificada como de meios, não de resultado. Em razão disso, depreendem-se algumas conseqüências, de acordo com Miguel Kfoury Neto¹¹² o médico não é responsabilizado pelo insucesso da terapia, se utilizou todos os meios disponíveis e, mesmo assim, a cura não ocorreu; a prova da culpa do médico é atribuída àquele que busca a indenização (a própria vítima ou seus familiares); por se vincular a uma obrigação de meio, quase sempre milita em favor do médico uma presunção de que

¹¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa 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: Revista dos Tribunais, 2002. p. 227.

¹¹¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 35.

¹¹² KFOURI NETO, op. cit., p. 229-331.

o dano teria ocorrido de qualquer modo, desencadeado por uma causa inteiramente alheia à vontade do profissional e superior às forças deste, para tentar evita-la.

De acordo com esse posicionamento, então, o médico não fica obrigado a curar o paciente. Deve, sim, agir com o máximo de cuidado e diligência – tanto no diagnóstico como no tratamento em geral, devendo utilizar as técnicas e métodos corretos condizentes com sua atividade profissional.

Fradera observa que:

[...] na relação médico-paciente, tem aquele a seu cargo uma obrigação de diligência ou de meios, e não uma obrigação determinada ou de resultado. Ao aceitar assistir ao doente, assume o médico a obrigação de dar-lhe um tratamento adequado, isto é, conforme os dados atuais da ciência, segundo os recursos postos a sua disposição no local da atuação e ainda segundo as condições específicas e pessoais do doente. O médico não se obriga, portanto, a curar o doente, ele assume, isto sim, a obrigação de prestar meios adequados, de agir de maneira diligente e aplicando todos os seus conhecimentos e recursos disponíveis, a fim de obter êxito, o qual é estranho ao objeto mesmo da obrigação assumida, e, em muitos casos, v. g., em se tratando de doenças incuráveis, de antemão inatingíveis.¹¹³

A obrigação de meios é aquela que não se vincula ao resultado, mas sim ao uso de todos os esforços e aparatos técnicos que estiverem razoavelmente ao alcance do médico, uma vez que cada paciente reage de uma forma ao tratamento.

Nos contratos em que a obrigação é de meio, o objeto é a atuação zelosa e tecnicamente correta do médico, de acordo com os sintomas apresentados pelo paciente, agindo como qualquer outro médico agiria se estivesse em seu lugar, lembrando-se que a escolha do tipo de tratamento a ser utilizado é atributo do médico, o qual age com discricionariedade, ou seja, é ele que opta por este ou aquele tratamento. Dessa forma, a obrigação de indenizar se dá pela falta de utilização dos meios necessários e adequados ao tratamento e se, de sua conduta discricionária, resultou um dano ao paciente.

A jurisprudência entende que, no caso de não se ter obtido o resultado desejado, mas tendo o médico agido com prudência e perícia, utilizando

¹¹³ FRADERA, Véra Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 55, p.116-139, 1992. p. 120.

corretamente todos os meios necessários e adequados ao tratamento, este não será responsabilizado, uma vez que falta o nexo de causalidade entre o dano e o ato do médico.

Contudo, a apuração do inadimplemento nas obrigações de meio é mais complexa, em razão do regime da prova, uma vez que nas obrigações de meio o resultado não se presume. Deve o paciente, dessa forma, provar a culpa ou a relação de causalidade entre o defeito do tratamento ou a cura não atingida e os meios utilizados.¹¹⁴

3.2.2 Obrigação de resultado

A obrigação de resultado tem como objetivo o resultado, isto é, o contratante se obriga a atingir um determinado fim, a proporcionar ao paciente resultado pré-estipulado, pelo contrato ou pela natureza da moléstia ou dos serviços prestados, sob pena de inadimplemento contratual.¹¹⁵

Aguiar Jr. conceitua a obrigação de resultado como

[...] aquela em que o devedor se compromete a realizar um certo fim [...], basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independente das suas razões, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade.¹¹⁶

Na medicina há contratos que regulam obrigações de resultado como a de visita médica, a de vacinação, de transfusão de sangue, de segurança dos instrumentos usados na realização do ato médico, o raio X, os exames biológicos, laboratoriais de execução simples etc.

¹¹⁴ FARAH, Elias. Atos médicos: reflexões sobre suas responsabilidades. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 13, n. 25, p. 140-196, jan./jun. 2010. p. 146.

¹¹⁵ Ibidem. p. 143.

¹¹⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 35.

O ponto que gera maior controvérsia é o da definição da responsabilidade dos cirurgiões plásticos. Nesse sentido, a jurisprudência é farta, então vejamos o que diz o nosso Tribunal:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. PEELING. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. HIPERPIGMENTAÇÃO. RESULTADO NÃO ALCANÇADO. LESÕES NA FACE DA PACIENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. AJG INDEFERIDA. - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - Os atestados juntados não deixam dúvida de que a autora foi atendida por profissional médico vinculado à ré. Tanto é assim que os documentos estão timbrados com o nome da ré. Não há falar em ilegitimidade passiva, uma vez que a autora buscou atendimento junto a ré, ocasião em que foi atendida por profissional médico. Perante o consumidor, deve a ré responder pelo negócio jurídico entabulado, uma vez que a consulta foi realizada no seu estabelecimento. Tratando-se de contrato decorrente das relações de consumo, aplica-se a teoria da aparência, de modo que a ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, a teor do que estabelece o art. 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor. Preliminar rejeitada. - RESPONSABILIDADE CIVIL DA CLÍNICA MÉDICA A responsabilidade da clínica médica, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico, sob pena de não haver erro médico indenizável. - PROCEDIMENTO ESTÉTICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - Ao contrário do sustentado pela apelante, a obrigação assumida na espécie é de resultado, uma vez que o objetivo da paciente (autora) era melhorar a aparência a partir do procedimento ("peeling") realizado. Precedentes. - MÉRITO - Na caso, a melhora estética pretendida não foi alcançada pelo resultado insatisfatório do procedimento ("peeling") a que se submeteu a autora. Dele resultou a presença de manchas na face, que conforme a perícia são impossíveis de ser removidas. Configuração dos danos extrapatrimoniais e estéticos ressaltados na inicial. Dever de indenizar. - QUANTUM DA INDENIZAÇÃO - Redução do montante fixado na sentença, de modo a inserir-se nos valores institucionalizados pela jurisprudência desta Corte. - DANOS PATRIMONIAIS - Comprovado o dano patrimonial pela prova dos autos, deve a ré indenizar os prejuízos efetivamente suportados pelo autor, nos termos dos artigos 402 e 944 do Código Civil. - BENEFÍCIO DA AJG - Tratando-se de pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, é assente o entendimento segundo o qual a concessão da gratuidade da justiça só é admitida em casos excepcionais, quando comprovada a insuficiência financeira, não apenas da empresa, mas também de seus sócios, se for o caso. Inexistência de prova apta ao deferimento do benefício. PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.¹¹⁷

Nosso Tribunal entende que a obrigação de resultado não gera uma responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, porém com a culpa presumida, tendo em vista o disposto no artigo 14, § 4º, do CDC.

¹¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70049289143**. Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA CORRETIVA (PLÁSTICA NO ABDOMEN) E EMBELEZADORA (AUMENTO DE MAMAS). OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. 1. A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Restando comprovado nos autos que as queixas relatadas na inicial estão de acordo com os resultados usualmente obtidos em procedimento cirúrgico a que se submeteu, não há que se falar em dever indenizatório. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.¹¹⁸

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo possui entendimento diferenciado, acreditando que a obrigação de resultado enquadra-se na responsabilidade objetiva, tendo em vista que a responsabilidade se dá independentemente de culpa, não importando se o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia. O essencial, aqui, é que o médico não conseguiu alcançar o resultado prometido.

3.3 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E O CDC

O exercício da medicina pode ser caracterizado como uma verdadeira relação de consumo, estando sujeito à aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, vejamos o enquadramento legal:

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

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

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.¹¹⁹

¹¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70051716140**. Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 nov. 2012.

Analisando a linguagem do Código de Defesa do Consumidor, temos que o paciente ou usuário de serviços médicos é o consumidor, para o qual se presta um serviço, e o fornecedor é aquele profissional que desenvolve sua atividade, de forma remunerada.

Há posições contrárias¹²⁰ a essa ideia, sustentando que o trabalho autônomo dos profissionais liberais não deveria ser tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor e quanto aos médicos estritamente, argumentam que estes já são controlados por seus Conselhos Regionais e Conselho Federal de Medicina, com Códigos de conduta e de ética próprios.¹²¹

Eduardo Dantas possui o seguinte posicionamento a favor da aplicação do CDC na relação entre médico e paciente:

[...] nos parece claro que o paciente, ao contratar a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, seja ele considerado um consumidor dos serviços oferecidos por este profissional. Em contrapartida, este último, ao oferecer seus conhecimentos de forma remunerada a uma variada gama de consumidores, está se enquadrando na definição de fornecedor contida no Código de Defesa do Consumidor.¹²²

Essas considerações preliminares em relação à conceituação do exercício da medicina e à relação médico/paciente como relação de consumo assumem importância ao se analisar suas implicações na prática, podendo ser identificadas as consequências jurídicas decorrentes dessa conceituação.

Assumindo que a relação do médico com o paciente é uma relação de consumo, incide o caput do art. 14 da Lei 8.078/90, o qual defende a aplicação da Teoria da Responsabilidade Objetiva, e contém o seguinte teor:

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.

¹²⁰ COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **Instituições de direito médico**: responsabilidade civil à luz do Código Civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12-13.

¹²¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 30-31.

¹²² Ibidem, p. 33.

Já o artigo 14, § 4º do CDC¹²³ afirma que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa, sendo exceção à regra da responsabilidade objetiva. Portanto, em regra, a responsabilidade dos médicos é subjetiva, devendo haver prova da culpa.

Em relação ao ônus da prova, em geral, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que à parte adversa cabe provar a existência de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo das pretensões imputadas a ele.

Tendo isso em vista, sendo a obrigação do médico, em geral, de meio, cabe ao credor comprovar que o devedor não foi suficientemente diligente a ponto de utilizar todos os meios disponíveis para que houvesse adimplemento da obrigação. Assim, o paciente insatisfeito deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o médico deve fazer prova dos fatos capazes de isentá-lo da responsabilidade.¹²⁴

Sendo uma obrigação de resultado, a insatisfação com relação ao fim atingido pode ser suficiente para demonstrar o descumprimento da obrigação, importando, nesse caso, o não cumprimento do objetivo contratado, independentemente da diligência e do correto emprego das técnicas. Cabe ao médico, devedor, demonstrar o caso fortuito ou força maior que impediram o alcance do resultado.¹²⁵

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII¹²⁶, admite a inversão do ônus probatório, a cargo do juiz, se considerar o consumidor hipossuficiente ou verossímeis suas alegações, como forma de evitar a vantagem que o fornecedor de produtos e serviços possui no mercado de consumo, sendo que a hipossuficiência não necessita possuir um caráter econômico. Há casos em que o

¹²³ Artigo 14, §4º CDC (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 nov. 2012).

¹²⁴ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 49.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁶ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 nov. 2012).

fornecedor ou prestador do serviço está mais habilitado a demonstrar que o resultado indesejado não é resultante de sua atividade, sendo assim uma hipossuficiência técnica do credor.¹²⁷

Nesse sentido:

[...] Perfeitamente aplicável ao caso em tela o código de defesa do consumidor, bem como cabível a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, desse microsistema, diante da hipossuficiência técnica da parte autora em comprovar o suposto erro médico relatado na peça vestibular.¹²⁸

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. ÔNUS DA PROVA. BRAÇO FRATURADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. A relação entabulada entre o médico e paciente está albergada pela legislação consumerista, pois a paciente não possui conhecimentos técnicos. Inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do CDC). Hipótese em que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, cabendo ao profissional da medicina empregar o tratamento adequado, de acordo com o estágio atual da ciência, e, evidentemente, os recursos disponíveis. [...] o contexto probatório é suficiente para demonstrar que o profissional da medicina não aplicou a melhor técnica para tratar a fratura. Afora isto, o profissional da medicina não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o gesso foi colocado de forma adequada no braço da paciente..¹²⁹

¹²⁷ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 50.

¹²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70039308655**. Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/03/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹²⁹ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. ÔNUS DA PROVA. BRAÇO FRATURADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. A relação entabulada entre o médico e paciente está albergada pela legislação consumerista, pois a paciente não possui conhecimentos técnicos. Inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do CDC). Hipótese em que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, cabendo ao profissional da medicina empregar o tratamento adequado, de acordo com o estágio atual da ciência, e, evidentemente, os recursos disponíveis. FRATURA. SÍNDROME DE VOLKMANN. TRATAMENTO INADEQUADO. SEQUELA FUNCIONAL GRAVE. Na espécie, a paciente foi submetida a um procedimento cirúrgico para colocação de fios de Kirschner no cotovelo fraturado. A análise sistemática do caderno probatório não deixa dúvidas de que após a realização do procedimento cirúrgico para colocação dos pinos e de aparelho gessado houve uma mudança sintomatológica do quadro clínico da paciente, com dor intensa, perda de sensibilidade e de movimento dos dedos. A prova oral corroborou a versão da inicial de que o gesso colocado no braço da paciente estava muito apertado. Assim, diante da teoria da verossimilhança preponderante, o contexto probatório é suficiente para demonstrar que o profissional da medicina não aplicou a melhor técnica para tratar a fratura. Afora isto, o profissional da medicina não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o gesso foi colocado de forma adequada no braço da paciente. No caso dos autos, restou evidenciado que o médico foi imprudente e negligente no tratamento dispensado a paciente, isto porque, os sintomas apresentados indicavam para um diagnóstico de Síndrome de Volkmann. Na espécie, restaram bem delineados os pressupostos da responsabilidade civil do profissional da medicina. DANOS MATERIAIS. DESPESAS COM TRATAMENTO. Os gastos relacionados com o tratamento para o restabelecimento da condição física da paciente e para a melhora da sua mobilidade motora de extensão do membro superior

Assim, demonstra-se cabível a inversão do ônus da prova, uma vez que o profissional possui conhecimento técnico científico, possuindo o maior número de dados sobre o fato, devendo, dessa forma, levá-los ao processo para fazer prova da correção do seu comportamento.

devem ser custeadas pelo profissional da medicina, nos termos do art. 461, do CPC. PENSIONAMENTO. BASE DE CÁLCULO. Na esteira do art. 1.539, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, se a ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido reste diminuído em sua capacidade laboral, a indenização compreenderá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Pensão mensal e vitalícia devida a partir do momento em que a paciente completar quatorze anos de idade, cujo valor corresponde ao percentual de redução da função do membro fraturado. As prestações vincendas devem ser corrigidas pelos mesmos índices de reajustes utilizados para corrigir os depósitos da caderneta de poupança, pois a paciente não pertence a nenhuma categoria profissional. Deve o obrigado constituir capital, como forma de garantir o pensionamento, nos termos do artigo 475-Q do Código de Processo Civil. DANOS MORAIS: São in re ipsa, pois decorrente do sofrimento pela redução da mobilidade motora de extensão do braço direito. Quantum arbitrado, considerando os nortes instituídos pela doutrina e pela jurisprudência, sopesando, no caso concreto, a extensão do dano correspondente a seqüela grave no membro superior. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70032959579**. Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A cirurgia plástica é uma especialidade médica bem definida, reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e Associação Médica Brasileira, tendo seu conjunto de conhecimentos científicos e de aplicações teóricas e práticas regulamentado no curso médico de graduação e em cursos de pós-graduação do tipo *latu sensu*, compreendendo residência médica e especialização, bem como cursos de mestrado e doutorado.

De acordo com Resolução CFM 1.621 de 16.05.2001¹³⁰ a cirurgia plástica é especialidade médica reconhecida mundialmente e visa tratar doenças e deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas consequências, objetivando beneficiar os pacientes visando à melhoria da sua qualidade de vida.

Quando falamos em cirurgia plástica temos, basicamente, duas modalidades, as quais devem ser distinguidas: a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética/embelezadora. A primeira visa corrigir deformidade física congênita ou traumática. Nesses casos o médico nem sempre pode garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito, sendo sua obrigação de meios. Já a segunda tem como o objetivo a melhora da aparência ou correção de alguma imperfeição do paciente, assumindo o médico uma obrigação de resultado.

Dias julga que a cirurgia plástica é tão importante quanto qualquer outro ramo da medicina por ser uma questão de saúde. Vejamos:

Não é sempre que a vaidade ou o luxo determina o objeto da intervenção estética, pois é pura exigência da saúde pretender alguém desfazer-se de uma fonte de depressão psíquica. Não tem razão, pois, os que censuram a medicina por se pôr a serviço da beleza, acusando-a de emparelhar-se com o charlatanismo. Bem ao contrário, a medicina e a cirurgia confinam, nesse caso, de maneira grandiosa, com a missão de restituir à vida, à alegria e ao amor quem deles andava apartado por ter nascido defeituoso ou defeituoso ter ficado em virtude de um desastre ou crime.¹³¹

¹³⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.621/2001**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹³¹ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 309.

Kfoury¹³² entende que saúde deve ser compreendida como bem-estar não somente físico, mas também psíquico e social. Julga que a cirurgia estética tem um lado curativo, uma vez que esta pode amenizar ou eliminar um mal-estar psíquico ou moral.

Ademais, quanto ao risco da realização da cirurgia estética, nesta podem ocorrer reações imprevisíveis do corpo humano ou consequências indesejadas, como em qualquer outra cirurgia. Portanto, o médico que, conhecendo o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera obter, executa tal intervenção, deve ser responsabilizado, ainda que tenha havido o consentimento do paciente.¹³³

Da mesma forma pensa Dias, entendendo que há limites de proporcionalidade que devem ser priorizados de modo que não se assuma um risco muito grande para a obtenção de resultado pouco garantido. Para ele, a cirurgia estética deve ser vista do ponto de vista subjetivo. Embora reconhecida a necessidade da operação, deve o médico recusar-se a ela, se o perigo da intervenção é maior que a vantagem que poderia trazer ao paciente, competindo ao médico provar que existia esse estado de necessidade e que a operação, normalmente encarada, não oferecia riscos desproporcionais ao fim colimado.¹³⁴

Segundo a Resolução 1621 CFM de 2001, a obrigação do cirurgião plástico deve ser considerada sempre de meio e não de resultado. Vejamos redação do art. 4º da referida resolução:

Art. 4º - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado;¹³⁵

¹³² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 162.

¹³³ Ibidem, p. 162.

¹³⁴ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 309-310.

¹³⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.621/2001**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

Assim, é essencial diferenciar os tipos de cirurgia plástica para ser possível a análise mais aprofundada da questão da responsabilidade do cirurgião plástico, assumindo este uma obrigação de meio ou de resultado.

4.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO

Como bem explicita Kfoury¹³⁶ há especialidades que configuram, com absoluta clareza, obrigações de meios ou obrigações de resultado. Outras há, todavia, nas quais esse enquadramento revela-se nebuloso, como é o caso da cirurgia plástica, por exemplo.

Anteriormente, considerava-se adimplido o contrato se o médico houvesse aplicado todo seu conhecimento e sua técnica, tendo em vista que as obrigações médicas eram vistas apenas como de meios. Assim, toda indenização dependia da prova da culpa, aliada ao dano e ao nexo de causalidade, competindo à vítima o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, mesmo sendo a parte hipossuficiente da relação.

Entretanto, tal situação sofreu profunda modificação com o desenvolvimento da Medicina e com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual protege a parte mais fraca da relação. Assim, principalmente em relação à cirurgia estética, se o médico assegura a obtenção de um resultado e não o atinge, caracteriza-se o inadimplemento contratual, devendo o médico ser responsabilizado, sem a verificação da culpa, pois o próprio inadimplemento do contrato é suficiente para haver a responsabilidade civil do médico.

Para Alexandre Gomes¹³⁷, devido à natureza contratual da responsabilidade afasta-se a incidência do disposto no art. 14, § 4º, do CDC. Isso porque, referindo-se à verificação de culpa, condiciona-se às responsabilidades advindas de relações

¹³⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 166.

¹³⁷ GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas.p. 741-754. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais Responsabilidade civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5, p. 748.

extracontratuais, não se aplicando às relações contratuais, pois a responsabilidade advinda destas decorre do próprio inadimplemento, independente de culpa.

Já Cavalieri¹³⁸, pensa no sentido de que o artigo 14, §4º, do CDC não impede que a obrigação dos cirurgiões estéticos seja de resultado, uma vez que, a obrigação de resultado inverte o ônus da prova quanto à culpa, sendo que a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida.

A cirurgia plástica pode ser de duas naturezas jurídicas distintas: a cirurgia plástica estética, em que o paciente é saudável e pretende apenas melhorar sua aparência, e a cirurgia plástica reparadora, em que se busca corrigir lesões congênitas ou adquiridas.

Essa diferenciação é de extrema importância para se verificar a natureza da obrigação do médico, isto é, de que forma este se obrigou na relação.

4.1.1 Cirurgia Plástica Reparadora

Esta modalidade de cirurgia plástica é também chamada de cirurgia terapêutica ou recuperadora, e tem por finalidade reparar enfermidades, nascidas com o indivíduo ou geradas por acidente de qualquer natureza.

Essa modalidade de cirurgia plástica, de acordo com Rui Stoco¹³⁹, é considerada tão necessária e imprescindível quanto às demais intervenções cirúrgicas devido à sua finalidade terapêutica. É claro que aliada à essa finalidade terapêutica está a busca pela estética, tendo em vista que deformidades físicas desagradam quem as possui. Giostri fornece exemplos de casos de defeitos congênitos ou adquiridos:

Os enxertos reparadores em pacientes com deformidade cicatricial, especialmente os queimados, a correção de lábio leporino ou de fissura palatina, as osteotomias de recomposição plástica após consolidação

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 281.

¹³⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 297.

viciosa, as cirurgias de mãos mutiladas em acidentes de trabalho, as terríveis resultantes dos acidentes automobilísticos e inúmeras outras ocorrências são exemplos do que um profissional da área pode fazer [...].¹⁴⁰

Desse modo, o entendimento majoritário é no sentido de que a cirurgia plástica reparadora gera uma obrigação de meio, devendo o paciente provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto, seja porque descumpriu com sua obrigação de atenção e diligência, derivada do contrato. Dessa forma, tendo que haver a comprovação de culpa, adota-se, nesse caso, a teoria subjetiva da responsabilidade civil. Nesse sentido:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - A responsabilidade do médico, tratando-se de cirurgia plástica reparadora gera obrigação de meio. A obrigação contratual assumida pelo médico na hipótese dos autos é de meio, o que demanda a prestação do serviço com prudência e diligência, mediante o emprego do tratamento adequado ao caso. A obrigação de meio refere-se a uma obrigação em que o médico se compromete a utilizar de todos os meios necessários e disponíveis para alcançar o fim pretendido, mas não tem o dever, não está ele obrigado a obtê-lo, na obrigação de meio ele será responsabilizado se agir com culpa [...].¹⁴¹

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA Pleito fundado em erro médico Autora que se submeteu a cirurgia para redução de suas mamas, apresentando quadro infeccioso após o procedimento cirúrgico, com necessidade de realização de nova cirurgia em reduzido lapso temporal Ausência de provas acerca de negligência ou imperícia do réu Sentença de improcedência, mantida por seus próprios fundamentos Apelo desprovido.¹⁴²

Destarte, percebe-se que há um entendimento comum acerca da cirurgia reparadora como sendo um procedimento que encerra uma obrigação de meio, na qual tem o médico o dever de utilizar todos os meios necessários e disponíveis para alcançar o fim, porém não está obrigado a alcançá-lo.

¹⁴⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 111.

¹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70042520502**. Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 657989420038260100**. Sétima Câmara Cível, Relator: Ramon Mateo Júnior, Julgado em 28/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

4.1.2 Cirurgia Plástica Embelezadora

A cirurgia plástica embelezadora, também chamada de estética, é aquela realizada em pessoas sadias em seu aspecto orgânico, as quais desejam melhorar a aparência, de modo a sentirem-se psicologicamente melhor.

Esta modalidade de cirurgia plástica, conforme afirma Giostri¹⁴³, “tem como finalidade aperfeiçoar o físico do paciente, seja por um embelezamento maior, pela retirada de marcas do tempo ou de sinais outros que lhe perturbem o bem viver, ou seja, aqueles elementos que possam alterar, num sentido negativo, a sua qualidade de vida”, possuindo sim uma finalidade terapêutica, pois tais intervenções podem visar restaurar o equilíbrio psíquico do paciente.

Embora ainda haja divergência na doutrina quanto ao tipo de obrigação assumida pelo médico nos casos de cirurgia embelezadora, a jurisprudência é pacífica ao considerar que esta gera uma obrigação de resultado, devendo o facultativo ser responsabilizado se não atingir o resultado prometido. Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA CORRETIVA (PLÁSTICA NO ABDOMEN) E EMBELEZADORA (AUMENTO DE MAMAS). OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. 1. A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Restando comprovado nos autos que as queixas relatadas na inicial estão de acordo com os resultados usualmente obtidos em procedimento cirúrgico a que se submeteu, não há que se falar em dever indenizatório. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.¹⁴⁴

Isso nos permite dizer que quando o médico não atingir o resultado esperado na cirurgia estética, haverá a presunção de culpa do médico que realizou o procedimento, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fato imponderável para que seja afastado o dever de indenizar.

¹⁴³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 111.

¹⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70051716140**. Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

Entretanto, há quem julgue que essa obrigação de resultado gera uma responsabilidade objetiva, independente de culpa do médico, devendo este provar alguma causa de excludente de ilicitude. Vejamos jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse sentido:

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Improcedência do pedido. Inconformismo por parte do autor. Cirurgia estética obrigação de resultado responsabilidade objetiva. Perícia médica evidência que o resultado esperado e prometido não ocorreu por razões alheias à atuação do profissional causa excludente da responsabilidade. Improcedência mantida. Recurso de apelação não provido.¹⁴⁵

Em relação à doutrina, Fradera, Dias, Cavalieri, Stoco compartilham da mesma posição, julgando que a obrigação assumida pelos médicos quando a cirurgia é meramente estética deve ser de resultado, tendo em vista que as pessoas não se submetem a esse tipo de cirurgia se não fosse para obter um determinado resultado, ou seja, a melhoria de algum aspecto de alguma parte do seu corpo. Não tendo o médico condições de assegurar o resultado, deve abster-se de realizar o procedimento.

Dias¹⁴⁶, contudo, acentua que, ainda que não corresponda ao sucesso esperado, a operação estética pode não ocasionar a responsabilidade do profissional, desde que seja razoavelmente necessária, o risco a correr seja menor que a vantagem procurada e que seja praticada de acordo com as normas da profissão.

Cavalieri¹⁴⁷ fala sobre fatores imponderáveis quando o resultado não for alcançado, cabendo ao médico provar que o insucesso deveu-se a fatores imponderáveis para não ser responsabilizado, tendo em vista que o resultado que se quer é claro e preciso.

¹⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 90689220058260100**. Nona Câmara de Direito Privado, Relator: Piva Rodrigues, Julgado em 25/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

¹⁴⁶ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 310.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 381.

Aguiar Jr., no entanto, discorda dessa linha de pensamento, atribuindo ao cirurgião estético uma obrigação de meios:

Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico.¹⁴⁸

Ainda, Kfoury¹⁴⁹ possui um posicionamento diferente dos acima explicitados. Para ele, a cirurgia estética subdivide-se em: a) cirurgia de caráter estritamente estético, na qual o paciente visa a tornar seu nariz que de modo algum destoa da harmonia de suas feições mais formoso. Nesse caso, onde se expõe o paciente a riscos de certa gravidade, o médico, segundo Kfoury contrai obrigação de resultado; b) cirurgia estética latu sensu, que não encerra risco relevante ao paciente e se destina a corrigir pequena imperfeição da natureza, que ocasiona mal-estar psíquico à pessoa. Nesse caso, ao corrigir a distorção deverá o médico atentar ao dever de prudência, normalmente exigido, e não estará adstrito a uma obrigação de resultado.

Importante ressaltar que o conceito de resultado é subjetivo, tendo em vista que o que pode ser um bom resultado para um paciente, pode ser considerado insatisfatório para outro, por ter criado expectativas, muitas vezes, impossíveis de serem alcançadas levando em conta características do corpo da pessoa e o estágio atual da Medicina.

Giostrì¹⁵⁰ afirma que o médico deve obrigar-se a um resultado, já que é a própria razão de ser da cirurgia, e deverá ser responsabilizado sempre que a causa de o resultado ideal não ter sido atingido assentar-se na sua inépcia, por erro grosseiro, fruto de sua negligência, imperícia ou imprudência. Essa autora adota a postura francesa, afirmando que a responsabilidade do cirurgião plástico estético é ampla, maior que a do cirurgião geral, devendo ser apreciada com maior severidade. Assim, conclui que a atividade do cirurgião estético não pode ser compreendida

¹⁴⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 40.

¹⁴⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 166-167.

¹⁵⁰ GIOSTRÌ, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 117-118.

apenas como uma obrigação de meios, nem pode se situar na obrigação de resultado por ser inadequado o conceito.

4.2 DO DANO

Sendo a responsabilidade civil uma resultante da obrigação de ressarcir, não há responsabilidade, de qualquer tipo, se não houver o dano. Este é o elemento fundamental da responsabilidade civil, de acordo com o artigo 186 do CC/2002, pois ele estabelece que a conduta antijurídica praticada por uma pessoa tem como consequência obrigar o ofensor a reparar o mal causado. A obrigação de reparar o dano é imposta a quem por ação, omissão, negligência ou imprudência causar prejuízo a outrem.

A obrigação de indenizar independe do elemento quantitativo, não importando a proporção do dano. O importante é a lesão ao direito da vítima e não a extensão do prejuízo, tendo em vista a relatividade da importância quantitativa do dano: o que é considerado muito para alguns pode não significar nada para outros.

Para a doutrina, o dano, entendido como elemento da responsabilidade civil deve ser atual e certo. Como atual, entende-se o dano que já existe ou já existiu; e como certo, o dano fundado em um fato preciso e não em uma hipótese. Dessa forma, um prejuízo futuro não geraria indenização. Contudo, para parte da doutrina seria possível, se sua realização fosse previsível pelo fato da certeza do desenvolvimento atual, em evolução, mas incerto quanto à sua quantificação ou se consistir na sequência de um fato danoso atual.¹⁵¹

4.2.1 Dano Material/patrimonial

Dano material é o dano que atinge o patrimônio do ofendido, isto é, o dano é material sempre que as consequências de um ato reflitam na ordem patrimonial de um indivíduo, diminuindo-o. Ele tem caráter estritamente econômico, pois decorre da

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 58.

comparação entre o estado patrimonial de alguém, antes da ocorrência do ilícito, e depois da sua prática.

Cavaliere afirma que a violação de bens personalíssimos também seria um dano material:

O dano patrimonial atinge bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Contudo, o dano material nem sempre resulta de lesão de bens ou interesses patrimoniais, sendo que a violação de bens personalíssimos pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas.¹⁵²

O dano material subdivide-se em dano emergente e em lucro cessante. O primeiro importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. Já o segundo exige maior cuidado na sua caracterização por ser o reflexo futuro no ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, consistindo na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

Como menciona o artigo 402 do CC/2002, os danos materiais abrangem todo o prejuízo patrimonial que for causado ao ofendido, isto é, desde aquilo que efetivamente perdeu até o que ele deixou de lucrar, os lucros cessantes, por efeito direto do ato. O referido artigo possui a seguinte redação:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.¹⁵³

O artigo 403 do CC/2002 somente tornou indenizável o dano direto, estabelecendo que, mesmo no caso de dolo, as perdas e danos apenas incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, estatuidos o seguinte:

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 200. p. 71.

¹⁵³ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.¹⁵⁴

Quando o dano causar a perda ou a redução da capacidade do ofendido de trabalhar, a indenização incluirá uma pensão, cujo valor se destina a substituir as rendas até então percebidas. O montante da pensão é arbitrado com base no que ganhava o ofendido com seu trabalho antes do evento danoso. Tais afirmações encontram-se amparadas nos artigos 949 e 950 do CC/2002, os quais possuem a seguinte redação:

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

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.¹⁵⁵

Em se tratando de morte do ofendido, a família tem direito a requerer pensão aos dependentes para o pagamento das despesas com eventual tratamento da vítima, seu funeral, o luto da família e os lucros provenientes de seu trabalho, isto é, valor referente ao auxílio que o indivíduo prestava e iria continuar prestando enquanto durasse sua vida economicamente útil. Tais afirmações encontram amparo no diploma legal em seu artigo 948. Vejamos sua redação:

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

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

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.¹⁵⁶

Em relação à prestação de alimentos aos dependentes do ofendido morto, é essencial que haja prova da necessidade futura de alimentos, a qual é presumida pela condição modesta das vítimas e se prescinde da possibilidade do defunto

¹⁵⁴ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem.

prestar alimentos no futuro. Trata-se de prejuízo indireto e hipotético, caracterizando o chamado dano eventual.

Quanto ao dano patrimonial resultante de cirurgia plástica especificamente, podemos dizer que se tratam dos gastos provenientes da cirurgia malsucedida, bem como os gastos com uma nova cirurgia plástica corretiva, aquilo que o paciente efetivamente perdeu e os lucros cessantes por efeito direto do ato.

Vejamos jurisprudência nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS MOVIDA CONTRA A EMPRESA BAUMER S/A. AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL AFASTADA. AUTORA QUE FOI SUBMETIDA A CIRURGIA PARA INSTALAÇÃO DE PRÓTESES FEMURAIS DE AMBOS OS LADOS. QUEBRA DA PRÓTESE DIREITA, APÓS APROXIMADAMENTE 5 ANOS, ENSEJANDO SUA SUBSTITUIÇÃO IMEDIATA. INVALIDEZ TOTAL DA POSTULANTE EM RAZÃO DO ROMPIMENTO DA PEÇA E DO NOVO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. PERÍCIAS MÉDICA E DE ENGENHARIA QUE CONFIRMAM A TESE INICIAL. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DEVER DE RESSARCIMENTO. PENSÃO MENSAL E LUCROS CESSANTES DEVIDOS ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER ATIVIDADE REMUNERADA. CORRESPONDÊNCIA DOS PROVENTOS PERCEBIDOS À ÉPOCA EM SALÁRIOS MÍNIMOS. VIABILIDADE. ADEQUAÇÃO DE VALORES APÓS 11 ANOS QUE É NECESSÁRIA. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE 13º SALÁRIO E FÉRIAS. VERBAS QUE INTEGRAM A REMUNERAÇÃO FIXA DO TRABALHADOR. PENSÃO ALIMENTÍCIA VITALÍCIA. MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO. DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS INCONTESTES. QUANTUM MANTIDO. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NECESSIDADE, INDEPENDENTEMENTE DA SOLVABILIDADE DA EMPRESA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹⁵⁷

4.2.2 Dano Moral

Acerca dos danos morais, além do artigo 5º, X da constituição federal, encontra abrigo também na legislação inferior específica sobre danos morais, art. 6º do CDC. Assim, o fato danoso, causador de prejuízos extrapatrimoniais, deve ser aferido e, na medida do possível, reparado, por meio de condenação pecuniária.¹⁵⁸

¹⁵⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2010.082373-9 SC**. Segunda Câmara de Direito Civil, Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil, Julgado em 30/06/2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

¹⁵⁸ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 45.

O dano moral, nos séculos anteriores, não existia. O direito privado era caracterizado fundamentalmente por ser patrimonialista, uma vez que as preocupações do direito se direcionavam somente para o patrimônio e não para a pessoa. O que se tinha era apenas uma proteção em relação ao dano como lesão a um direito subjetivo, quais sejam, o direito à vida e à honra.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, houve plena aceitação da indenização por dano moral, uma vez que a CF colocou o direito ao dano moral na categoria de garantia fundamental (art. 5º, V e X), a qual é considerada cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º.¹⁵⁹

Para Pereira¹⁶⁰ o fundamento da reparação do dano moral está no fato de ser o indivíduo titular de direitos de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica admitir que eles sejam impunemente atingidos.

Ensina Stoco¹⁶¹ que ou aceitamos que a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido.

Lopez¹⁶² afirma que havia confusão na doutrina e na jurisprudência sobre o que realmente seria o dano moral. Alguns autores, procurando achar uma solução, costumavam usar expressões como “dano moral com ou sem repercussão patrimonial”, “danos morais indiretos”, “dano moral com reflexos patrimoniais”, “dano patrimonial reflexo”, etc. Contudo, danos morais ou são puros ou não são danos morais, pois essas expressões mencionadas não passam de danos materiais comuns. E conceitua dano moral como sendo “consequência de uma lesão a um

¹⁵⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 672.

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 77.

¹⁶¹ STOCO, op. cit., p. 674.

¹⁶² LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21.

direito, qualquer que seja sua origem, patrimonial ou não”, devendo servir de medida do dano a pessoa e não patrimônio.

Atualmente, está consagrado que os danos à pessoa têm tratamento autônomo e o dano moral é sempre puro, somando-se os prejuízos materiais e morais, posição assentada a partir da CF de 1988 e da edição da Súmula 37 do STJ, a qual admite a cumulação das indenizações por dano material e moral advindas do mesmo fato.¹⁶³

Assim, o dano moral pode ser conceituado da seguinte forma: é todo o prejuízo não corpóreo, que não produz qualquer efeito no patrimônio do indivíduo. Ele é extrapatrimonial, uma vez que atinge sua autoestima, honra, privacidade, imagem, nome. É o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, a sensação de dor, de angústia, de perda. Ele se encontra firmado em bases psíquicas e sensoriais, pois se evidencia na dor, no trauma e no sofrimento.

A respeito do tema, este é o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul:

[...] Dano moral e material reconhecido. A fixação do quantum indenizatório deve sopesar critérios objetivos como a condição econômica das partes, a gravidade do dano, o grau de culpa, atendendo, especialmente, para o caráter punitivo-pedagógico inerente a indenização em tais casos, sem acarretar o enriquecimento ilícito da vítima. O reconhecimento da indenização somente vai ser eficaz se, além de compensar a vítima pelo prejuízo suportado, ocasionar impacto no patrimônio do agente causador do dano, capaz de evitar a reincidência do evento danoso. Indenizações devidamente avaliadas na origem. [...].¹⁶⁴

¹⁶³ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 22.

¹⁶⁴ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AGRAVO RETIDO. NÃO REITERAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. INDENIZAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESACOLHIMENTO. PLEITO COMPREENDIDO NOS DEMAIS PEDIDOS. SENTENÇA MANTIDA. Agravo retido. Não conhecimento. Agravo retido não reiterado na apelação enseja o não conhecimento do recurso. Mérito recursal. Desprovemento de ambos os recursos. Ao realizar uma cirurgia plástica, o médico assume uma obrigação de resultado, ensejando sua responsabilização quando se verificar que, após a sua realização, a paciente ficou com aparência pior de que quando procurou o auxílio especializado. As provas demonstram cabalmente que, procurando corrigir pequenas imperfeições, a autora terminou com assimetria no nariz, não acolhendo a alegação de que o procedimento teria outra finalidade que não a meramente estética. Dano moral e material reconhecido. A fixação do quantum indenizatório deve sopesar critérios objetivos como a condição econômica das partes, a gravidade do dano, o grau de culpa, atendendo, especialmente, para o caráter punitivo-pedagógico inerente a indenização em tais casos, sem acarretar o enriquecimento ilícito da vítima. O reconhecimento da

[...] DANO MORAL. VALOR. Ofensa a bem juridicamente tutelado - art. 5º, inc. X, da CF/1988. Dano, na espécie, ipso facto. Ausente sistema tarifado, a fixação do montante indenizatório está adstrita ao prudente arbítrio do juiz, no cotejo da intensidade da ofensa, necessária compensação à vítima e reprimenda ao ofensor [...].¹⁶⁵

Conforme se depreende dos julgados acima, o dano é fixado de acordo com critérios objetivos, como a condição econômica das partes, a gravidade do dano, o grau de culpa, possuindo a indenização um caráter punitivo-pedagógico, de modo que cause impacto no patrimônio do ofensor e compense o dano do ofendido.

indenização somente vai ser eficaz se, além de compensar a vítima pelo prejuízo suportado, ocasionar impacto no patrimônio do agente causador do dano, capaz de evitar a reincidência do evento danoso. Indenizações devidamente avaliadas na origem. O pleito de condenação do réu ao pagamento de indenização pelo descumprimento contratual não é de ser provido, porquanto este pedido está abarcado nos demais, que restaram acolhidos, sendo que sua guarida implicaria dupla condenação pelo mesmo motivo, configurando bis in idem. Sentença mantida. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70049200397**. Quinta Câmara Cível, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 08/08/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012).

¹⁶⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. 1. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. A prova a ser produzida nos autos tem a finalidade de formar a convicção do julgador. Prosseguimento da dilação probatória dispensada. Elementos de prova coligidos ao processo suficientes ao convencimento do Juízo 2. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. PARCELAS A SEREM RESSARCIDAS. Caso em que a prova evidenciou incorreção no procedimento adotado pelo clínico em cirurgia plástica corretiva de cílios e pálpebras. Paciente que restou com uma fenda no fechamento da pálpebra do seu olho direito. 3. HOSPITAL OU CLÍNICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. A responsabilidade civil do hospital é objetiva no que se refere ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares. Não ocorrendo defeito no serviço, inexistente o dever de indenizar. "Os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano" - precedentes do STJ e lição doutrinária. 4. DANO MORAL. VALOR. Ofensa a bem juridicamente tutelado - art. 5º, inc. X, da CF/1988. Dano, na espécie, ipso facto. Ausente sistema tarifado, a fixação do montante indenizatório está adstrita ao prudente arbítrio do juiz, no cotejo da intensidade da ofensa, necessária compensação à vítima e reprimenda ao ofensor. 5. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. O dano material deve ser cabalmente comprovado, sendo possível postergar para liquidação apenas o quantum indenizatório, e não assim o reconhecimento da ocorrência do próprio prejuízo. A ausência efetiva de prova dos alegados prejuízos induz a negativa ao pedido de ressarcimento. DERAM PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70042132258**. Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/09/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012).

4.2.3 Dano Estético

O dano estético é uma espécie do gênero do dano moral e é toda e qualquer modificação física que resulte em seqüela que possa expor o indivíduo a um estado psíquico de intranquilidade e de inconformismo.

Entende-se que o dano estético gera dano moral, pois:

[...] toda essa situação terá de causar na vítima humilhações, tristezas, desgostos, constrangimentos, isto é, a pessoa deverá se sentir diferente do que era, menos feliz. Há, então, um sofrimento moral tendo como causa uma ofensa à integridade física e este é o ponto principal do conceito de dano estético.¹⁶⁶

Silva¹⁶⁷ esclarece o significado de dano estético, afirmando que não é apenas o aleijão, mas também as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimas que podem implicar, sob qualquer aspecto, um “afeamento” da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão “desgostante” ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexos de inferioridade.

De acordo com Lopez, o dano estético é “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um enfeamento e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”.¹⁶⁸

O dano estético deve ser uma lesão que tornou mais feia determinada pessoa de forma duradoura, senão seria apenas atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira, o que se resolve em perdas e danos.¹⁶⁹

Quanto à cumulatividade do dano estético com o dano moral, o STJ vem se posicionando a favor da cumulação de tais danos derivados do mesmo fato, desde

¹⁶⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.

¹⁶⁷ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1969.

¹⁶⁸ LOPEZ, op. cit., p. 46.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 48.

que sejam passíveis de apuração em separado, inconfundíveis entre si. Vejamos jurisprudência do referido Tribunal a respeito da matéria:

CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULATIVIDADE.

Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. Hipótese em que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do recorrido ter sido traumáticamente amputada, por ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético. Recurso não conhecido.¹⁷⁰

Diferentemente do dano moral puro, o dano estético é facilmente provado, uma vez que atinge diretamente o corpo físico. No juízo cível, para ser definida a indenização, o que importa é a extensão do dano, sua localização, a possibilidade de completa remoção, as características pessoais da vítima, as restrições de ordem pessoal consequentes da lesão. Ademais, a avaliação do dano estético deve ser realizada o mais tarde possível, tendo em vista que a deformidade pode atenuar-se.¹⁷¹

Segundo Lopez¹⁷², “em matéria de dano estético, como dano moral, não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita (*restitutio in integrum*), pois indenizar significa tornar indene, isto é, eliminar o prejuízo e suas consequências”. O que não ocorre aqui, devendo-se falar em compensação de ordem material, o que gera algum conforto no lesado de forma a atenuar sua dor.

4.3 DEVERES DO MÉDICO

A relação médico/paciente passou a caracterizar contrato, assumindo o médico o dever de prestar informações sobre riscos e danos possíveis, manter-se atualizado quanto aos avanços da medicina, evitar excesso no tratamento optado, que permite aumentar os riscos de prejuízos os quais poderiam ser evitados,

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 210351 / RJ**. Quarta Turma, Ministro Cesar Asfor Rocha, Data do Julgamento: 03/08/2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

¹⁷¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 95.

¹⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 105.

dispensar vigilância e assistência ao paciente durante e depois do tratamento, com o intuito de atingir êxito no atendimento contratado.

Dias¹⁷³, nosso maior tratadista sobre responsabilidade civil, afirma que o contrato médico, por meio de suas obrigações implícitas, impõe aos médicos os deveres de conselho, cuidado e abstenção de abuso ou desvio de poder.

a) Dever de informar: o dever de informação do médico, conforme leciona Stoco¹⁷⁴, consiste em “esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado”.

Responde o médico por infração a esse dever quando não instrui o cliente ou a pessoa que dele cuida a respeito das precauções essenciais requeridas pelo seu estado, bem como quando não adverte quanto aos riscos das intervenções e tratamentos preconizados.¹⁷⁵

Aguiar Jr. ensina que:

Na cirurgia, porém, muito especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva, assim como também no uso de novos medicamentos. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.¹⁷⁶

Esse dever é de extrema importância nas cirurgias plásticas, embelezadoras ou reparadoras, tendo em vista o risco a que se submetem os pacientes. Portanto, o médico tem o dever de ministrar ao paciente um conjunto de informações minucioso e bastante completo, esclarecendo desde as imponderabilidades orgânicas e diversidades de respostas biológicas inerentes às características individuais e genéricas que podem sobrevir e intervir no resultado, mencionando, principalmente,

¹⁷³ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2, p. 285.

¹⁷⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 286.

¹⁷⁵ DIAS, op. cit., p. 286.

¹⁷⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 36.

quanto às cirurgias de cunho exclusivamente estético, até as hipóteses de intercorrências e complicações a embarçarem o resultado final.¹⁷⁷

Marques afirma que principalmente nos casos de intervenção cirúrgica dispensável ou estética, deve-se informar o paciente sobre todos os riscos possíveis e prováveis, isso para que não se tire a liberdade e o esclarecimento da pessoa que se submeterá ao procedimento, em uma “boa fé *in contrahendo*.”¹⁷⁸

Marques¹⁷⁹ considera que se existe um “defeito da informação” e “dano da informação” na relação entre médico e paciente, este dano pode surgir em 3 situações: 1. No tratamento ou cirurgia induzida a acontecer pela falta de informação ou pela falta de aconselhamento ou pelo esclarecimento incompleto dos médicos, sendo os danos materiais os gastos da cirurgia e tratamentos posteriores, os quais são cumuláveis com danos morais. 2. Na falta do consentimento informado e esclarecido, o que é um dano à liberdade e ao direito de escolha e de ser informado clara e adequadamente do consumidor e violação do dever de informar de boa-fé dos médicos, sendo dano moral exemplar e integral (art. 944 CC/2002). 3. Na perda de uma chance, tendo em vista que a falta de informação fizeram com que o paciente aceitasse os serviços do médico, perdendo a chance de tratar-se com um médico que respeita o dever de informar de boa-fé. Afirma que a perda de uma chance é um dano moral autônomo, bastando estabelecer o nexo causal entre a falha de informação e o dano final.

Quanto à perda de uma chance, Dantas leciona:

[...] Ao não ser corretamente informado, esclarecido sobre todas as possibilidades existentes para o seu tratamento, o paciente pode vir a ter

¹⁷⁷ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005. p. 152.

¹⁷⁸ Em relação à boa-fé objetiva Claudia Lima Marques a conceitua como “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. (MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: **Direito do consumidor**: proteção da confiança e práticas comerciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 408).

¹⁷⁹ *Ibidem*. p. 417-418.

suprimida uma alternativa que lhe pareceria viável, ou menos invasiva, ou mais aceitável aos seus padrões morais ou de conhecimento, alternativa esta que, em não lhe tendo sido oferecida, faz com que a vantagem dela esperada seja irremediavelmente perdida.¹⁸⁰

Isso significa que a vítima do dano experimentou a perda de uma probabilidade de ocorrência de um evento favorável. Não estamos falando em certeza de resultado favorável e sim, pela falta de informação, o paciente perdeu a chance de obter o sucesso esperado no tratamento ou cirurgia.

Quanto à teoria da perda de uma chance, o STJ já se pronunciou a respeito, senão vejamos:

[...] **A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;** IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido.¹⁸¹

¹⁸⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 97.

¹⁸¹ RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1104665 / RS**. Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, Data do Julgamento 09/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012)

b) Necessidade de obter o consentimento do paciente: após informar sobre todos os riscos e benefícios do tratamento, deve o médico obter o consentimento do paciente, essencial nos casos de indicação terapêutica e cirúrgica.

Aguiar Jr. entende que:

Toda vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em casos de urgência, que não possa ser de outro modo superada, ou de atuação compulsória. É que cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo galeno.¹⁸²

Para proceder a um tratamento arriscado ou a uma operação deve o médico obter o consentimento do cliente. Ademais, deve haver a aquiescência livre e clara, após exposição daqueles riscos ou perigos que o procedimento pode causar.¹⁸³

O médico não pode invocar o consentimento do paciente para liberá-lo de responsabilidade em todos os casos em que as vantagens do tratamento ou da intervenção estejam em desproporção com os riscos ou as desvantagens correspondentes, principalmente em relação à cirurgia estética. Isso porque a incolumidade do corpo humano é matéria de ordem pública, contra cujo mandamento não vige a máxima *volenti non fit injuria*.¹⁸⁴

Marques¹⁸⁵ alerta para o fato de que a informação dada ao paciente pelo médico deve ser escolhida em um momento adequado, utilizando-se da boa-fé. Não pode o médico pedir a assinatura do consentimento informado nos momentos anteriores à cirurgia, uma vez que seria um consentimento nulo, tendo em vista o estado psicológico da pessoa no momento. Portanto, o médico deve informar e conseguir o consentimento informado em “circunstâncias normais e prévias”. Essa informação deve-se dar previamente à aceitação do serviço, em “momento especial

¹⁸² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 36.

¹⁸³ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 288-289.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 290.

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: **Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 413-414.

e reservado de conversa individual, dando tempo para perguntas e dúvidas do consumidor”.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a exigência de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. **Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.** RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹⁸⁶

c) Dever de cuidado: Em relação ao dever de cuidar, falta a este o profissional que desatende a um chamado do doente ou negligencia as visitas, sendo a caracterização do abandono que define a infração do médico ao referido dever.¹⁸⁷

De acordo com Aguiar Jr.:

O ato médico deve ser praticado de tal sorte que, além do cuidado que toda a pessoa deve guardar na sua vida de relação (não confundir, na hora da extração, o membro são com o doente; não tombar o paciente; não esquecer instrumentos na incisão do operado, etc.), ainda atenda aos deveres de cuidados próprios da profissão, no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e no prognóstico.¹⁸⁸

d) Dever de sigilo: o dever de sigilo está previsto no art. 102 do Código de Ética, o qual estabelece o seguinte:

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1180815 / MG**. Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento:19/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

¹⁸⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 46-47.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 46-47.

Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.¹⁸⁹

e) Não abusar do poder: não deve o médico submeter o paciente a experiências, vexames ou tratamentos incompatíveis com a situação do paciente¹⁹⁰.

O médico não tem o direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser para enfrentar o mal que ameaça de modo perigoso o paciente. A sua responsabilidade por esse fato, que constitui abuso ou desvio de poder, não pode ser afastada sob a alegação de que atuou desinteressadamente. Ademais, o consentimento do paciente não teria eficácia para desresponsabilizar o médico, pois seria uma intervenção a título experimental, não trazendo vantagens para a saúde do paciente.¹⁹¹

f) Não abandonar o paciente: o médico não deve abandonar paciente que esteja sob seus cuidados, salvo no caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento, conforme estabelece o art. 61 do Código de Ética Médica:

Artigo 61 - Abandonar paciente sob seus cuidados.

Parágrafo 1º - Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

Parágrafo 2º - Salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou a seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo, ainda que para mitigar o sofrimento físico ou psíquico.¹⁹²

g) Garantir sua substituição por profissional habilitado: no caso de impedimento eventual.

¹⁸⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.246/1988**. Aprova o Código de Ética Médica. [Revogado pela Resolução CFM Nº 1.931/2009]. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁹⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. p. 37.

¹⁹¹ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 290-291.

¹⁹² BRASIL. Conselho Federal de Medicina, op. cit.

- h) Não recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo.

4.4 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Existem certas situações que dão causa à exclusão da responsabilidade civil do médico. Este poderá não ser responsabilizado pelo dano causado ao paciente, no curso de sua atuação profissional, quando este dano provier de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Stoco¹⁹³ afirma que as eventuais intercorrências de fatores e reações estranhas à cirurgia são causas eficientes autônomas, configurando-se como excludentes, tendo em vista que rompem o nexo etiológico.

O dano causado é considerado culpa exclusiva da vítima quando o paciente não cumpre determinações do médico ou as cumpre de maneira errônea e, em consequência disso, ocorre o dano. Nesse caso, este não poderá ser imputado ao médico, tendo em vista a culpa exclusiva da vítima para a ocorrência do resultado.

Pode ocorrer de a culpa ser concorrente da vítima e do médico, não havendo, *in casu*, isenção da responsabilidade do médico, tendo em vista que este contribuiu para o resultado danoso. Giostri afirma:

Havendo culpa concorrente da vítima e do médico, não se configuraria uma excludência de responsabilidade, mas, sim, uma responsabilidade bipartida, onde cada uma das partes responderia pela parcela de culpa que lhe coubesse.¹⁹⁴

Em relação ao caso fortuito ou força maior, estes ocorrem quando não há vontade humana e sim causa natural. O dano causado é consequência de fatos estranhos, alheios à conduta do médico¹⁹⁵ e ao comportamento do paciente. São

¹⁹³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 298.

¹⁹⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 66.

¹⁹⁵ “Um médico não poderá ser responsabilizado se ao prescrever um medicamento de uso corrente, o resultado advindo for diferente do usual, ou se ao empregar um procedimento habitual que não ocasionou danos no passado, isso, inesperadamente, venha a ocorrer, bem como se advierem

fatos imprevisíveis e inevitáveis, que tornam inexistente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do médico, que prestou o serviço de forma regular.

Devemos considerar imprevisíveis e, por isso, passíveis de isenção da responsabilidade médica, aqueles fatos que não foram descritos na literatura científica, ou ainda, aqueles realmente excepcionais. Ressalta-se que, mesmo nos casos em que o resultado prejudicial seja previsível¹⁹⁶, deve o dano ser inevitável para que ocorra a isenção da responsabilidade do médico. Nesse caso, deve o médico utilizar todos os recursos possíveis para solucionar o incidente.

A imprevisibilidade e a inevitabilidade do resultado devem ser demonstradas provando o médico que agiu de forma correta e adequada, tendo usado todos os meios necessários para atingir o resultado favorável ao paciente. Se o médico não observa fato previsível, mas evitável, acarretando resultado indesejado, deve ser responsabilizado.

Vejamos julgado do Tribunal do RS, em que há a excludente de responsabilidade do médico e da clínica devido à contaminação por uma bactéria, que decorreu de caso fortuito, pois não poderia ser previsto nem evitável:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. MÉDICO E CLÍNICA DEMANDADOS. CONTAMINAÇÃO POR GERME. TRATAMENTO INSTITUÍDO. RETIRADA DAS PRÓTESES. INVESTIGAÇÃO. O agir culposo por parte do médico demandado, deve ser analisado casuisticamente, relevando que a contaminação pelo mycobacterium fortuitum decorreu de caso fortuito, não tributável seja ao médico, seja à clínica demandada. Além disso, os procedimentos médicos instituídos eram os recomendados, inclusive instituição de tratamento com antibióticos, sendo sempre realizada coleta de material e encaminhamento a exames de verificação e identificação de germes, tudo, no entanto, de forma infrutífera [...].¹⁹⁷

reações imprevisíveis, tais quais alergia e hipersensibilidade” (GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 66).

¹⁹⁶ Nesse caso, importante lembrar o dever de informação do médico, o qual deve avisar o paciente os prós e contras do tratamento ou cirurgia.

¹⁹⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. MÉDICO E CLÍNICA DEMANDADOS. CONTAMINAÇÃO POR GERME. TRATAMENTO INSTITUÍDO. RETIRADA DAS PRÓTESES. INVESTIGAÇÃO. O agir culposo por parte do médico demandado, deve ser analisado casuisticamente, relevando que a contaminação pelo mycobacterium fortuitum decorreu de caso fortuito, não tributável seja ao médico, seja à clínica demandada. Além disso, os procedimentos médicos instituídos eram os recomendados, inclusive instituição de tratamento com antibióticos, sendo sempre realizada coleta de material e encaminhamento a exames de verificação e identificação de germes, tudo, no entanto, de forma infrutífera. Consta, inclusive, que entre os

Vejamos a posição do STJ a respeito da matéria:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NATUREZA ESTÉTICA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. 1. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética - cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente -, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ. 2. **Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional.** 3. **Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretenso prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.** Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.10. 4. Recurso especial não conhecido.¹⁹⁸

Percebe-se que o entendimento do STJ é no sentido de que o médico deve provar que os danos ocasionados no paciente tiveram razão outra que não a atuação do médico para que seja afastado o nexo causal entre o ato do médico e o prejuízo suportado pelo paciente.

procedimentos de retirada da prótese e recolocação, a autora era encaminhada à realização de ecografia, somente se realizando recolocação da prótese quando não mais persistiam sinais de infecção. Houve, modo igual, encaminhamento da autora à infectologista, conquanto isso já quando fora retirada a prótese pela segunda vez. Persistindo evidências de infecção, foram realizadas novas pesquisas de germes, desta feita incluindo a pesquisa de mycobacterium fortuitum, frisando o médico a dificuldade de encontrar laboratório que se dispusesse à realização do exame, fato confirmado pela autora em seu depoimento pessoal. Porém, o erro do profissional no intercurso se tipificou, haja vista que tinha ciência de que o exame estava sendo realizado pela Santa Casa, e, cedendo aos anseios da paciente, realizou recolocação das próteses sem cuidar de antecipadamente buscar o resultado do exame preconizado. Tivesse sido mais diligente, teria sido a autora poupada, pelo menos, de duas intervenções, quais sejam, a de recolocação das próteses no dia 13 de dezembro, assim como a da retirada poucos dias após. Esta, aliás, conquanto tecnicamente indicada, somente assim o foi pelo aqodamento na realização da antecedente. A afirmativa de que a autora pressionava para a recolocação das próteses não afasta a responsabilidade do profissional médico, não se admitindo a interferência leiga em questões técnicas, mormente quando descurada a antecipada consulta a resultado de exame já realizado. O que se vê, no entanto, é culpa houve no agir do médico demandado, mas sem qualquer vinculação com a clínica, seja por ato próprio desta, seja por que, como se viu ab initio, a vinculação da autora era com o profissional e não com o estabelecimento onde este também prestava serviços. Indenização reavaliada, com redução do importe. Apelação da clínica provida. Apelação do réu parcialmente provida (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70040265746**. Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 20/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012).

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1269832 / RS**. Segunda Turma, Relator: Ministro Castro Meira, Data do Julgamento: 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

Recentemente, dia 23/10/2012, foi divulgada decisão no portal de Notícia do STJ, em que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade de médico quanto à insatisfação de paciente que passou por cirurgia de redução de mamas. O procedimento foi considerado de natureza mista, estética e corretiva, e os ministros entenderam que não foi comprovada imperícia do profissional, de modo que o dano alegado pela autora seria decorrente de uma patologia mamária benigna, fator imprevisível e inesperado, o que rompe o nexo causal entre a conduta do profissional e o suposto dano. A perícia constatou que o aparecimento do nódulo não poderia ter sido previsto ou controlado pelo cirurgião, pois resultou de uma resposta do organismo da paciente, que, na cicatrização, produziu uma trama fibrosa mais intensa na mama direita. Além disso, a mera insatisfação da paciente com o resultado não autoriza a indenização.¹⁹⁹

Dessa forma, pode-se inferir que o paciente pode criar expectativas, as quais, muitas vezes, não são possíveis de serem alcançadas, o que não significa que houve, necessariamente, erro médico, não sendo caracterizada a responsabilidade do facultativo, ainda mais se ficar comprovado a ocorrência de fator imprevisível ou inesperado, o qual rompe totalmente com o nexo de causalidade.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Insatisfação de paciente com cirurgia de redução de mama não justifica indenização** [notícia]. Brasília, 23 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107443>. Acesso em: 05 nov. 2012.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do cirurgião plástico é um tema que encontra bastante divergência, seja na doutrina, seja na jurisprudência, não havendo ponto de consenso quanto ao tipo de obrigação assumida por esse médico, se seria obrigação de meio ou de resultado. Quanto a esta, ainda há desacordo se geraria uma responsabilidade independente de culpa ou com a culpa presumida,

Demonstra-se pacífico o entendimento a respeito da natureza da responsabilidade médica como sendo em regra contratual, ou seja, derivada de um contrato estabelecido livremente entre as partes, reconhecendo-se, contudo, que há casos em que pode ser extracontratual ou delitual.

Tendo em vista que a cirurgia plástica é uma especialidade médica bem definida, reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e Associação Médica Brasileira, mas que, existem os mesmos riscos das demais cirurgias e depende da mesma álea, percebe-se que o mais adequado seria classificar tanto a cirurgia estética como a reparadora como uma obrigação de meio, devendo o médico agir com o máximo de diligência e cuidado.

Tal entendimento foi alcançado uma vez que a cirurgia plástica é um procedimento cirúrgico equiparável a outras intervenções cirúrgicas, podendo ocorrer reações imprevisíveis, mesmo que utilizada a técnica correta e o médico não tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia e tenha empregado todos os recursos disponíveis. Assim, não se deve culpar o médico se o resultado esperado não tenha sido alcançado se ele empregou o máximo de diligência e técnica.

Em todo o procedimento cirúrgico está presente a mesma álea, visto que o corpo humano possui características diferenciadas para cada tipo de pessoa, não podendo o médico comprometer-se a um resultado específico, pois situações inesperadas podem ocorrer tendo em vista a complexidade da fisiologia humana. O que deve ocorrer é que o médico deve prestar as informações ao paciente de maneira minuciosa, de forma clara, completa, precisa e exaustiva, a fim que o paciente entenda os riscos da cirurgia.

A jurisprudência, de um modo geral, vem se posicionando de forma contrária, acreditando que as cirurgias plásticas de natureza puramente estética geram uma obrigação de resultado, tendo em vista que, para haver o adimplemento do contrato, o médico deve alcançar o resultado prometido. Porém, admitem-se hipóteses de isenção de responsabilidade por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, o que rompe com o nexo de causalidade.

Deve-se salientar para o fato de que, muitas vezes, o paciente cria expectativas impossíveis de serem alcançadas pelo médico, o que não significa que houve erro médico, pois o senso estético varia de pessoa para pessoa, sendo um fator muito subjetivo. O médico, portanto, que agiu conforme estipulado no contrato, utilizando a técnica adequada e agindo com destreza, prudência e perícia, não deveria ser responsabilizado pelo descontentamento do paciente.

Assim, percebe-se a extrema importância do dever de informação do médico, tendo em vista o risco a que se submetem os pacientes. O médico deve se desincumbir de seu dever de informação de modo satisfatório. A informação deve ser completa, precisa, exaustiva, esclarecendo imponderabilidades orgânicas e diversidades de respostas biológicas, as quais podem influenciar no resultado final.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

BORDA, Guillermo A. Natureza jurídica de la responsabilidad médica. In: TRIGO REPRESAS, Félix A. **Responsabilidad civil: doctrinas esenciales 1936-2007**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.246/1988**. Aprova o Código de Ética Médica. [Revogado pela Resolução CFM Nº 1.931/2009]. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.621/2001**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 200.831**. 4ª Turma. Relator: Ministro Barros Monteiro, Data de Julgamento: 08.05.2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo De Instrumento 818.144 SP**. Terceira Turma, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 08/10/2007, Data de Publicação: 05/11/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EREsp 605435**. 4ª Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 22/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Insatisfação de paciente com cirurgia de redução de mama não justifica indenização** [notícia]. Brasília, 23 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107443>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1269832 / RS**. Segunda Turma, Relator: Ministro Castro Meira, Data do Julgamento: 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1104665 / RS**. Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, Data do Julgamento 09/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 210351 / RJ**. Quarta Turma, Ministro Cesar Asfor Rocha, Data do Julgamento: 03/08/2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de las clinicas y establecimientos medicos**. Buenos Aires: Abaco, 1981.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **Instituições de direito médico**: responsabilidade civil à luz do Código Civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1931. t. 6.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro-Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.

FARAH, Elias. Atos médicos: reflexões sobre suas responsabilidades. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 13, n. 25, p. 140-196, jan./jun. 2010.

FRADERA, Véra Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 55, p.116-139, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas.p. 741-754. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais Responsabilidade civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. La vigencia del distingo entre obligaciones de médio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ed. especial, p. 250-252, mar. 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa 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: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico: breves observações. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, n. 15, p. 10. maio1998.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Contratos e responsabilidade civil no CDC**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: **Direito do consumidor**: proteção da confiança e práticas comerciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 597185529**. Quinta Câmara Cível, Relator: Sérgio Pilla da Silva, Julgado em 21/05/1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 599247830**. Quinta Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 21/10/1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 657989420038260100**. Sétima Câmara Cível, Relator: Ramon Mateo Júnior, Julgado em 28/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70032959579**. Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70038631446**. Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 09/06/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70039308655**. Quinta Câmara Cível, , Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/03/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70040265746**. Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 20/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70042132258**. Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/09/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70042520502**. Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70049200397**. Quinta Câmara Cível, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 08/08/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70049289143**. Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70051455186**. Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 08/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70051716140**. Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70051716140**. Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 90689220058260100**. Nona Câmara de Direito Privado, Relator: Piva Rodrigues, Julgado em 25/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. **Responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2010.082373-9 SC**. Segunda Câmara de Direito Civil, Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil, Julgado em 30/06/2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 200.098-4/9-00**. 5ª Câmara de Direito Privado, Relator: Oscarlino Moeller, Data de Publicação: 02/04/2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 232298120038260196 SP**. 10ª Câmara de Direito Privado, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 31/07/2012, Data de Publicação: 03/08/2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 7643420098260369 SP**. 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 27/10/2011, Data de Publicação: 08/11/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 9155728662009826 SP**. 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 03/02/2011, Data de Publicação: 12/02/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1969.

SOUZA, Hélio Gomes de. **Medicina legal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. A teoria do resultado à luz do Código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 200-220, abr./jun. 1998

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4. ed. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2001.