



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MANOEL CRISTIANO VIEIRA DOS SANTOS

ERRO MÉDICO EM FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA  
CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

SOUSA - PB  
2008

MANOEL CRISTIANO VIEIRA DOS SANTOS

ERRO MÉDICO EM FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA  
CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA - PB  
2008

Manoel Cristiano Vieira dos Santos

**ERRO MÉDICO EM FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA  
PLÁSTICA ESTÉTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais, da Universidade  
Federal de Campina Grande, em  
cumprimento dos requisitos necessários  
para a obtenção do título de Bacharel em  
ciências jurídicas e sociais.

Aprovada em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof<sup>ª</sup>. Carla Rocha Pordeus - UFCG**  
Professora Orientadora

---

**Prof<sup>ª</sup>. Vanina Oliveira - UFCG**

---

**Prof<sup>ª</sup>. Carla Pedrosa - UFCG**

Dedico o presente trabalho aos meus pais  
Creusa Vieira e Francisco José (in  
memorian), a minha esposa companheira de  
todos os momentos, ao meu filho Daniel e  
principalmente a Deus.

## AGRADECIMENTOS

A priori agradeço a Deus pela sua infinita misericórdia e por ter concedido a oportunidade de estar concluindo meu curso; a ele toda honra, glória e louvor.

A minha mãe, que apesar de pouco estudo, ensinou-me valores que jamais serão esquecidos. Obrigado! "Mainha".

A minha esposa pelo carinho e pela paciência com minha ausência afetiva, mas que futuramente será recompensada.

Ao meu filho Daniel, por ser uma benção de Deus, nas nossas vidas.

Ao meu amigo Israel, pelos conselhos, ajuda e paciência, durante todo o curso.

## RESUMO

No início da civilização o ofício do tratamento e da cura dos enfermos era encarregado a verdadeiros curandeiros, imperava o misticismo. O transcurso do tempo trouxe conhecimentos e técnicas, e o reconhecimento de uma nova profissão. Com a profissionalização do médico criou-se a responsabilidade que evoluiu no decorrer da história. Este profissional lida com o bem mais precioso, a saúde e conseqüentemente a vida humana. Ocorre que na atual conjuntura, ente a evolução das ciências e aprimoramento das mais diversas técnicas, os serviços médicos não são requisitados apenas para a cura de doenças, busca-se profissionais de saúde para que através de cirurgias plásticas possam modificar a aparência física, embelezando-a ou reparando alguma anormalidade. A presente pesquisa debruçou-se sob a problemática da cirurgia plástica não-reparadora e da perspectiva de responsabilizar por erro o profissional que por negligência, imprudência ou imperícia trouxe resultado diverso do pretendido, complicações à saúde ou mesmo o óbito. Pretendeu-se discutir, com base na doutrina, legislação e jurisprudência pátrias, a responsabilidade civil do médico nesses casos. Nesse contexto, utilizando os métodos histórico-evolutivo, bibliográfico e exegético-jurídico, explanou-se o processo evolutivo do instituto da responsabilidade civil do médico, demonstraram-se os principais aspectos da responsabilidade civil como hoje é concebida para, por fim, investigar se a obrigação de reparação civil na cirurgia plástica estética não reparadora é de meio ou resultado.

**Palavras – chave:** Erro médico. Culpa. Responsabilidade civil.

## ABSTRACT

In the dawn of civilization the craft of treatment and cure of patients was responsible for real healers, the imperative mysticism. The passing of time has brought knowledge and techniques, and recognition of a new profession. With the professionalization of medical liability is created which evolved in the course of history. This work deals with the most precious, the health and therefore human life. Which occurs in the present situation, between the development of sciences and improvement of several techniques, medical services are not only required for the cure of diseases, try to health professionals, so that through plastic surgery can change the physical appearance, embellished it, or repairing any abnormality. This research has addressed the problem of under non-restorative plastic surgery and the prospect of responsibility for the mistake that for professional negligence, imprudence or inexperience brought the desired result diverse, complications to the health or even death. Pretended is discussing, based on doctrine, law and jurisprudence homelands, doctor's liability in such cases. In this context, using the methods-evolutionary history, literature and exegetic-legal, it is explained the evolutionary process of the institute's liability doctor, showed the main aspects of civil liability as today, designed to ultimately investigate whether requirement the repair capacity in plastic surgery esthetic not restorative and a half or result.

**Words-Keywords:** Medical error. Guilt. Liability.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
INTRODUÇÃO.....	08
<b>CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....</b>	<b>10</b>
1.1 Evolução histórica da responsabilidade do médico.....	10
1.2 Direito Romano .....	12
1.3 Egito Antigo.....	13
1.4 Grécia Antiga.....	14
1.5 Da Idade Média à Idade Moderna.....	14
1.6 Considerações Gerais acerca da Responsabilidade Civil.....	16
1.7 Da Responsabilidade Civil.....	17
1.7.1 Responsabilidade Civil Subjetiva.....	17
1.7.2 Responsabilidade Civil Objetiva.....	18
1.8 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	19
1.8.1 Requisitos do Dano.....	23
<b>CAPÍTULO 2 ERRO MÉDICO E OS SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>25</b>
2.1 Considerações Gerais.....	25
2.2 Conceito de Erro Médico.....	26
2.3 Responsabilidade Médica.....	29
2.4 Negligência, Imprudência e Imperícia.....	30
2.5 Erro Médico: prova e indenização.....	32
2.6 Da Exclusão de Responsabilidade.....	34
<b>CAPÍTULO 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA CIRURGIA PLÁSTICA.....</b>	<b>37</b>
3.1 Aspectos Históricos e Religiosos da Cirurgia Plástica.....	37
3.2 Atividade Médica.....	41
3.3 Obrigação de Meio e de Resultado.....	42
3.4 Cirurgias Plásticas Estéticas.....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAS.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

A ciência médica atualmente é uma das áreas do conhecimento humano que tem mais registrado avanço. Num espaço de menos de quarenta anos diversas técnicas e procedimentos, como, por exemplo, transplantes, mapeamento genéticos, complexas cirurgias plásticas, desenvolvimento de antibióticos e outras drogas, além de inúmeros equipamentos auxiliares, foram desenvolvidos de forma a tornar mais eficazes os diagnósticos e tratamentos.

Entretanto, mesmo com todo este desenvolvimento tecnológico, a medicina ainda é uma ciência em que o fator imprevisibilidade está sempre presente. Os profissionais médicos, por mais especializados que sejam é tendo a disposição um aparato de equipamentos e técnicas modernas, nunca tem condições de garantir à certeza num tratamento, sendo sempre possível a ocorrência de danos ao paciente.

Diante desses avanços tecnológicos das descobertas científicas no campo da medicina, do aumento do direito dos cidadãos e de uma maior conscientização da sociedade brasileira sobre seus direitos, é cada vez mais crescente a demanda nos tribunais pela reparação do erro decorrente da atividade profissional do médico, restringindo o foco deste trabalho a responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica estética não reparadora (sem fins terapêuticos) e a natureza da obrigação de reparação, se de meio ou de resultado.

No campo do Direito Médico, a cirurgia plástica assume lugar de destaque, uma vez que a incidência de processos versando sobre tal especialidade assume proporções desmedidas, sendo digna de nota a quantidade de cirurgiões plásticos que sofrem ou já sofreram questionamentos judiciais à sua prática profissional.

O erro médico a ser apreciado nesta pesquisa bibliográfica passará por leituras doutrinárias e de leis brasileiras visando dar um amplo aspecto do tema à luz da responsabilidade civil, sem crucificar o médico nem desamparar a vítima, apenas tentando mostrar aos pacientes que façam valer os seus direitos, é que os médicos devem ser mais cautelosos em seu ofício desde a interpretação de exames à intervenção cirúrgica.

Inicialmente a pesquisa preocupou-se em abordar, no primeiro capítulo o aspecto histórico da responsabilidade médica, de forma tornar possível ao leitor

melhor contextualizar, o processo evolutivo da medicina. Destacam-se também as considerações gerais acerca da responsabilidade civil, como conceito, com seus aspectos jurídicos e doutrinários; a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva, bem como seus pressupostos e os requisitos do dano.

A *posteriori*, o segundo capítulo desenvolverá a temática do erro médico de modo geral, onde declinará sobre seus diversos aspectos, conceito, responsabilidade médica; negligência, imprudência e imperícia; erro médico, prova indenização; ainda no capítulo em comento reportar-se-á as excludentes de responsabilidade.

Num último momento, o trabalho versará sobre a problemática da cirurgia plástica estética, já que o entendimento majoritário tanto da jurisprudência quanto da doutrina de que a obrigação assumida pelo cirurgião é de resultado encontra-se cedendo espaço para a corrente que acata um conceito mais amplo de saúde e insere neste, concepções acerca de bem-estar, o que engloba estar satisfeito com o próprio corpo, com a própria aparência, defendendo assim que a cirurgia estética não seria puramente “embelezadora” e justificando a obrigação de meio pelo fim terapêutico nela verificado.

## CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Grande parcela dos doutrinadores afirma que a Medicina esteve durante muito tempo revestida de um caráter religioso e místico, em um contexto em que não se responsabilizava o médico, o qual apenas participava de um ritual dependente da vontade divina, sendo-lhe conferida uma conduta inquestionável – médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles. Todavia, é legítimo observar que, embora a prática médica estivesse umbilicalmente vinculada à religião, na Antiguidade, não houve obstáculos ao surgimento do embrião da responsabilidade civil, que foi tratada de modo até muito severo, em algumas sociedades, conforme poderá ser verificado na abordagem que se segue.

### 1.1 Evolução histórica da responsabilidade do médico

Sabe-se que, desde os primeiros momentos de racionalidade, o homem já dedicava esforços em busca da cura e tratamento para problemas relacionados ao seu estado de saúde. Doenças e patologias das mais diversas naturezas sugeriram constantemente a existência do ser humano e, portanto, sempre foram objetos de preocupações, especulações e ações para combatê-los.

Este fato é exposto por Richard Gordon, (apud Edmilson Júnior, 1999, p. 53) que faz menção a mais antiga história médica conhecida informando que a mesma data de 2.980 A.C, no Egito antigo. Faz também referência a outros registros, quando cita que:

O imperador chinês, Fu-His; (c. 2900 A.C) hoje seria um famoso praticante da medicina alternativa, fazendo suas aculputuras e dirigindo o fluxo corpóreo do yang e do ying.

Naturalmente, esta atividade teve a sua evolução marcada pelo o processo histórico de acúmulo de conhecimento da humanidade. Paralelamente a isto, há de se perquirir também quais foram às posturas das diferentes sociedades, em diversos

momentos históricos, tocantes à fiscalização e responsabilização de quem se dedicava à chamada arte e ciência de curar.

Nos primórdios da humanidade, os conhecimentos até então adquiridos eram muitos incipientes e, portanto, insuficientes a uma eficaz atividade médica. Desta forma, embora alguns médicos fossem já adotados de certa eficiência e racionalidades, como por exemplo, as imobilizações de membros fraturados, prevaleciam procedimentos empíricos, na maioria das vezes relacionadas com crenças sobrenaturais como espiritismo, como exemplos destes, cita-se a invocação de Deuses e a realização de rituais.

Ao conseguir realizar a cura, estas pessoas recebiam largos reconhecimentos pela comunidade. Passavam a se destacar das demais pessoas pelos conhecimentos que possuíam e também, em muitos casos, eram vistos como verdadeiros Deuses que tinham como responsabilidade maior, livrar o mundo dos males que o afligem.

Entretanto, comumente, estas sociedades primitivas não eram tolerantes com as ineficácias dos tratamentos realizados pelas mencionadas pessoas. O insucesso, em geral, não era bem tolerado, havendo, desde já, acusações de imperícia e incapacidade, sendo registrada aplicação das mais variadas sanções.

Em relação à responsabilidade civil de uma forma geral, aponta-se que, nos primórdios não se cogitava do fator culpa e caso houvesse um dano, havia desde já uma reação instintiva e vingativa.

O primeiro documento histórico, ainda que incompleto, conhecido sobre o tema é a lei de Ur nammu, conhecida como as tábuas de Nippur, e que foi escrito em sumério no séc. XXI A.C. Este é o documento mais antigo que se conhece, e constitui a base dos demais códigos que existiram ao longo da evolução histórica conhecida da civilização humana, ainda que, a medida em que esta foi se desenvolvendo, estes foram-se refinando, embora sempre refletindo o princípio da separação proporcional ao valor da perda.

Outro documento que normativa, entre outros, o exercício da medicina é o Código de Hamurabi, o qual disciplinava matérias diversas relacionadas ao assunto, como por exemplo, a remuneração pelo serviço prestado em difíceis operações e a determinação do dever do médico de atuar com o maior zelo e cuidado possível. A quem desrespeitasse tais regras eram cominadas graves sanções, tendo-se como

exemplo a amputação da mão do profissional, conforme é a seguir descrito por Moraes (1998, p. 355):

Se um médico abrir um tumor ou tratou com faca uma ferida grave ou curou um olho doente ele receberá dez ciclos de prata. Se o paciente for um homem livre, cinco ciclos se forem um descendente de plebeu, dois ciclos se for um escravo. Se um médico abrir um tumor ou tratou com faca uma ferida grave, e isso causou a morte da pessoa; se o médico fez o paciente perder o olho, então suas mãos serão cortadas se tratar de um homem livre. Se se tratar do escravo de um plebeu, ele deverá fornecer outro escravo.

Percebe-se desta forma, que neste período, na Mesopotâmia, a noção que prevalecia era uma idéia de responsabilização objetiva do médico, independente de aferição de culpa. Caso da cirurgia seguisse um dano ao paciente, caberia ao médico responder, não havendo escusas de que o resultado era inevitável.

## 1.2 Direito Romano

O direito romano desenvolveu uma outra postura para o tratamento da matéria, tendo sido inclusive muitos dos princípios desenvolvido a esta época servindo com inspiração para legislações modernas e contemporâneas.

Sabe-se que inicialmente em Roma predominava a vingança privada, quando o Estado não tinha participação na punição ou reparação de danos. Aos poucos, o Poder Público passou a regulá-la, permitindo ou proibindo. Em seguida, desenvolveu-se a composição voluntária, quando a vítima podia exigir "resgate", valor em dinheiro ou bens; e, posteriormente, há a chamada compensação tarifária, em que a lei previa os valores a serem pagos para diferentes casos concretos.

Lopes (1995, p. 163) cita que:

"A noção de responsabilidade, nos seus pródromos, aparece com o caráter genuinamente objetivo". Concluindo "que só com os compiladores justinianeus passou a culpa a subjetivar a responsabilidade".

O maior marco, que se constituiu em grande contribuição para o direito moderno, foi a *Lex Aquilia de Damno*, responsável pela formulação da culpa como elemento fundamental na reparação da lesão. Este instrumento normativo teve como característica, entre outras, o fato de substituir multas fixas por uma pena

proporcional ao prejuízo causado, tendo sido previstos até delitos específicos a atividade médica, como, por exemplo, a realização de experiências perigosas, erros por imperícia e abandono do paciente. Previa que, em havendo um dano, este apenas material e não moral – surgia uma obrigação de indenizá-lo.

Havia três requisitos para ser caracterizado o direito à reparação: o dano deveria ser contrário ao direito; a falta devia ser positiva – e não omissiva; e o dano deveria ser causado por um contato direto do corpo do autor com o da vítima. Este último requisito não era dotado de total rigidez, tendo-se aceitado a obrigação de indenizar em casos que não havia este contato.

Garcez Neto (2000, p. 171), expõe que:

A particularidade do regime instaurado pela lei Aquilia consiste em que ela não se limitou a introduzir novas categorias do fato danoso como fonte de obrigação de reparar. Foi muito além, unificando todo o sistema anteriormente em vigor.

Especificamente para os médicos, havia sanções como pena de morte e deportação, as quais, entretanto, eram de aplicações raras, tendo em vista dificuldades de comprovar a existência de culpa no caso concreto. Havia, por conseguinte, previsão abstrata de severas penas, mais não ensejavam em efetivas punições na prática.

### 1.3 Egito Antigo

No Egito antigo, o ofício médico muitas vezes confundido com a atividade de sacerdotes, era fortemente reconhecido e recebia um alto status social havia um livro que espunha todas as normas a serem seguidas pelos médicos. Casos estes obedecessem às regras, independentemente do sucesso ou insucesso alcançado em relação ao paciente, eram isentos de qualquer punição ou obrigação reparatória. Se, entretanto, os referidos preceitos fossem desrespeitados, podiam ser punidos inclusive com a pena da morte.

## 1.4 Grécia Antiga

A Grécia trouxe relevantes contribuições à medicina e também às normas relativas a este ofício. A partir da busca da racionalidade e da cientificidade, foram elaboradas importantes construções deontológicas, tendo-se como exemplo, o juramento de Hipócrates, repetido até hoje pelos concluintes dos cursos médicos. A normatização da "arte de curar" teve como característica básica a exigência da culpa como requisito para a responsabilização do profissional.

Também se aponta a utilização de junta de médicos para avaliar o caso concreto se houver ou não ação culposa, trazendo com isso ao julgamento conhecimento especializado na matéria.

Na Grécia, no século V a.C eram usadas regras para a atividade médica com base nas leis egípcias e no Império Romano, a *lex aquilia* (século III A.C), obrigava o médico a indenizar aos senhores, os danos causados aos seus escravos e aplicava-lhe a pena máxima no caso de morte de um cidadão romano, mais também obrigava o médico a indenizar a morte de um escravo soube seus cuidados e aquele que agisse com negligência, imprudência ou imperícia poderia ser exilado, vendido ou deportado.

Assim lecionam Detton Croce e Delton Croce Júnior (1997, p. 5):

A lei aquilia, embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno ao se referir ao "dominum injuria data", estabeleceu enfim a base para as legis modernas, soube as responsabilidades dos médicos ao obrigá-los a pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos e ao abolir pena de morte, preconizando em seu lugar, o exílio ou a deportação (*interdictio et egni*) ao profissional culpado de negligência, imprudência ou imperícia no exercício da arte de curar.

## 1.5 Da Idade Média à Idade Moderna

Passando a antiguidade dois séculos antes do fim da idade média, apontam-se importantes marcos para a medicina. Surgem no século XIII, universidades estruturadas para a formação de especialistas e, em seguida formarem-se corporações médicas bem organizadas, os quais interferiram na construção do ordenamento jurídico relativo ao exercício da atividade, incluindo o dimensionamento de suas responsabilidades.

Já na idade moderna, cabe citar a importante contribuição da França no tocante a matéria. No início do século XIX havia uma instituição denominada "Academia de Medicina de Paris", a qual no ano de 1829 proclamou que a única responsabilidade que devia haver para os médicos seria a moral, ou seja, a própria atuação da consciência do profissional era tida como bastante para a sua punição. Partindo desta premissa, havia na prática quase que uma imunidade destes profissionais, os quais só veriam os seres responsabilizados caso suas condutas fossem manifestas e visivelmente imprudentes, negligentes ou com em perícia. O fundamento era que a medicina, por ensejar uma pluralidade de critérios e médicos possíveis para um dado quase concreto, era por definição imprecisa, de forma que só se podia constatar a culpa se o erro fosse grosseiro e facilmente identificável.

Alegava-se que se obrigasse o médico a ressarcir financeiramente um dano, estar-se-ia causando um enriquecimento sem causa, às custas do profissional responsável pela nobre missão de zelar pela saúde das pessoas.

Estes posicionamentos fortemente influenciavam a jurisprudência francesa, de forma que os resultados eram rotineiramente favoráveis aos médicos, até que, em 1832, consta a famosa atuação do procurador do Dupin. Num caso concreto, um médico, que fora chamado para fazer um parto às seis horas da manhã e só tendo se apresentado três horas depois, foi processado perante a justiça francesa, pois para realizar o mencionado procedimento, amputou os dois braços do feto, tendo ficado a criança sem nenhum membro superior.

A academia nacional de medicina, fortemente corporativista pronunciou-se em favor do réu, tendo nomeado, a pedido do tribunal quatro médicos de reconhecida competência para avaliarem o caso. Estes profissionais, entretanto, contrariando as expectativas da mencionada academia, concluíram que o médico em questão cometeu falta grave e que não havia razões para a amputação de nenhum dos braços do feto.

Não obstante isto, a academia impugnou este laudo, tendo solicitado outro, o qual concluiu em sentido contrário, ou seja, pela não responsabilização do médico. Todavia, o procurador Dupin defendeu a condenação do réu, alegando que, independentemente da necessidade de haver intenção, houve negligência e erro grosseiro, devendo por isso responder o profissional. O médico foi finalmente condenado pelo tribunal ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

Representa, portanto, este caso um marco histórico no tocante à matéria, haja vista atribuir a responsabilidade ao profissional por erro cometido, o que é até então era de difícil ocorrência.

### 1.6 Considerações gerais acerca da responsabilidade civil

O étimo do vocábulo responsabilidade vem do latim, do verbo respondera que tinha como significado garantir algo, porém só teria sentido este garantir algo se alguém fosse incumbido a esta garantia. Linguisticamente "responsabilidade é a qualidade do que é responsável; obrigação de responder pelos seus atos ou de outrem"(SILVEIRA, 1986, p. 998). Na responsabilidade civil, desde que em um pólo esteja o credor e em outro o devedor. A este cabe a obrigação pelo adimplemento, uma vez que toda obrigação gera uma reparação.

No Código Civil pátrio, o conceito de responsabilidade civil vem pela justaposição dos artigos 186, 187 e 927, onde versam sobre a reparação do dano moral e patrimonial ocorrido por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito, por culpa ou previsão legal, tendo como referência a voluntariedade.

A doutrina é grande propulsora da evolução da responsabilidade civil, cada doutrinador é um pensador, um filósofo, que visa dizer em seus escritos as necessidades e evolução do homem no campo em que compete a aplicação da justiça. Como foram citadas as necessidades e evolução do homem é possível que em breve todas as doutrinas estejam se referindo aos conceitos de responsabilidade civil que hoje se tem como se fosse um pretérito distante. Os parâmetros atuais nos concedem uma ótica de responsabilidade civil que Diniz (2005, p. 40), assim conceitua:

A responsabilidade civil é a aplicação das medidas que uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, 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.

Diante dos conceitos jurídicos e doutrinários tem-se na responsabilidade civil o grande indexador que tem em um pólo a vítima, aquele que sofreu o dano moral ou patrimonial, e no outro o que deverá ressarcir-lo, sendo observada a previsão legal e o enriquecimento sem causa.

## 1.7 Da responsabilidade civil

A responsabilidade civil nasce dos fatos jurídicos que dão origem as obrigações, tendo como fonte imediata: a lei; e como fontes mediatas: os atos jurídicos em sentido estrito, os negócios jurídicos e os atos ilícitos. No ordenamento jurídico pátrio a responsabilidade civil divide-se em: responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

### 1.7.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva nasce do ato ilícito que o Código Civil, no art.186, assim menciona: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Para que se configure a responsabilidade subjetiva será necessário que o agente agressor seja imputável, e que este tenha agido por dolo ou culpa, sempre comparando o agente agressor a uma pessoa normal do ponto de vista psíquico do homem médio brasileiro. A responsabilidade subjetiva pode ser direta ou indireta. Direta quando o individuo responde por seus próprios atos. Na forma de responsabilidade indireta, esta é subjetiva quando responde por força da lei por coisa inanimada ou ser movente que esteja sob sua proteção, conforme o Código Civil, art. 936: "o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior". E o art. 937: "o dono de edificio ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta".

A culpa é o elemento básico da responsabilidade subjetiva, a partir da concepção de culpa é que a responsabilidade subjetiva repousa sobre a teoria da culpa, não basta que se tenha a comprovação do dano, mas que se prove a culpa o agente. A respeito desta teoria a culpa deve servir como parâmetro para a

indenização, seja pelo seu grau: "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização" (art. 944, parágrafo único, CC); ou pela gravidade, como expõe o Código Civil, art. 945: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Para a responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa a obrigação de se indenizar pelo dano causado só será possível se for constatada a culpa do agente, não havendo culpa ou por falta de sua comprovação a vítima, infelizmente, há de suportar o prejuízo.

### 1.7.2 Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade objetiva dispensa a culpa do agente, como se faz na teoria subjetiva. Portanto pensar em responsabilidade sem culpa é se deparar com a teoria da responsabilidade objetiva, teoria do risco. A responsabilidade objetiva deriva da lei, ou da atividade. A culpa, nesta teoria, é presumida, no entanto admite-se em alguns casos a inversão do ônus da prova. Por ser presumida a culpa é bastante a comprovação, pela vítima, do nexo de causalidade e o dano por ele provocado, como bem diz Rodrigues (2002, p. 11):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou danosa do agente causador do dano é de menor relevância. Pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar que tenha este último agido ou não culposamente.

Na responsabilidade civil objetiva é a vítima que tem de provar o dano e o nexo de causalidade, embora em algumas hipóteses o ônus da prova seja invertido geralmente motivado pela hipossuficiência da vítima, que nem sempre é de cunho financeiro, mas, principalmente por falta de condições técnicas para a sua comprovação.

## 1.8 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Em toda a doutrina grande é o esforço e a dificuldade de se caracterizar os pressupostos da responsabilidade civil. Para Diniz (2005, p. 41): "bastante difícil é a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil". Vários os que tentaram determinar os pressupostos da responsabilidade civil, entre eles Marty e Raynaud, Salvatier e Toubucchi. Diante da doutrina os pressupostos mais evidentes da responsabilidade civil são na concepção de Rodrigues (2002, p. 14): "ação ou omissão; culpa do agente; relação de causalidade; dano experimentado pela vítima". Assim define o autor supra citado:

Ação ou omissão do agente. A ação é o fato gerador da responsabilidade civil. Caracterizada pela conduta humana, a ação é ato de forma comissiva ou omissiva, ilícita ou lícita, essencialmente voluntária e imputável. Da ação ou de sua falta é que o agente será responsabilizado civilmente por ato cometido por si próprio, por ato de terceiro ou por coisas animadas ou inanimadas, que estejam sob a sua vigilância.

Os atos cometidos pelo próprio agente podem ter natureza ilícita, caracterizando a culpa do agente, como preconiza o Código Civil pátrio, artigos 186 e 187, fundado na concepção de culpa. Já, os atos de conduta lícita se apóiam na teoria do risco que atualmente ganha cada vez mais espaço no âmbito da responsabilidade civil, nesta temática o Código Civil brasileiro traz nos artigos 927, parágrafo único, e 931 casos de responsabilidade por ato lícito. E cada vez maior a necessidade da reparação do dano e a insuficiência da culpa para solucionar a querela, da a preocupação do legislador em atribuir à responsabilidade por ato lícito.

A responsabilidade oriunda de conduta comissiva tem por base a feitura de ato que não se deveria praticá-lo, e de conduta omissiva quando o agente deixa de observar a prática de determinado ato que deveria realizá-lo. A ação ou omissão só deverá ser imputada ao agente que agir voluntariamente.

Culpa do agente. A culpa na responsabilidade civil tem contorno diverso de outras atividades nos diversos ramos do direito ou específico da própria responsabilidade civil. Por ser um dos pressupostos da responsabilidade, logo,

decorre da ação ou omissão do agente. A culpa do agente leva a doutrina a dividir, em dois grupos.

O primeiro grupo valoriza o aspecto psicológico do agente, não só analisando a violação de uma regra de conduta, mas que o agente tenha tido a possibilidade de prever o evento danoso, tendo como parâmetro o entendimento de uma pessoa padrão, de entendimento comum à população.

Já o segundo grupo tenta avaliar o fato danoso como fato social que resultou da conduta irregular do agente que causou o dano.

A culpabilidade vista no âmbito cível ocupa dimensão diversa do direito penal. A culpa que repousa a responsabilidade civil tem conotação abrangedora do dolo e da culpa. Deste entendimento de culpabilidade devemos separar o dolo da culpa. Nesta o agente prevê a possibilidade de provocar o dano, porém assume o risco. A culpa repousa na negligência, imprudência ou imperícia.

A culpa em sentido estrito pode ser definida como conduta voluntária, que diverge ao dever de cautela imposto pela norma legal, que involuntariamente produziu dano, mesmo que previsto ou previsível.

O dolo é a vontade intencional do agente de praticar a conduta para provocar o dano. No dolo a atitude do agente é voluntária e consciente.

Tanto o legislador do Código Civil de 1916, no artigo 159, quanto o do Código Civil de 2002, artigo 186, elegeram a culpa como o epicentro da responsabilidade subjetiva, fundada na negligência ou imprudência que terá como parâmetro o homem médio, a pessoa comum. A negligência ou imprudência são os norteadores da responsabilidade civil. Além da culpa a responsabilidade civil ganhou reforço no art. 927, parágrafo único do Código Civil: "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". A responsabilidade sem culpa no artigo supracitado teve sua origem no ordenamento brasileiro com o Decreto Legislativo nº 2.681 de 1912. Com o advento do Código Civil de 1916, o art. 159, tal qual o art. 186 do Código Civil de 2002, estatui a responsabilidade objetiva que desfilou em vários artigos do Código Civil de 1916 referia-se a responsabilidade no transporte ferroviário.

A culpa é extracontratual ou aquiliana quando nos ditames dos artigos 186 e 927, *caput*, isto é, se faz necessário apenas a ocorrência do ato ilícito cabendo ao

lesado a responsabilidade de prová-lo. Quando a responsabilidade é fundada no contrato o Código Civil, assim, disciplina no 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.

Neste caso aquele que pedir indenização não será necessário a sua comprovação de prejuízo, deverá, tão somente, demonstrar que o devedor está em mora.

A culpa pode ser classificada em grave, leve ou levíssima. A grave é a que mais se aproxima do dolo, quando há negligência extrema que se manifesta de modo grosseiro, não sendo previsível à pessoa normal entre as demais. A leve é a que poderia ser evitado por pessoa comum, o bom pai de família, bastando atenção ordinária. A levíssima é a que para ser evitada deveria ser dispensado de atenção extraordinária, ou de técnica ou conhecimento específico. A maioria dos juristas não avalia o teor da culpa, mas a gravidade do dano fundados no *caput* do art. 944 do CC. "A indenização mede-se pela extensão". Todavia o mesmo artigo no seu parágrafo único admite ao magistrado um equacionamento entre dano e culpa: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização".

Há, entretanto, a possibilidade de excludentes da responsabilidade. São excludentes da responsabilidade: a culpa da vítima, o caso fortuito ou de força maior, cláusula de não indenizar, exercício normal de um direito, legítima defesa. A ocorrência de uma excludente da responsabilidade no entender de Rodrigues (2002, p. 164) "atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade".

Sendo a culpa exclusiva da vítima não pode, nesta hipótese, atribuir à responsabilidade ao agente causador do dano, este não teve culpa, inexistente neste caso a culpa do agressor, logo, também inexistente o dever de ressarcir o dano. Porém, se a culpa for concorrente entre a vítima e o agressor há de se verificar até onde vai à culpa de cada um para que se estipule o quanto que é indenizável, pelo agressor, e de quanto será o prejuízo que a vítima terá de suportar. Caso não haja possibilidade de determinar o grau de culpa de cada um, a doutrina propõe a divisão equitativa do dano.

O caso fortuito ou de força maior levam os doutrinadores a entendimentos e conceitos diversos. A doutrina mais tradicional atribui o caso fortuito: aos eventos da natureza; e os de força maior aos atos humanos. Para que exista o caso fortuito ou de força maior será necessário que o evento seja inevitável - requisito objetivo - e a falta de culpa do agente diante do ocorrido - requisito subjetivo.

Já doutrinadores como Diniz (2005) entende que na força maior se conhece a causa que provocou o evento, enquanto que o caso fortuito é provocado por causa desconhecida.

Estas questões doutrinárias não influem no campo legal. O Código Civil pátrio no artigo 393 trata conjuntamente o caso fortuito e a força maior sob a exigência de que os efeitos não fossem possíveis evitá-los ou impedi-los.

Em regra o caso fortuito e a força maior são excludentes da responsabilidade civil seja contratual ou aquiliana. Porém há casos que mesmo o caso fortuito ou a força maior não isenta da obrigação de reparar o dano, caso da responsabilidade objetiva, cujo mister por si só se enquadra na teoria do risco. Há também hipóteses em que mesmo ocorrendo o caso fortuito ou a força maior persiste a obrigação do agente, são os casos previstos em lei, p. ex.: os artigos 246 e 583 do Código Civil.

O caso fortuito e a força maior devem ser analisados no caso concreto com cautela, sempre norteado pela imprevisibilidade e inevitabilidade do evento, verificando, ainda, se o agente não concorreu para o evento.

Cláusula de não indenizar. Esta excludente de responsabilidade emerge do contrato. Entretanto, não é absoluta, o julgador deverá sempre analisar se esta cláusula não é abusiva ou se não contraria o ordenamento jurídico.

Exercício normal de um direito ou exercício regular de um direito está regulado no Código Civil, artigo 188, inciso I, como excludente de responsabilidade civil, embora o artigo 187 do mesmo diploma suste os abusos, excessos, taxando-os como ato ilícito.

Legítima defesa. O instituto da legítima defesa no Direito Civil funda-se nos mesmos critérios do Direito Penal. Mesmo o Direito Penal sustando a possibilidade da vingança pelas próprias mãos (cf.art. 345, CP) admiti a legítima defesa como excludente de culpabilidade. Se o direito tutela a vida, logo cada indivíduo tem o dever consigo mesmo de defendê-la. De modo análogo age o Direito Civil excluindo a culpabilidade para aquele que agir em legítima defesa de si ou de outrem isentando da responsabilidade civil (cf.art. 188, 1, CC). Na legítima defesa o julgador

deverá avaliar a proporção dos atos, a desproporção na atitude do ofendido se caracteriza como ato ilícito, como se ver no texto do nosso Código Civil, no artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao contratual a obrigação de indenizar nos casos de inadimplemento nas obrigações de fazer ou de não fazer.

A reparação deve ser, preferencialmente, na medida do dano. Esta reparação sempre recai em uma sanção pecuniária, p. ex., se A danifica um objeto de B e tendo B restituindo a A com objeto igual, mesmo assim houve um ressarcimento pecuniário, há de se considerar que este objeto restituído tem um valor monetário.

Difícil é de se calcular o valor do dano quando este não recaiu sobre coisa material, mas sobre o físico ou sentimento humano, p. ex., a vítima sofre por ter sido abalada o seu íntimo, a sua dignidade, a sua moral. Neste caso a vítima não reclama, inicialmente, o prejuízo material, mas a dor, o sofrimento, o dano moral.

Mesmo que o dano moral não tenha a característica de reparar o dano em pecúnia, porque este é inestimável, tem por objeto amenizar a dor, o sofrimento, da vítima e penalizar o agressor em uma sanção pecuniária e/ou penal, dependendo do caso real, visando a não repetição do ato agressivo.

A idéia central de dano moral é que não afeta o patrimônio material da vítima, entretanto o dano causado a moral de uma pessoa além de ferir o seu íntimo poderá também acarretar prejuízos patrimoniais. Esta modalidade de dano, por ser de alta subjetividade a de se verificar com minúcias, extrema cautela por parte do julgador, para se evitar o ressarcimento sem culpa e enriquecimento sem causa.

É simples a estipulação do dano material, pois é dano visível, mensurável. No entanto a de se calcular segundo o comando dos artigos 402 e 403 do Código Civil (CC), cuja regra é: nas perdas e danos incluem e são devidos os prejuízos efetivos e os lucros cessantes.

### 1.8.1 Requisitos do Dano

Os requisitos na obrigação de indenizar o dano são os seguintes: a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa. Só se pode falar em restituição se realmente se constatar o dano, pois este se caracteriza pela redução patrimonial ou lesão morais; b) Efetividade ou certeza do dano. O dano deverá ser ressarcido mediante a verdadeira comprovação

de sua existência, salvo os casos de dano presumido, pois o dano é condição elementar à sua indenização, logo se faz necessário a sua comprovação; c) Causalidade. O dano deve estar intrinsecamente ligado à causa que o provocou. Daí, podendo se distinguir o dano direto-quando se origina da ação com conseqüência indiferente do dano indireto-causado por fato superveniente da atitude lesiva, p.ex. O fabricante de determinada peça defeituosa que após a sua colocação provocou incêndio no automóvel. Neste caso o fabricante será responsabilizado também pelos prejuízos provenientes de circunstâncias posteriores; d) Subsistência do dano. O dano tem de subsistir. Se já satisfeito pelo o lesado não subsiste mais, porém, se o prejuízo foi recuperado pela própria vítima-a obrigação ainda se subsiste, e se foi reparado por terceiro, este se sub-roga no direito de ser ressarcido pela a indenização; e) Legitimidade, para pleitear a indenização pelo dano sofrido a legitimidade se restringe ao titular do direito atingido, ou seus beneficiários, leva-se em consideração os pressupostos da lei que se assenta em garantir os direitos daqueles que dependam ou possam reclamar alimentos do titular do direito; e f) Ausência de causa excludente de responsabilidade, o dano só poderá reivindicado se não houver nenhuma excludente de responsabilidade, tais como: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, cláusula de não indenizar.

## CAPÍTULO 2 ERRO MÉDICO E OS SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Nas últimas décadas tem se observado o aumento de processos contra médicos, muito desses são movidos devido a erro médico, os quais a maioria está ligada a negligência, a imprudência e imperícia destes profissionais. Como se pode ver nas linhas delineadas a seguir.

### 2.1 Considerações Gerais acerca do erro médico

Desde o início da vida em sociedade, e logicamente, desde que o homem passou a assimilar técnicas de cura e diagnósticos dos males que atormentam a sua vida e a de seu semelhante, a humanidade passou a ver os médicos como verdadeiros deuses, entidades divinas cuja responsabilidade maior é de livrar o mundo dos males que o afligem e devolver a paz, a segurança e evidentemente a saúde perdida.

Atualmente os atos errôneos dos médicos são detectados com mais facilidade, haja vista que o cidadão está mais bem informado, isto leva cada vez mais estas querelas aos Tribunais que devem declarar se houve ou não responsabilidade médica, assim, se houve responsabilidade, o valor da indenização por culpa profissional, inclusive a médica, é que em países como a França existe o seguro responsabilidade, como pode se notar no enunciado de Rodrigues (2002, p. 3):

Realmente, enquanto em muitos países, principalmente na França, as questões de responsabilidade civil representam alta porcentagem dos feitos ajuizados, no Brasil, embora numerosas não atinjam cifras tão elevada. Isso se deve, pelo menos em parte, acredito, ao menor desenvolvimento, entre nós, do seguro responsabilidade.

No Brasil, não existem dados estatísticos precisos sobre o número aproximado de erros médicos cometidos anualmente, mas estima-se que existam mais de dez mil processos tramitando nos tribunais contra médicos acusados de

falta de ética e profissionalismo na prática da medicina, em sua maioria arguindo pela responsabilidade civil do requerido.

A problemática desta responsabilidade sobre a área médica traz repercussões penais, civis e administrativas, as quais nascem em decorrência de atos falhos cometidos pelo profissional e que acabam gerando conseqüências danosas a seu paciente.

O médico tem influência direta sobre o corpo, ou parte dele, e o psiquismo humano, devendo ter plena consciência dos deveres éticos e jurídicos que lhe advém, pelo exercício de sua profissão, dever este que visa à redução ao máximo, para os pacientes e a comunidade em geral, dos efeitos nocivos possíveis nessa área.

Verificam-se hoje freqüentes casos de omissão por parte dos profissionais da área de saúde, bem como erros, cirurgias desnecessárias ou indevidas, tratamento, prescrições impróprias, e outras desagradáveis conseqüências de imperícia, negligência ou imprudência.

Para fins efetivos, o ato médico deve se configurar livre de qualquer espécie de omissão que possa ser caracterizada como inércia indiferença, passividade, descaso ou abandono do paciente.

## 2.2 Conceito de erro médico

A palavra erro deriva do latim *error* de *errare*, no sentido de enganar-se, desviar-se do que é correto, equivocar-se.

Destarte o erro médico pode ser conceituado como um equívoco do facultativo no procedimento adotado quando do atendimento do paciente. Tal equívoco pode se dar pela imperícia do profissional da medicina, por sua imprudência ou negligência ou, ainda, quando se tratar de cirurgia plástica estética, por não ser atingindo o resultado contratado como cliente.

O Direito brasileiro considera o contrato entre um médico e um paciente um acordo bilateral de meios e não de resultados, ou seja, o profissional compromete-se a tratar do paciente sem a obrigação de curá-lo, fazendo uso de todo o seu conhecimento técnico-científico e oferecendo o melhor de si para alcançar os melhores resultados possíveis. Assim, não tem o médico a obrigação de curar, mas

sim de fazer o possível para melhorar a saúde do paciente, portanto, a sua obrigação é uma obrigação de meio.

Baseado na teoria da culpa, a ser analisada a seguir, é que Júlio César Meirelles e Genival Veloso França (2002, p.12) definem "erro médico" como:

A conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência.

Prevê o direito brasileiro que para que se configure a responsabilidade civil do médico por erro ocorre à necessidade de que se prove a conduta delituosa no exercício da atividade médica. Cabe, pois, ao paciente provar que o profissional médico incorreu em culpa.

Quanto à configuração do erro médico, cita-se a explicação de GOMES (2002, p. 25):

O erro médico pode se verificar por três vias principais. A primeira delas é o caminho da imperícia decorrente da "falta de observação das normas técnicas", por despreparo prático ou "insuficiência de conhecimento" como aponta o autor Genival Veloso de França. O segundo caminho é o da imprudência e daí nasce o erro quando o médico por ação ou omissão assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico ou, sobretudo, sem esclarecimentos à parte interessada. O terceiro caminho é o da negligência, a forma mais freqüente de erro médico no serviço público, quando o profissional negligencia, trata com descaso ou pouco interesses os deveres e compromissos éticos com o paciente e até com a instituição. O erro médico pode também se realizar por vias esconças quando decorre do resultado adverso, da ação médica, do conjunto de ações coletivas de planejamento para prevenção ou combate às doenças.

O manual de orientação ética disciplinar do Conselho Federal de Medicina define o erro médico como sendo:

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnico estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos conselhos de medicina ou na justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo.

Os danos podem ter origem em ato culposo ou doloso ato médico, acarretando uma obrigação de compensação.

A medicina nos dias atuais dispõe de um vasto e recursos científicos, reconhecido inclusive, por organismos internacionais. São inúmeros os recursos tecnológicos a disposição do médico. Toda essa tecnologia vem afastando o médico do paciente. Outrora existia a figura do médico de família que acompanhava toda problemática de saúde dos membros das famílias por ele assistidas. Este tipo de médico trabalhava geralmente na condição de clínico geral que muitas vezes dava diagnóstico apenas em conversar com o paciente, havia uma humanização neste profissional.

A tecnologia vem substituindo o lado humanitário do médico por diagnósticos feitos por análises – exames clínicos – tornando a relação médico-paciente cada vez mais impessoal. Além dos exames clínicos, um outro fator que está contribuindo para que a relação médico-paciente seja cada vez mais profissional é o modo operante em que os médicos, semelhantes aos advogados vêm se tornando cada vez mais especialistas, deixando de serem clínicos gerais para ter apenas uma especialidade, seja atendendo em conglomerado ou individualmente.

Sabe-se que com o avanço da tecnologia a medicina, tem evoluído bastante no que concede ao diagnóstico de inúmeras doenças, porém tem afastado aquele lado humanitário que existia entre médico e paciente, pois logo sabiam o que estavam acontecendo, acertava o diagnóstico do mal que a cometia o paciente e resolvia com facilidade de modo prático. Como dizia Edmilson Júnior (2007, p.110) que “tão importante como conhecer a doença é conhecer a pessoa que tem a doença”.

O procedimento médico tem início com o atendimento ao cliente oportunidade, em que o médico terá com ele o primeiro contato é neste momento que o facultativo toma conhecimento dos incômodos vem acometendo futuro paciente devendo ficar atento a todas as informações que lhe serão transmitidas, assim que possam elaborar com exatidão o prontuário médico, no qual deverá constar o maior número de dados possíveis sobre o cliente (idade, sexo, hábitos, sintomas que apresenta doenças já diagnosticadas, enfermidades que acometem familiares).

O prontuário médico é de fundamental importância para que o profissional possa fazer o diagnóstico da doença com mais segurança e, assim, adotar a

conduta correta. De fato, o médico age dentro de um critério de probabilidade de ao diagnosticar, já que nem sempre é possível estabelecer exatamente que tipo de mal aflige seu paciente. Analisando os dados prontos dos prontuários, poderá estabelecer o diagnóstico e estabelecer a conduta a ser tomada.

Diante deste exposto depreende-se que o erro médico é a conduta culposa do médico no exercício de sua profissão, seja avaliando um exame clínico, dando parecer técnico-científico, ou até no ato cirúrgico. Se da atitude culposa do médico resultar dano ao paciente, ter-se-á neste caso um erro médico. A culpa no erro médico é semelhante às demais profissões, isto é, a existência de negligência, de imprudência ou imperícia.

### 2.3 Responsabilidade médica

A paciente vítima de erro médico pode acionar o profissional diante três esferas distintas: criminal, cível e junto ao conselho regional de medicina.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, bem como o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, destacaram a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, assim como para os prestadores de serviços em geral. Os dispositivos mencionados enquadram hospitais, clínicas, casas de saúde, laboratórios, dentre outros, como responsáveis, independentemente da comprovação de culpa, pelos danos alegados por aqueles que usaram seus serviços. Para isso é necessário que o paciente ou vítima comprove que fez uso do serviço oferecido pela empresa, e que sofreu um dano por consequência desse serviço. Não importa se houve culpa por parte daquele que prestou o serviço na configuração do dano à vítima, pois reza da carta magna e o Código de Defesa do Consumidor de que existe ao dever de indenizar e, caso seja de interessante da perda prejudicada, o posterior ingresso em juízo contra o causador direto do dano.

Já a responsabilidade subjetiva, que se aplica aos médicos enquanto profissional liberal existe o dever de indenizar se a vítima ou o paciente demonstrar, em juízo que existiu culpa por parte do profissional contratado para a realização do serviço médico, dentro dos fatores de culpa que nascem a partir da negligência, imprudência ou imperícia.

Legalmente a responsabilidade médica está fundamentada nas normas jurídicas civis e penais que consubstanciam os anseios comportamentais da época. Baseiam-se, entretanto, nos critérios de avaliação da culpabilidade do agente a partir de duas teorias distintas: a teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa e a teoria da responsabilidade objetiva ou teoria do risco.

A partir da culpa a responsabilidade civil encontra fundamento na verificação de culpa por parte do agente que provocar o dano, ou assume o risco de que o mesmo venha a configurar-se (culpa) ou age por meio de negligência, imprudência ou imperícia. Neste caso, independentemente de culpa do agente, que será, por conseqüência, obrigado a ressarcir o prejuízo causado em resposta à conduta culposa. Ou seja, toda ação culposa gera uma indenização.

Já a teoria objetiva não exige a prova de culpa do agente, uma vez que este passo a ser presumida pela lei ou simplesmente se dispensa a sua comprovação por quem quer que seja. Simplesmente não ocorre a necessidade de se provar a culpa do agente para estabelecer o nexo causal entre sua conduta e o dano causado, bastando apenas que o agente responsável por um ato lesivo coloque em risco algum bem jurídico de outrem por meio de seu ato. Deve existir apenas o nexo causal entre o ato lesivo de alguém e o prejuízo acarretado a outrem. Diniz (2005, p. 59) chama esta teoria de teoria do risco ou responsabilidade sem culpa, ou seja, todo aquele que danificar bem alheio é responsável pelo seu ressarcimento, sem a necessidade de se comprovar a culpa embutida no ato, pois esta é presumida pela lei. Independe, assim, a responsabilidade objetiva da comprovação da culpa do agente, bastando existir apenas o nexo causal entre o ato lesivo e o prejuízo ou dano.

#### 2.4 Da Negligência, Imprudência e Imperícia.

A negligência, a imprudência e a imperícia são formas de culpa mais comuns que levam ao erro médico e a posterior propositura de ações indenizatórias na justiça e na abertura de processos ético-profissionais nos conselhos regionais de medicina contra os médicos.

A negligência deriva do latim negligência, e significa um descuido, desleixo, uma falta de diligência, incúria preguiça, com uma falta de atenção e um profundo

menosprezo. Configura-se quando o profissional deixa de observar os deveres impostos à execução de qualquer ato. Pode ocorrer quando o doente é abandonado à própria sorte ou em mãos inexperientes, assim como quando sofre a omissão de socorro, a violação do dever de diligência e a impontualidade do médico.

Assim, descreve NORONHA (1973, p. 146), negligência:

é inação, inércia e passurdade. Decorre da inatividade material (corpórea) ou subjetiva (psíquica). Reduz-se a um comportamento negativo. Negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso.

A imprudência se caracteriza pelo risco tomado pelo profissional no exercício de seu dever, optando por uma atuação de caráter perigoso e esquecendo-se dos cuidados necessários para alcançar o fim colimado: a saúde do paciente. Muitos médicos praticam determinados atos sem disporem dos recursos necessários para chegar ao sucesso do empreendimento, podendo ser estes recursos materiais ou humanos. Ensina NORONHA (1973, p. 146), que:

A imprudência tem forma ativa. Trata-se de um agir, sem a cautela necessária. É forma militante e positiva de culpa, consistente no atuar o agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar às circunstâncias especiais do caso.

A imperícia deriva do latim *imperita* de *imperitus* (ignorante, inábil, inexperiente), e entende-se como falta de prática ou ausência de conhecimento, que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte qualquer. Ela nada mais é que a execução de algum ato por parte do médico sobre o qual o profissional não possui o domínio ou a aptidão necessário para tal.

Na prática existem médicos despreparados para determinado trabalho. Muitos prescrevem medicamentos errôneos, falham na prática de uma técnica cirúrgica, por isso, apesar de um médico estar técnica e legalmente habilitado para o exercício de sua profissão, não está livre da prática de atos que revelem sua falta de aptidão para esta ou aquela técnica.

Assim, ensina NORONHA (1973, p. 146):

A imperícia supõe arte ou profissão. Consiste na incapacidade, na falta de conhecimento ou habilitação para o exercício de determinado mister. Pode provir ou da falta de prática ou da ausência de conhecimento técnicos de

profissão, ofício ou arte, pois todos eles têm princípios e normas que devem ser conhecidos pelos que a eles se dedicam.

Em conseqüência, para qualquer dos três casos, há de se observar a ocorrência da conduta contrária ao dever e que leve ao resultado de dano ou perigo a fim de se ver caracterizado o crime culposo. Sem isso, o ato inicial voluntário não constitui, por si mesmo, fato punível, ao menos como imprudência, negligência ou imperícia.

## 2.5 Erro médico: prova e indenização.

O médico comete erro quando incorrem em casos de negligência, imprudência e imperícia devidamente analisadas por perícia médica a posteriori, onde se verificará que o profissional é responsável pelo dano por não ter cumprido com suas obrigações básicas no exercício da profissão, que são o dever de informar e orientar o paciente, assistindo-o sempre que necessário e trabalhar com prudência.

O dever de assistir diz respeito à prestação dos serviços contratados de forma eficaz, onde o profissional se prontifica a atender aos chamados e procura se inteirar a todo instante quanto possível das condições de saúde do paciente durante o tratamento. Isso se evidencia quando o médico oferece ao paciente as condições para que este o encontre sem dificuldades sempre que necessário, pois no caso de ocorrerem danos pela falta de assistência pode vir a caracterizar o abandono, o que gera a responsabilidade do profissional. Abandono difere da convenção recíproca do paciente em não mais receber os cuidados do médico. Isso se chama consentimento entre as partes. O abandono, entretanto, configura a indiferença e a falta de zelo do profissional para com alguém que depende de seus cuidados.

O dever de prudência está diretamente ligado à maneira de atuar do médico, o qual não poderá fazer exames em seus pacientes ou realizar cirurgias de modo que traga prejuízos ou risco à vida do paciente, e sem a prévia autorização, expresso ou tácita, do paciente ou de seus familiares.

Quando algumas destas regras são quebradas, configura-se a culpa do médico, que pode ser objetiva ou subjetiva.

Na averiguação da culpa do médico diante do ato lesivo, a lei determina que seja cumprida uma indenização à vítima lesada ou aos familiares do falecido.

A culpa atrelada a erros médicos é mais comum do que o ato doloso, e a responsabilidade médica estão basicamente vinculados ao conceito de culpa diante da classificação de atos envolvendo negligência, imprudência e imperícia. Uma vez que é dever do médico orientar e informar o paciente, sempre que se configurar ato lesivo ao paciente justamente por falta de orientação e informação e, conseqüentemente, de prudência, configura-se erro médico.

Diante da prova do erro, cabe ao médico indenizar a vítima ou seus familiares no caso de falecimento da mesma, e o valor da indenização poderá englobar tanto ressarcimento material quanto moral em seus variados graus de configuração e valores, conforme disposto em legislação específica. As indenizações por dano moral são sempre fixadas a critério do juiz, diante de seu caráter subjetivo e de acordo com os fatos envolvendo a configuração do ato lesivo, bem como a dor, vergonha ou outras conseqüências psicológicas que aquele venha causar a vítima.

Como diz Miguel Kfoury Neto (Apud Giotri, 1998, p. 23):

Segundo a teoria subjetiva a vítima incumbe provar o dolo ou culpa *Strictu Sensu* do agente, para obter a reparação do dano". Sobre isso, é conveniente acrescentar o que diz A.Siqueira Mantalvão: "para caracterização da culpa médica basta simples voluntariedade de conduta sendo portanto a intenção desnecessária, pois a culpa ainda que levíssima obriga a se indenizar". "Mesmo que, em se tratando de vida humana não se admita culpa "pequena ou levíssima", sem a prova desse elemento subjetivo da responsabilidade civil, a culpa, tudo a de ser debitado ao infortúnio".

Uma forma de provar o erro, além do laudo pericial, está na apresentação em juízo, a requerimento da vítima e determinado pelo juiz, do devido prontuário médico do paciente, o qual contém o histórico técnico da vítima. No caso do médico negar a apresentação do prontuário por qualquer motivo, pode o juiz condená-lo às penas devidas por presunção de culpabilidade, oferecendo ao magistrado a oportunidade de admitir como verdadeiros os fatos narrados na inicial. Neste caso, inverte-se a ônus da prova, que passa do autor para o réu. A obtenção do prontuário nem sempre é de fácil acesso e para minimizar esta dificuldade é que a jurisprudência tem acatado a tese da inversão do ônus da prova, cabendo, portanto ao médico e demais responsáveis solidários a apresentação do documento.

Os prejuízos e lesões de natureza física estão diretamente ligados à estrutura corporal do paciente e dizem respeito à perda total ou parcial do órgão, sentido ou

função, bem como do agravamento do estado patológico do doente por culpa do médico.

Já os danos materiais ou patrimoniais decorrem, na maioria das vezes dos próprios danos físicos, isto é, despesas médico-hospitalares, exames, medicamentos etc. A indenização material compreende a reposição de tudo quanto à vítima perdeu como também tudo quanto ficou impedida de perceber (lucros cessantes).

Quanto os danos morais, estes se classificam em danos estéticos, ou seja, aqueles relacionados com lesão permanente à beleza físico do paciente e danos morais propriamente ditos, os gerais não possuem conteúdo patrimonial, mas fica a critério do magistrado atribuir valor pecuniário diante da ofensa moral provocada pelo erro médico.

Todos estes danos podem ter origem em ato culposos ou dolosos do médico, acarretando uma obrigação de compensação.

O Código Civil, em seus artigos 942 e 949, regem a verificação de culpa e avaliação da responsabilidade:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos a reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

[...]

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

Finalmente, como forma de garantir, sempre um melhor desempenho nas atividades médicas, cabe ao profissional o dever de atualização de seu ofício, pois não basta tão somente a habilitação legal, mister se faz um aprimoramento continuado, buscando atualizar-se através de novos conceitos e conhecimentos envolvendo sua profissão.

## 2.6 Da exclusão de responsabilidade

Não se pode deixar de mencionar algumas causas que, quando evidenciadas, excluem a culpabilidade do médico e que levam à improcedência de uma possível ação de indenização.

Excluem a responsabilidade do médico o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva de terceiros não subordinados ao médico e a culpa exclusiva do paciente, os quais podem ver a seguir:

O Código Civil não fez distinção entre o caso fortuito ou de força maior ao dispor no art. 393 que não responderá o devedor pelos prejuízos que resultarem de caso fortuito, ou força maior. A doutrina, no entanto encarregou-se dessa distinção, embora desnecessariamente, estabelecendo em caso fortuito em síntese é o acontecimento imprevisto, enquanto força maior é o acontecimento invencível.

O caso fortuito ou força maior isenta ao médico da responsabilidade civil. Considera-se a força maior um evento natural, superior às forças humanas, inevitável sua ação e suas conseqüências, embora identificada e previsível. A força maior é um evento que independe da ação humana, logo, externo a relação médico-paciente. Já o caso fortuito é atribuição ao acaso, embora decorrente da conduta humana, não podendo ser previsto ou evitado, tanto pelo médico, como pelo paciente. A imprevisibilidade e inevitabilidade que ocorre em algum momento da relação médico-paciente excluem a responsabilidade, por culpa do médico. Verifica-se não era possível evitar ou impedir o evento originador do caso fortuito. Nestes aspectos citados, principalmente por não depender do ser humano e da falta de culpa, é que a força maior ou o caso fortuito liberam o médico por seu erro.

A comprovação de que o erro não dependeu do médico, mas de terceiros não subordinado a sua inspeção, esta situação isenta o médico de culpa, cabendo a obrigação de reparar o dano ao seu verdadeiro causador. Na hipótese do médico, aquele que não deu culpa ao evento, ressarcir o paciente pelo dano cabe ação regressiva contra quem provou o dano para haver o que foi pago (CF, Art. 930, *caput cc*).

Havendo culpa por parte do paciente na ocorrência do erro médico, nesta circunstância a culpa do paciente deverá ser avaliada ponderando a culpabilidade do médico e do paciente. Se houver culpa exclusiva do paciente pelo fato de que ocasionou o erro, isenta-se o médico da responsabilidade, averigua-se que o médico não concorreu para o evento.

Na relação médico-paciente quando ocorrer culpa concorrente, os tribunais deverão, conforme o art. 945 do código civil, avaliar a gravidade da culpabilidade do médico e a do paciente para que cada um responda na quantidade de seu feito. A culpa concorrente não exime o médico da responsabilidade, mas reduz o valor a ser indenizado por se apresentar, neste quadro, um concurso de culpas rateado diretamente proporcional ao grau que cada um concorreu.

Quando a culpa for concorrente o médico só responderá tão somente no tamanho de sua culpa, pelo dano que causou ao paciente, enquanto que a medida do dano provocado pelo paciente a si mesmo deve ser absorvido por este perante a sua culpa. A culpa concorrente avaliará a culpabilidade do médico e o paciente.

Para a maioria dos juristas a presença de uma ou mais destas causas excludentes, já exime o médico da responsabilidade, mesmo que se verifique dano, nexa causal e culpa.

## CAPÍTULO 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA CIRURGIA PLÁSTICA.

Via de regra, a obrigação do médico é de meio, e não de resultado. Não está o médico obrigado a curar o paciente, mais sim empregar todos os meios disponíveis pela ciência médica, assim como dispor de todos os seus conhecimentos e experiência para tratar do paciente. No entanto, há o entendimento, em algumas especialidades, tais como: a cirurgia plástica denominada meramente estética, anesthesiologia, radiologia, de que há obrigação de resultado. Esta matéria tem sido muito controvertida, sendo certo que hoje já existem muitos julgados considerando a cirurgia plástica como obrigação de meio, igualmente as demais. Todavia, de bom tom ressaltar que o entendimento majoritário ainda é o da obrigação de resultado. Como poderá ser visto a seguir:

### 3.1 Aspectos Históricos e Religiosos da Cirurgia Plástica

Imprescindível conhecer um pouco acerca da cirurgia plástica, a fim de se compreender melhor a natureza de tal intervenção cirúrgica, Martiere Júnior (1994, p. 29 apud Croce Júnior, 1997, p.25) apresenta um enfoque histórico da Cirurgia Plástica analisando a evolução da mesma através dos tempos de forma sintética, fazendo compreender como e por que ela evoluiu mais ou menos em determinadas épocas, enfatizando os fatos mais importantes em cada momento histórico. Segundo ele, existem quatro fatores determinantes da evolução da Cirurgia Geral e naturalmente, também, da Cirurgia Plástica. São eles: necessidade, aspectos culturais, conhecimento anatômico e sucesso. A necessidade sempre existiu. Com a presença do homem na Terra, ocorreu o trauma, a lesão corporal e a patologia cirúrgica. Em determinados momentos ela aumenta, principalmente com as guerras e o aprimoramento de armas capazes de agredir em maior escala, como as armas de fogo, a partir do Renascimento, e também com as fabulosas máquinas de guerra do último século.

Os aspectos culturais (religiosos, sociais ou políticos) foram importantes, pois eles permitiram ou não a realização de cirurgia, facilitando ou dificultando seu desenvolvimento.

Também possibilitaram ou impediram o avanço dos estudos anatômicos. O conhecimento anatômico foi condição vital para o avanço da cirurgia, pois, conhecendo o corpo humano adequadamente, o médico teve possibilidade de atuar nele, com menor probabilidade de erro. Os estudos anatômicos estiveram presentes em algumas culturas, é bem verdade, como na Índia do segundo milênio A.C mas é a partir do Renascimento, no séc. XVI, que tomaram impulso definitivo, principalmente, com Leonardo da Vinci e Andreas Vesalius, este com sua obra *De Humani Corporis Fabrica*, publicada em 1543, marco inicial da anatomia moderna.

O sucesso foi a condição que fez com que a cirurgia passasse a ser vista como um meio de tratamento e não mais como última alternativa. Foi ele que possibilitou a visão mais natural do procedimento, principalmente por parte do paciente e da sociedade. Ele vai estar presente em percentual maior a partir dos estudos de Pasteur, em meados do século XIX e com a anti-sepsia cirúrgica idealizada por Lister, em 1865. Antes desse período, o insucesso, em grande parte das vezes com óbito do paciente, era freqüente. Cabe lembrar, todavia, que a Cirurgia Plástica, neste ponto, levou vantagem, pois, atuando em superfície e em órgãos com boa irrigação e, conseqüentemente, boa defesa, oferecia menor risco ao paciente. Com base nessa premissa, fica fácil compreender a evolução da Cirurgia Plástica. Em culturas como a babilônica, assíria e egípcia, realizavam-se cirurgias, entretanto havia penalidades para o insucesso.

O rei Hamurabi da Babilônia formulou um dos primeiros códigos de leis da história das civilizações, por volta de 1750 a.C. e nele regulamentava, inclusive, a atividade médica, com castigos que variavam desde lesões corporais até a morte do cirurgião que falhasse, como noticiado. Contudo, o papiro de Edwin Smith (2500 a.C.) é como que um "manual da cirurgia", fazendo referência a tratamento de fraturas mandibulares, nasais, cranianas, entre outros procedimentos cirúrgicos, no Egito antigo. Na Índia e na China, a cirurgia floresceu por volta do segundo milênio a.C. Na Índia, principalmente, onde eram permitidas dissecações anatômicas, e muitas tribos realizavam mutilações para estigmatizar os vencidos ou adúlteros, como amputações nasais, auriculares e mesmo genitais, a cirurgia teve campo para desenvolver-se. Sushruta, o mais famoso cirurgião hindu, deixou em seu livro orientação para o preparo e dissecação de cadáveres assim como descrição de instrumentos e técnicas cirúrgicas, entre elas, a reconstrução nasal por retalho frontal, tida como a mais antiga referência escrita da especialidade.

Após a morte de Alexandre Magno, em 323 a.C., aos 33 anos, vitimado por malária, o império dividiu-se entre seus generais. A Ptolomeu Soter coube o Egito, e ele, como governante, permitia dissecações humanas in vivo nos indivíduos condenados à morte. Assim, a Medicina, nesse período, progrediu na anatomia e fisiologia, salientando-se nomes como Erasistrato, tido como o pai da fisiologia, e Herófilo. Conseqüentemente, a cirurgia da Escola de Alexandria foi desenvolvida. Em Roma, as dissecações anatômicas também não eram permitidas pela religião, mas, como na Grécia, os médicos cujo conhecimento científico foi passado para os romanos, dissecavam animais.

A religião passou a assumir todo o poder, como se houvesse um retrocesso aos primórdios das civilizações. Assim, o interesse pela Medicina e pela cirurgia declinou, pois os problemas do homem podiam ser resolvidos só e tão-somente pela religião. Por um período de quase dez séculos, o pensamento científico ficou praticamente estagnado, restrito aos escritos deixados por Galeno e Hipócrates, que foram guardados por monges, nos mosteiros, principalmente pelos Beneditinos. Vale lembrar a presença dos árabes na Europa, que lá estiveram por 700 anos, e que alcançaram o mérito de não destruir, ao contrário, guardaram, estudaram e enriqueceram os conhecimentos hipocráticos e galênicos. Eles propiciaram grande avanço à farmacologia, mas o Corão não permitia a cirurgia, salvo, em casos especiais. Acredita-se, todavia, que por meio de sua ponte cultural, conhecimentos orientais hindus, passaram para o Ocidente. No final da Idade Média, havia médicos secretistas, ou seja, que guardavam o conhecimento de pai para filho e que realizavam reconstruções nasais. A mais famosa família secretista foi a dos Branca, no sul da Itália.

Por volta do séc. XI, à sombra dos mosteiros, começam a nascer as novas escolas médicas (Salerno, Montpellier) e, pouco mais tarde, as Universidades (Bologna, Pádua etc.), e de maneira sigilosa iniciam-se dissecações anatômicas, até que o Papa Sixto V as autorizasse em meados dos séc. XVI. Neste momento, o Renascimento está no auge, proporcionando o avanço da medicina, com estudos anatômicos autorizados pela Igreja.

A invenção da imprensa, pouco antes, faz com que o pensamento científico seja divulgado, e a ciência acorda de um sono de quase mil anos. A Cirurgia Plástica tem seu grande e novo impulso com o trabalho de Gaspare Tagliacozzi, publicado em 1597, descrevendo reconstruções nasais, auriculares e labiais, com transplante

pediculado de membro superior, conhecido com retalho italiano. A necessidade de reparações aumenta com o uso crescente das armas de fogo. Ainda no séc. XVI, Ambroise Parré impulsiona a cirurgia, propondo, entre outras coisas, novas formas de tratamento para os ferimentos, praticando a ligadura das artérias, em substituição à cauterização por azeite fervente, como já fazia Giovanni de Vigo.

Foi ainda pioneiro nos processos de desarticulação do cotovelo e descreveu várias próteses, como as faciais, em 1564. No séc. XVII, salienta-se o tratamento das amputações e a proposta de James Yonge, cirurgião naval, realizando retalhos de pele e músculo, em substituição ao tradicional método circular nas amputações. Richard Wiseman descreveu múltiplos traumatismos faciais em seu livro *Severall chirurgical treatises*, em 1676. No séc. XVIII, o Ocidente toma conhecimento, por publicação, do retalho indiano, através do *Magazine of Gentleman*.

A anestesia aumenta a possibilidade e a anti-sepsia à margem de êxito. Nesse século, a Cirurgia Plástica não teve o mesmo avanço da Cirurgia Geral, mas salienta-se pela descrição de transplantes livres de pele (Reverdin, Ollier, Thiersch, Wolfe, Krause) a partir de 1869, de gordura (Neuber, 1893) e de dígitos (Nicoladone, 1898). Finalmente chega-se ao séc. XX, que, logo em seu início, vive um conflito mundial, com armas jamais utilizadas na história da humanidade, a que deixou um saldo inusitado de mortos e mais de doze milhões de feridos, entre estes, muitos mutilados faciais. Constata-se, então, a necessidade de formar profissionais dirigidos para as reparações corporais. Assim, a partir da Primeira Guerra Mundial, a Cirurgia Plástica oficializa-se como especialidade médica, sendo um de seus impulsores sir Harold Gillies, neozelandês, que na Inglaterra muito fez por este tipo de cirurgia, trabalhando com mutilados de guerra.

A existência de especialistas, a necessidade crescente, a anatomia dominada e o sucesso consolidado somam-se às mudanças socioculturais, a partir da década de vinte, dentre elas, uma atitude mais independente da mulher e a maior exposição de seu corpo. Se antes era apreciável a pele alva, para a pessoa não se parecer com um camponês, com o advento da Revolução Industrial os trabalhadores internam-se nas fábricas, passando eles também a apresentar a pele clara, sendo que, a partir daí, como critério de diferenciação, a cútis bronzeada tornou-se conceito de beleza.

Prosseguindo, ainda na lição de Croce Júnior (1997, p.25-27), a cirurgia estética começou, então, a avançar a passos largos, incorporando-se à sociedade

como recurso dos mais utilizados para obtenção de uma das finalidades primaciais da Medicina, qual seja o bem-estar do ser humano. Tratando o novo assunto com a seriedade devida, criou-se em Paris, em 1930, a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética. E, se no seu início, aquelas intervenções cirúrgico-estéticas destinavam-se aos mutilados da face, alguns anos mais tarde – estimuladas pelo aumento dos acidentes de trânsito – tiveram seu âmbito alargado, atingindo, como passo seguinte, o domínio da vaidade feminina, e, atualmente, o da masculina também. A partir de 1950, consoante informação de Bueres (1979, apud Kfoury Neto, 2007, p. 50-51) os tribunais franceses, italianos, espanhóis, entre outros, admitiram a cirurgia destinada a melhorar ou embelezar o corpo como sendo uma atividade legalmente justificada. Todavia, como apura Dias (2006, p. 377), não raras vezes, defronta-se com casos em que pessoas têm de enfrentar influências negativas, preconceitos, proibições e tabus quando desejam mudança de aspecto, já que outros incutem medo e ameaçam com culpa e castigos divinos os pacientes com deformidades faciais que buscam a correção de seus defeitos. E o paciente, acabrunhado, reluta e vacila entre a esperança de superar o seu problema e o temor de violar as proibições e ameaças veladas, e talvez até a própria consciência. “Será que é mesmo pecado e Deus vai me castigar?”. Prossegue o doutrinador informando que pode parecer irrisória essa ponderação, mas em sociedade ainda há barreiras dessa espécie, e tais preconceitos devem ser constatados e eliminados para o bem de todos.

### 3.2 Atividade médica

O corpo humano é um mecanismo extremamente complexo, não sendo possível, pois, determinar com exatidão matemática se é possível ou não ocorrer em cada situação.

Conta à história que os egípcios desenvolveram um código de conduta para os médicos que eram considerados como verdadeiros sacerdotes. Esse código traçava todos os passos do atendimento médico em cada caso concreto. Uma vez seguidos a risco as recomendações, o profissional estava isento de qualquer responsabilidade, ainda que o paciente viesse a morrer. Por outro lado, caso desrespeitasse qualquer daquelas normas, era punido com a pena capital.

O código de Hamurabi (1790-1770 A.C. , por sua vez, era muito severo chegando ao extremo de cortar a mão do médico cujo paciente falecesse, mesmo que aquele não tivesse culpa alguma, no atual sentido jurídico do termo, pela desventura deste.

Nos dias atuais, o que se espera do facultativo, no exercício da sua profissão, não é a solução de todas as complicações, que por ventura ocorrerem com o paciente sob seus cuidados, mais, tão-somente. Que haja de maneira mais adequada, isto é, aquela que seria a esperada de qualquer profissional preparado para o exercício de tão meritória atividade.

Desta breve abordagem infere-se que a questão da atividade médica muito evolui até chegar ao atual patamar, qual seja a responsabilidade subjetiva do médico como regra e a objetiva como exceção, conforme estudada no capítulo anterior.

Em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, os médicos encontram mais dificuldades para tratar de seus pacientes do que em países cuja cultura da população é mais elevada. Isto se dá porque, na maioria das vezes, a pessoa ao procurar pelo médico, já apresenta moléstia em estágio avançado, por diversas razões, tais como desinformação, auto-medicação, busca da cura pela fé ou em curandeiros. Ocorre, ainda, que muitos pacientes, após serem medicados e ao começarem a desaparecer os sintomas de sua enfermidade, interrompem o tratamento, o que acaba agravando o seu estado de saúde.

Também são extremamente comuns os hospitais apresentarem condições precárias de trabalho dificultando sobremaneira o desenrolar dos trabalhos médicos.

Tais condições são de grande importância, principalmente quando da análise da responsabilidade médica, que não pode ser feita sem que se leve em conta todos esses aspectos.

### 3.3 Obrigação de meio e de resultado

Num primeiro momento, faz-se necessário, distinguir entre a obrigação de meio e de resultado, para que a posteriori, possa desvendar a responsabilidade do profissional liberal (médico) no exercício de sua profissão.

Diniz (2005, p. 289) assim os define:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão – somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certos serviços para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Já a obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional.

O médico, ao atender um paciente, firma com ele um contrato. Esse contrato não exige forma especial, podendo ser feito verbalmente, como sói acontecer. Aliás, casos há em que o paciente nem se quer pode manifestar sua vontade, como ocorre, por exemplo, em caso de acidente grave, em que o acidentado é levado ao hospital inconsciente, não podendo nem mesmo escolher qual profissional o medicará. O simples fato de um médico se prontificar a atendê-lo configura a assunção de uma obrigação para com o paciente, obrigação esta decorrente da própria lei.

O saudoso Monteiro (1968, p.194) ao discorrer sobre o tema, assim se expressou:

Nas obrigações de resultado, obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se alcançar certos objetivos. Por exemplo, no contrato de transporte obriga-se o transportador a conduzir o passageiro são e salvo, do ponto de embarque ao ponto de destino. Nas obrigações de meios, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo o ato. Dessa índole é, exemplificativamente, a obrigação assumida pelo o médico que se compromete a cuidar do enfermo.

Feitas essas considerações, é de destacar que a doutrina e a jurisprudência dominantes afirmam que tal se verificou no ensinamento do mestre civilista acima exposto, a atividade médica se constitui em uma obrigação de meio. Isso significa que o facultativo ao atender uma pessoa, obriga-se a fazer por ela tudo o que ao seu alcance estiver visando o restabelecimento da saúde do paciente. Explica-se: o médico não se compromete a curar o doente, mais tão somente a empregar todos os seus conhecimento e recursos disponíveis a fim de que a almejada cura possa efetivamente ocorrer. Todavia mesmo que esta não ocorra, nas circunstâncias acima esplanadas, não será o médico responsabilizado.

Neste sentido o ensinamento de Kfoury Neto (2001, p.177) ao doutrinarem que:

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir é a sua própria atividade objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga. (...) o médico não se compromete a curar mais a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Assim também tem entendido os tribunais pátrios, como se verifica nos arestos abaixo relacionados:

RESPONSABILIDADE CIVIL – médico – danos físicos atribuídos a tratamento por ele ministrado – obrigação de meio, e não de resultado, regularidade da conduta profissional – culpa não configurada – indenização afastada – recurso provido – voto vencido – inteligência do art. 1545 do CC(os grifos não constam do original).

A obrigação do hospital, como a do médico, é de meio e não de resultado, impondo-se a reparação do dano, se houve inflação à causa tácita contratual da incolumidade nas relações com o paciente.

A obrigação dos médicos em geral e do cirurgião em particular é de meio e não de resultado. A obrigação de indenizar não decorrerá diretamente de não ter sido esse atingindo.

Desta forma, havendo insatisfação por parte do paciente no que tange o atendimento a ele prestado pelo médico, deverá provar a ocorrência do erro caso deseje, ver-se ressarcido do dano material ou moral, que entende ter sofrido.

Não obstante a obrigação de meio seja a regra na assistência médica, como pôde ser constatado, há situações em que o dever assumido pelo facultativo será a obtenção de um determinado resultado, conforme se verificará no item seguinte.

### 3.4 Cirurgias plásticas estéticas

Por cirurgia plástica estética deve-se entender aquela que tem por finalidade exclusiva intervir no corpo do paciente com intuito de promover o dito embelezamento.

O campo da cirurgia plástica estética foge a regra geral no que tange a obrigação assumida pelo médico quando do atendimento de seu cliente.

Afirma-se isto porque, neste particular, o profissional da medicina deixa de estabelecer com o seu paciente uma obrigação de meio para estipular uma

obrigação de resultado. Tal se dá visto que, ao procurar um especialista na área sob comento, ou mesmo um médico que não seja especializado, mais que se disponha a realizar este tipo de cirurgia, o paciente busca um resultado pré-determinado, consistente no reparo de uma imperfeição física, mesmo que esta se apresente apenas no seu plano psicológico.

Trata-se, pois de atividade específica, que se diferencia dos outros procedimentos médicos, pois não tem como os demais, a finalidade de curar. Em sendo assim, tanto a doutrina quanto os tribunais são favoráveis a que possua um tratamento diferenciado.

Na França, por exemplo, os tribunais aplicam a teoria objetiva, dispensando a exigência da prova de negligência, imprudência ou imperícia do médico.

No Brasil, há julgados com os entendimentos semelhantes:

“Desloca o ônus da prova, em face da finalidade da operação plástica, em pessoa hígida, desobrigada de provar a culpa do réu, a este é que cumpria provar que o resultado previsto foi alcançado nos limites das possibilidades da ciência médica atual”. (RJTJ-SP-LEX 99/315).

O STJ também já se manifestou explicitamente:

Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo o não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo o dano material quanto pelo o moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou o caso fortuito (rev. jur. 170/145).

Para Pereira (1999, pp.168,169), leciona que “a cirurgia estética gera obrigação de resultados e não de meios”.

Orlando Gomes, (1999, p.75), cita que há uma predominância tanto na doutrina quanto na jurisprudência de se considerar que nas cirurgias estéticas existe obrigação de resultado, de forma que caso este não seja alcançado, ter-se-á a inexecução do contrato, podendo, ensejar a reparação através da indenização.

Ressalte por fim, asseverado por Kfoury Neto (2003, pp.171,172) que:

A caracterização da responsabilidade em cirurgias estéticas, também exige análise do fator subjetivo de atribuição a culpa. Ocorre, entretanto, como afirmamos em linha atrás que o ônus da prova se inverte: incubirá ao médico, para se eximir da responsabilidade, demonstrar claramente culpa exclusiva da vítima (se concorrente, se proporcionalizar-se-á a indenização) caso fortuito ou qualquer outra causa que aniquile o nexo causal.

É oportuno, neste íterim, enfatizar a distinção entre a cirurgia plástica estética propriamente dita e cirurgia plástica reparadora. A primeira tem seu objetivo limitado ao resultado puramente estético, visando unicamente aperfeiçoar o aspecto externo de uma parte do corpo. Neste tipo de cirurgia o paciente busca cirurgião sem apresentar qualquer patologia, visa apenas o embelezamento. Já na cirurgia plástica reparadora, a intervenção cirúrgica, ainda que promova melhoria estética, não tem neste seu objetivo principal, mas sim a resolução de problemas de natureza médica, como a correção de defeitos congênitos e outros traumas decorrentes de qualquer natureza.

Por outro lado a cirurgia estética tem-se divergência doutrinária e aos poucos inovações jurisprudenciais.

A corrente liderada basicamente pelos ministros Rui Rosado Aguiar e Carlos Alberto Menezes, consideram a obrigação de meio para a cirurgia puramente estética. Argumentam que a cirurgia plástica é um ramo da cirurgia geral, estando sujeita aos mesmos imprevistos e insucessos daquela, de modo não ser possível punir mais severamente o cirurgião plástico do que o cirurgião geral, haja vista pertencerem a mesma área. Afirmam que o corpo humano possui características diferenciadas para cada tipo de pessoa, não sendo possível ao médico comprometer-se a resultados diante da diversidade de organismos, reações e complexidades da fisiologia, humana. “Condenam até mesmo os médicos que prometem resultados aos pacientes uma vez que não poderiam ser responsabilizados por estes, porque não podem garantir elasticidades da pele, cicatrização, fatores hereditários, repouso, alimentação, pós – operatório.”

Sobre o tema assim se posiciona o ministro do STJ Rui Rosado Aguiar Jr. o jurista é taxativo:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião plástico estético uma obrigação de meios, embora se diga os cirurgiões plásticos prometem 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 Alea está presente em toda intervenção cirúrgica e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com mais rigor o elemento

culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática de cirurgia estética, que tenha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. "A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não obtenção de consentimentos plenamente esclarecidos conduzirão, eventualmente, à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo das obrigações de meios".

Para Giotri (2007, p. 126. *Apud* Edmilson de Almeida B. Júnior), a expectativa do paciente, sempre terá que se defrontar com o desafio da prática médica, conceituado como sendo o "resultado da combinação da arte da incerteza com a ciência das probabilidades". Para o jurista: "o subjetivismo, a imprevisibilidade do organismo, a sua complexidade e a fator óleo estarão sempre presentes, independentemente da vontade e do agir do profissional".

O resultado de qualquer procedimento médico não depende apenas do profissional ou de seus atos, mas igualmente da participação do paciente no cumprimento de suas obrigações na relação contratual que se estabelece entre o profissional e o cliente, além de estar na dependência de inúmeras outras variáveis tais como: idade, sexo, tipo de pele, raça, local de residência, familiares, tipo de alimentação, hábitos de higiene e psiquismo.

Há a noção de risco inerente, perfeitamente desenvolvida no direito consumerista. Há riscos que são inerentes a certos serviços, intrinsecamente atados a sua própria natureza e modo de funcionamento – como, por exemplo, os serviços médico-hospitalares. Todo e qualquer procedimento, médico, por si só representa riscos que não podem ser evitados, ainda que o serviço seja prestado com técnica e segurança. Transferir as conseqüências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável, acabando por inviabilizar a própria atividade. Esta é a razão por que, desde que executados com segurança, embasamentos técnicos cientificam, e acompanhados de informações adequadas, restará afastada a responsabilidade para seus operadores pelos eventuais danos decorrentes da periculosidade inerente.

Lopez (*apud*. Edmilson Jr. 2007, p.127) afirma que o médico sempre trabalha em zona de risco a seu favor, pois cada pessoa é uma, e as reações dos indivíduos ao mesmo tratamento poderão variar, sendo, portanto imprevisíveis.

No mesmo diapasão, a Desembargadora Carpena Amorim assevera que cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de meios, pois quando se trata de mexer com filosofia humana, além da técnica

empregada pelo médico, havida do conhecimento científico, há sempre um outro componente que o homem frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível. Para ela nenhum homem seria capaz de afirmar que nenhuma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso.

Em síntese, todo jurista que se debruçar sobre o tema, desde que previamente se dispa de seus “pré-conceitos” e do dominante senso comum, invariavelmente chegará as conclusões coincidentes com aquelas dos autores acima mencionados. Toda área médica assistencialista enseja obrigações de meios e nunca de resultado.

A jurisprudência pátria, de forma majoritária, de há muito também vem entendendo ser de resultado a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, quando da realização de uma cirurgia plástica estética. A confirmar esta assertiva, seguem abaixo acórdãos que tratam do tema:

CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO- Indenização – dano material e dano moral – contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito” (STJ – Ver. Jur. 170/145)

“DIREITO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO MÉDICA DE RESULTADO”. A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação de serviço médico há que corresponder ao resultado buscando pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. (...) (IJSS – AC 595068842-6ª Câm. Civ. – Rel. Des. Osvaldo Stefanello – j. 10.10.1995)

Afirmou-se que este entendimento é majoritário porque ainda existem, entendimentos contrários, embora poucos, como o esposado em voto-vista do eminente ministro do superior tribunal de justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, em acórdão cuja ementa já foi acima transcrita. Este insigne ministro entre que: qualquer que seja o ato da existência do erro médico e não, diante da igual natureza científica do ato, o compromisso de alcançar certo resultado.

Ainda assim, no que concerne à cirurgia plástica estética, como já se afirmou é praticamente pacífico o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico é de resultado, e não de meio, como ocorre na obrigação médica em geral. Isso implica que, havendo resultado diverso do esperado pelo paciente, haverá a

inversão do ônus *probandi*, cabendo ao médico, neste caso, provar que empregou todos os seus conhecimentos e meios à sua disposição para atingir seu objetivo, só não alcançado pela ocorrência de um caso fortuito ou de força maior ou pela culpa exclusiva da vítima.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vivência em sociedade importa, antes de tudo, cumprir normas de conduta individual com vistas a não interferir na esfera dos direitos de outrem. O presente trabalho tratou acerca dos delineamentos da responsabilidade civil nos casos de erro médico na cirurgia plástica estética, sanção pela qual, acontecendo um dano patrimonial ou extra-patrimonial (neste compreendido o dano moral e estético) os médicos terão a obrigação de indenizar na esfera civil.

Cumprido ressaltar que tais delineamentos, no ordenamento jurídico pátrio, disciplinam a questão das indenizações a pacientes por erro médico visto que, o dano causado pela atividade do médico configura, como qualquer outro, responsabilidade civil decorrente de ato ilícito ou da má prestação de serviço. A sua regulamentação deve, por conseguinte, ser buscada nas disposições constantes do Código Civil Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, partindo do pressuposto de que muito se discute na doutrina nacional, quando se trata da natureza jurídica da obrigação médica, sobre obrigação de meio, e obrigação de resultado o presente trabalho abordou essa problemática. Considerando que é consenso que a atividade médica é considerada uma *obrigação de meio*, ou seja, que o exercício da medicina não promete cura, mas sim tratamento adequado, segundo as normas de prudência, perícia e diligência, e padrão de conduta ético e comprometido por parte do profissional em favor da melhora de seu paciente e apontando que a doutrina tradicional foge a esse entendimento ao acolher de forma majoritária, não obstante a tendência moderna de encarar a cirurgia plástica estética não reparadora como obrigação de meio, a concepção de que a obrigação em comento é de resultado.

Não obstante toda discussão, cumpre observar que o verdadeiro problema, causador de tantas celeumas e pendências jurídicas, é a falta de adequada e prévia informação ao paciente. Por vezes, a oferta do serviço não traz uma apresentação clara dos riscos envolvidos, inclusive os riscos anestésicos do procedimento, sendo sugeridos resultados que não podem ser garantidos.

Cabe ao cirurgião plástico prestar ao paciente informação clara, completa, precisa e inteligível, de modo que o mesmo, conhecendo os riscos advindos de suas decisões e do tratamento perseguido, assuma as responsabilidades de seu consentimento informado, e se comprometa em seguir as instruções para o período pós-operatório.

Assim, em caso de resultados indesejados, necessitará o cirurgião plástico comprovar que se desincumbiu de seu prévio dever de informação, e que não agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, não se lhe podendo atribuir culpa por evento danoso superveniente.

## REFERÊNCIAS

CROCE, D e Junior, D. C. *Erro Médico*. 1. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 7 - Responsabilidade Civil*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 6. ed. São Paulo: Byk, 1998.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil, no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, J.C.M. *Erro Médico*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2u2/reflerro.html>>. Acesso em: 10 jan. 2002.

GOMES, Orlando. *Questões de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

JÚNIOR, Edmilson de Almeida Barros. *A Responsabilidade Civil do Médico: uma abordagem constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 2. ed. São Paulo: LZN, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1968.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1973

PEREIRA, Caio Márcio da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.