

FAUSTO HENRIQUE FERREIRA DE MACEDO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO
MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA**

F. H. F. de Macedo
MACEDO

FLORIANÓPOLIS(SC), agosto de 1996.

FAUSTO HENRIQUE FERREIRA DE MACEDO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO
MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E SOCIAL - DPS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DISCIPLINA: DPS 5802
PROF. ORIENTADOR: PAULO MARCONDES BRINCAS**

FLORIANÓPOLIS(SC), agosto de 1996.

FOLHA DE APROVAÇÃO

A Banca examinadora resolveu atribuir a nota _____ ao aluno FAUSTO HENRIQUE FERREIRA DE MACEDO na disciplina DPS 5802 - Monografia, pela apresentação deste trabalho.

Banca Examinadora:

Professor Paulo Marcondes Brincas

Presidente

Professor João Passos Martins Neto

Membro

Professor José Isac Pilatti

Membro

Professora Heloísa Sobierajski

Suplente

“Nossas vidas estão hoje ameaçadas não somente por aquilo que as ameaça, mas também por aquilo que as protege: a ciência e a medicina”.

Edgard Morin

Agradecimentos

Aos meus pais, que com imenso sacrifício sempre lutaram para que nada me faltasse na realização deste curso.

A minha adorada avó (Lucília), pela atenção, carinho e dedicação em todos os momentos de minha vida.

A minha noiva (Alexsandra), pelas contribuições e cooperação em todas as minhas conquistas acadêmicas e profissionais.

Ao professor e amigo Paulo Marcondes Brincas pela sua disposição em orientar este trabalho, e a sua grande colaboração na realização do mesmo.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2.1.	Definição.....	10
2.2.	Evolução.....	11
2.3.	Classificação.....	15
2.3.1.	Quanto à natureza: Responsabilidade Penal e Responsabilidade civil.	15
2.3.2.	Quanto ao fundamento: Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.	16
2.3.3.	Quanto ao fato gerador: Responsabilidade contratual e Responsabilidade extracontratual.	19
3.	RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL.	22
3.1.	Alcance da responsabilidade civil.	22
3.2.	Princípios comuns a todos os casos de responsabilidade civil.	22
3.3.	Responsabilidade civil extracontratual, aquiliana ou delitual.	24
3.4.	Responsabilidade civil contratual.	26

3.4.1.	Perdas e danos.30
3.4.2.	Cláusula penal.31
3.5.	A responsabilidade deve ser estudada em plano único.32
4.	A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E ESTÉTICA.35
4.1.	A legitimidade da cirurgia plástica.35
4.2.	Responsabilidade civil por erro médico em cirurgia plástica - obrigação contratual ou extracontratual?38
4. 2.1.	Objeto do contrato médico.43
4.2.2.	Direitos dos pacientes.44
4.2.3.	Direitos e obrigações do médico.46
4.3.	Responsabilidade civil por erro médico em cirurgia plástica - obrigação de meio ou de resultado?47
4.4.	Responsabilidade civil por erro médico em cirurgia plástica - obrigação subjetiva ou objetiva?55
4.5.	A reparação do dano no erro médico numa cirurgia plástica estética.57
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS65
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS67

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil tem sido ao longo dos séculos, a mais importante forma de defesa do patrimônio à disposição de toda a sociedade, pois, através da ação de reparação de danos, lesado e vítima, encontram em juízo a recomposição dos prejuízos sofridos e causados.

Porém, para chegar-se a essa realidade, muito se teve que evoluir, houve centenas de teorias e discussões, e mesmo assim, muitos aspectos inerentes à responsabilidade ainda hoje são controvertidos.

Então, sendo a responsabilidade civil como o é, algo tão importante para todos os seres humanos, escolheu-se como tema para este trabalho de conclusão de curso, uma das situações na qual ela ocorre com grande frequência e gerando muita polêmica, por envolver o bem maior de todos os seres humanos, a sua saúde.

Assim, os próximos três capítulos contêm um estudo da responsabilidade civil por erro médico na cirurgia plástica, aspecto eminentemente contemporâneo, polêmico, e que tem sido objeto de grandes querelas judiciais.

Para realizar este estudo começou-se com uma abordagem genérica da responsabilidade civil, tendo como prelúdio sua definição; a seguir partiu-se para sua evolução histórica e a enumeração de suas principais classificações.

No segundo capítulo, apontaram-se a esfera de alcance da responsabilidade civil, os princípios comuns a todos os casos de responsabilidade, e, principalmente, esclareceram-se as dissimilaridades entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Desta forma, no terceiro e derradeiro capítulo buscou-se a solução para o problema levantado no projeto deste trabalho de conclusão de curso, qual seja: a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos, deve seguir a regra geral da responsabilidade dos médicos, profissionais liberais, que tem como pressuposto de sua responsabilidade a culpa, nos termos do artigo 1545 do código civil? Sua responsabilidade deve ser caracterizada como contratual ou extracontratual, quando e por quê? Sua obrigação é de meio ou de resultado? É subjetiva ou objetiva?

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Definição:

Para LOPES a responsabilidade civil é: “a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.¹

Assim, no campo da responsabilidade civil, quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade o problema da responsabilidade. Vê-se portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social.

Então, pode-se afirmar que a responsabilidade civil se assenta segundo a teoria clássica, em três pressupostos: a existência de um dano; a culpa do autor pelo dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

Por outro lado, há também três campos onde a responsabilidade se projeta: moral; civil e penal; seguem abaixo as distinções e semelhanças de cada um destes campos:

a) A responsabilidade moral - É aquela originária de uma ofensa a norma moral; ela habita a consciência individual de cada pessoa, de forma que cada

¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações responsabilidade civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 160.

transgressor responderá perante Deus ou sua própria consciência, dependendo de sua fé. Independe de qualquer prejuízo, não pertence ao campo do direito, afinal, ela não se exterioriza socialmente, não tendo repercussão na ordem jurídica, como as duas que seguem.

b) A Responsabilidade Civil - É aquela que requer um prejuízo a um terceiro e tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão; em regra, ela é derivada do ato ilícito, porém, admite outras fontes de responsabilidade, por exemplo, o risco.

c) A Responsabilidade penal - É aquela que se preocupa com a sociedade, com a preservação da paz social, ao contrário da civil que se interessa em reparar o prejuízo patrimonial. Nela o agente responsável é apenado com a perda de sua liberdade, sendo a pena fixada em função da gravidade do crime e da personalidade do delinqüente.

2.2. Evolução:

No início da humanidade, não havia o direito, imperava a Vingança Privada. De acordo com LIMA, citado por GONÇALVES "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, de reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal".²

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 4.

Com o passar do tempo esse costume consolidou-se, juridicamente, através da pena de talião, olho-por-olho, dente-por-dente. Logo após, passa a existir a figura da composição, espécie de resgate da culpa, pela qual o ofensor conquista o perdão de sua vítima através de uma contraprestação pecuniária, calculada de acordo com o prejuízo causado e sua condição econômica, ficando a vingança como segunda opção.

Na etapa seguinte, a composição econômica deixa de ser uma opção facultativa para ser a regra, ficando proibido ao lesado fazer justiça com suas próprias mãos. (Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas)

É quando o Estado assume a função de punir, passando, então, a justiça a ser função exclusivamente sua. Neste momento passa a existir a ação de indenização e a responsabilidade civil toma lugar ao lado da responsabilidade penal.

Contudo, é na *lex aquilia* que se esboça um princípio geral regulador da reparação do dano, como o que conhecemos. Embora se reconheça que não contivesse ainda um tratamento sistemático, nos moldes do direito moderno, foi, sem dúvida alguma, o primado da jurisprudência clássica com relação à injúria. Segundo CHIRONI, citado por DIAS, "fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico".³

Dos três capítulos nos quais se distribuía a Lei Aquília, o de grande relevância é o terceiro, *Damnum injuria datum*, abordando desde as lesões a escravos ou animais, à destruição ou deterioração das coisas corpóreas.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. v. I, p. 18.

Contudo, foi por obra da Jurisprudência, através da intervenção do pretor e dos jurisconsultos, que evoluiu o conceito de dano, de forma que o prejudicado teve as condições para o exercício do seu direito de ação abrandadas passando a ter direito a indenização não apenas no dano, *corpore corpori datum*, mas também *no damnum non corpore datum*, de forma que sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por ter suas próprias raízes na Lex aquilia.

Após o avanço romano, coube ao direito francês estabelecer um princípio geral da responsabilidade civil; esquecendo-se dos casos de composição obrigatória, aos poucos se estabeleceram-se os novos princípios norteadores: direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve; separação da responsabilidade: civil, perante a vítima; e penal, perante o Estado; e, a existência de culpa contratual das pessoas que descumprem as obrigações, independentemente, de algum crime ou delito, mas originada da negligência ou imprudência; ou seja, foi a generalização da regra aquiliana: “In lege aquilia et levissima culpa venit”, ou , a culpa ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Conforme DIAS, “Depois veio o Código Napoleão que se baseou nas lições de Domat e Pothier, para em seus arts 1382 e 1383, construir a teoria da responsabilidade civil fundada na culpa, responsabilidade subjetiva, partindo daí as definições que se inseriram nas legislações de todo mundo.”⁴ A partir de então, prevaleceu o fabuloso trabalho dos tribunais franceses, atualizando os textos e firmando uma jurisprudência digna dos maiores elogios.

⁴ Op. cit. p. 12, nº3.

Todavia, mesmo com o desenvolvimento dos estudos acerca da responsabilidade, e em consequência do surto de desenvolvimento que vivia todo o continente europeu, multiplicavam-se os casos de dano, tornando-se necessário o surgimento de uma nova norma que desse maior proteção às vítimas, uma teoria que amparasse os casos até aquele momento não contemplados pela responsabilidade subjetiva.

Assim, surgiu a teoria do risco, responsabilidade objetiva, que sem substituir a chamada teoria da culpa, procurou cobrir muitas das hipóteses que na doutrina anterior se revelavam insuficientemente resguardadas, principalmente, quando a vítima era da classe dos mais necessitados.

Pela teoria do risco, ou da responsabilidade objetiva, entende-se que aquele que através de sua atividade cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Ou seja, o desempenho de alguma tarefa que possa oferecer perigo representa um risco, que o agente assume, sendo obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros em decorrência dessa atividade.

Então, baseados nas teorias da culpa e do risco, todos os países têm equacionado juridicamente os seus problemas de responsabilidade civil; é o que acontece no direito brasileiro, que se mantém fiel à teoria subjetiva, art. 159 do Código Civil, exigindo a culpa para que haja a responsabilidade, ou seja, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Entretanto, em outros dispositivos, e em algumas leis esparsas, nosso legislador admite como fundamento da

responsabilidade a teoria objetiva, v.g. o código brasileiro do ar; a lei de acidentes do trabalho; a responsabilidade nas estradas de ferro e outros diplomas.

2.3. Classificação:

2.3.1. Quanto à Natureza: Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil.

Na classificação quanto à natureza, divide-se a responsabilidade em duas esferas: a civil e a penal. Como em ambos os casos tem-se como pressuposto da responsabilidade a infração um dever por parte do agente, apresenta-se a seguir suas principais diferenças.

No aspecto penal, o infrator desrespeita uma norma de direito público, perturbando a ordem social, tendo como punição uma pena, porém, é indiferente para a sociedade a existência ou não de um prejuízo por parte da vítima.

Já no campo cível, a preocupação passa a ser o aspecto privado, de forma que o prejuízo passa a ser olhado no aspecto patrimonial, uma vez que a conduta do agente prejudica diretamente o interesse individual de alguém, e como causador de tal dano ele deve repará-lo, neste caso, porém, pela natureza da matéria, todo o processo fica dependendo da manifestação da vítima, pois, sem seu interesse, não existe motivo para o causador reparar o dano.

Outrossim, vale ressaltar que existem casos em que devido à gravidade e às conseqüências do ato, ele causa efeitos em ambas as esferas, provocando uma

dupla reação do ordenamento jurídico: impondo pena ao infrator, e acolhendo a indenização pleiteada pela vítima. Assim, por exemplo, é o caso de uma lesão corporal causada por um atropelamento, na qual, em virtude da alta velocidade do automóvel, a vítima perdeu as duas pernas, ficando com essa deficiência. Enquanto no campo penal o autor será condenado à pena constante no art. 129, parágrafo 2º, do código penal, no campo cível, será condenado a reparar o prejuízo sofrido pela vítima que não mais estará habilitada a exercer suas atividades profissionais de jogador de futebol (artigo 1539, do código civil).

2.3.2. Quanto ao Fundamento: Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada como elemento da obrigação de reparar o dano.

Conforme RODRIGUES, "De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar".⁵ Tem-se como responsabilidade subjetiva aquela dependente do comportamento do sujeito, em que a culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo, pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar; ou culpa, violação de um dever que o agente poderia conhecer e acatar.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. São Paulo. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. IV, p. 11.

"Segundo essa doutrina, a responsabilidade civil tem como extremos legais: a) - A existência de um dano contra o direito; b) - a relação de causalidade entre esse dano e o fato imputável ao agente; c) - a culpa deste, isto é, que o mesmo tenha obrado com dolo ou culpa (negligência, imprudência e imperícia)".⁶

Para os defensores da teoria subjetiva, caracterizada a culpa, não há que discutir se o dano deve ser reparado; de outro modo, havendo concorrência de culpas a indenização deve ser reduzida.

Contudo, na sociedade moderna existem vários casos de responsabilidade independente de culpa, pois, a partir da segunda metade do século XIX, a responsabilidade objetiva tomou corpo, edificando-se como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil, com o surgimento de importantes trabalhos na Itália, Bélgica e principalmente na França.

Desta forma, responsabilidade objetiva é aquela na qual ao contrário dos elementos tradicionais (culpa, dano, e vínculo de causalidade entre uma e outro) fundamentais da responsabilidade subjetiva, tem-se por necessário o dano e a autoria do evento danoso, ou seja o que importa é sabermos se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo, hipótese esta em que será responsável o autor do fato. Assim, na responsabilidade objetiva o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável, mas sim analisar a relação de causalidade.

Conforme STOCO:

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações** 2. parte. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. V, p. 392.

"A teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces no Direito moderno, a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.

Na primeira face, apresenta-se a teoria do risco que pode ser explicada com a seguinte relação: quando alguém põe em funcionamento qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, ou a um erro de conduta, enfim, é assim, que a teoria do risco é configurada."⁷

Já no segundo aspecto, encontra-se a teoria do dano objetivo, onde segundo STOCO, "desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da idéia de culpa. O agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado por culpa sua, como também por aquele que seja decorrência de seu simples fato; uma vez que, no exercício de sua atividade, ele acarrete prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo"⁸.

Considerando estas duas formas de responsabilidade, é correto afirmar que o código civil brasileiro filiou-se à teoria subjetiva, art. 159, sendo necessário a culpa como fundamento vital para a obrigação de reparar o dano; sem prejuízo, entretanto, da adoção da responsabilidade objetiva, por exemplo, nos acidentes de trabalho e na responsabilidade civil nas estradas de ferro, entre outras.

Conforme adverte CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "(...) a regra geral, que deve presidir a responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao

⁷ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 60.

⁸ Op. cit. p. 18, nº7.

legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. Insurgir-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso".⁹

2.3.3. Quanto ao Fato Gerador: Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual.

A responsabilidade civil contratual para DINIZ é aquela "oriunda da inexecução de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção de culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será. Quando ocorre inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimenta a responsabilidade, uma vez que surge uma nova obrigação que se substitui à preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. P. ex. : o inquilino que

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. III, p. 507.

deixa de pagar o aluguel; o escritor que, culposamente, não entrega ao editor, no prazo combinado, a obra prometida etc. São devedores inadimplentes, que estão causando prejuízo a seus credores e deverão repará-lo (CC, art. 1056)".¹⁰

Um dos aspectos mais importantes da responsabilidade contratual é o ônus da prova; nela o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, ficando o devedor responsável pela prova da ocorrência ou não dos excludentes admitidos em lei, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, ou seja, cabe-lhe o ônus "probandi".

Já a responsabilidade extracontratual é aquela que como o próprio nome diz, não deriva de contrato; o agente infringe um dever legal praticando um ato ilícito; nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, por não estarem ligados por uma relação obrigacional (art. 159, do código civil). Por exemplo, no caso de um atropelamento.

Quanto ao ônus da prova, na responsabilidade extracontratual, ele é do autor da ação, ou seja, da vítima.

Outra diferença entre as duas espécies de responsabilidade é a graduação da culpa; na extracontratual a falta é apurada de maneira mais rigorosa, enquanto que na contratual ela varia de intensidade, de acordo com os diversos casos em que ela se configure. Enquanto a contratual é derivada da convenção entre as partes, a extracontratual tem sua origem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém, conforme o art. 159 do CC.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 1993. v. VII, p. 92-93.

Agora, qual será a utilidade prática da diferenciação da responsabilidade civil contratual da extracontratual? Quanto ao seu fundamento, como podem ser classificadas ambas as responsabilidades? Quais as diferenças e semelhanças entre as duas?

3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL x RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

3.1 - Alcance da Responsabilidade Civil.

Uma das mais importantes medidas de defesa do patrimônio em caso de lesão é a ação de reparação de danos, por via da qual o titular do direito violado (lesado ou vítima) busca em Juízo a respectiva recomposição, frente a prejuízos de ordem econômica, pessoal ou moral e decorrentes de fato de outrem. Constitui essa ação a forma de defesa do lesado contra o agente causador do dano, maneira que o Direito lhe proporciona de restaurar *o status quo* anterior.

Assim, o direito à reparação surge com a caracterização da responsabilidade civil do agente, possibilitando ao lesado o acionamento da Justiça, a fim de retirar do patrimônio alheio o suficiente para lhe repor as perdas experimentadas, de forma que pelo instituto da responsabilidade fica o causador obrigado a satisfazer os interesses do lesado, atingido por fato próprio (responsabilidade direta), ou de terceiro relacionado, ou ainda, de coisa ou de animal sob seu domínio (responsabilidade indireta).

3.2 - Princípios comuns a todos os casos de Responsabilidade Civil

Para que o lesado possa ter direito à reparação, em todos os casos de responsabilidade civil, Contratual e Extracontratual, necessária se faz a conjugação dos seguintes pressupostos, conforme DINIZ:

“a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco [...]; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro, por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou a um interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão [...]; c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano [...]”¹¹

Outrossim, se o lesado experimentar um dano, mas este não resultar da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente; da mesma forma não responderá o agente causador nas situações de caso fortuito ou força maior.

Comprovando que o dano resultou de caso fortuito ou de força maior, caracterizado pela imprevisibilidade ou inevitabilidade, excludentes da responsabilidade, ex vi do disposto no artigo 1058 CC, julga-se improcedente a ação, uma vez que não há dano a ser indenizado (1º TA CIVIL SP - 3º C. - Ap. - Rel. Souza Lima - j. 08.09.83 - RT 587/139).

A prova do nexo de causalidade é do autor (TJRJ - 8º C. - Ap. - Rel. Dourado de Gusmão - j. 22.03.83 - RT 573/202).

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. VII, p. 30-31.

A jurisprudência é pacífica no entendimento de que não se pode falar em indenização quando o autor não comprova a existência do dano (TJSC - 2º C. - Ap. - Rel. Wilson Antunes - j. 04.05.82 - RT 568/167).

3. 3 - Responsabilidade Extracontratual ou Delitual

De acordo com ORLANDO GOMES, “a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de uma violação legal, ou seja, da lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, independentemente da existência de algum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.”¹² Nosso Código Civil regula essa responsabilidade nos artigos 159; 160 e 1518 a 1553.

Quanto ao fundamento, duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual: a subjetiva, fundada na culpa, e a objetiva ligada ao risco.

No caso da subjetiva, cabe analisar a intenção do causador a fim de demonstrar no caso concreto, se quis o resultado (dolo), ou se atuou com imprudência, imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito), para então obter-se a reparação do dano sofrido.

¹² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 338.

Devido à dificuldade de provar-se a culpa na teoria subjetiva, o que acabava por levar a vítima a ter de suportar o prejuízo, avançou-se para a teoria objetiva, na qual basta a simples causação (causalidade extrínseca) sem cogitação da intenção do agente para caber a indenização, ou seja, de uma conduta antijurídica, como pressuposto da responsabilidade, esta passou a decorrer, também, de uma ação legítima, mas perigosa; a pessoa que retira proveito da situação geradora de riscos deve arcar com as respectivas conseqüências, facilitando-se à vítima ser ressarcida dos prejuízos sofridos.

Já em relação ao agente, a responsabilidade civil extracontratual divide-se em duas modalidades: a) a responsabilidade civil extracontratual direta ou simples, e b) responsabilidade direta ou complexa. A primeira, é derivada do ato da própria pessoa imputada, que, então deverá responder por ato próprio. A obrigação de indenizar decorre da ação ou omissão culposa do agente, provado o nexo de causalidade e o dano.

De acordo com LOPES, “O código Civil, no art. 159, implicitamente está se referindo à responsabilidade por fato próprio, ao conceituar o ato ilícito como o praticado por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem. Para que haja, portanto, responsabilidade extracontratual por fato próprio, será mister que o agente pratique o ilícito, isto é, uma ação ou omissão culposa.”¹³

“O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual,

¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações responsabilidade civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 252-253.

causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo da atividade culposa. A prática de ato ilícito, infringindo preceito normativo de tutela de interesse privado, produzindo dano a um bem jurídico, lesando direitos pessoais ou reais, dá origem ao ressarcimento do prejuízo. É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o. Os bens do responsável pelo ato ilícito ficarão sujeitos à reparação do dano causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, mediante seus bens, de tal maneira que ao titular da ação caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo (art. 1518, parágrafo único). “¹⁴

b) A responsabilidade civil indireta ou complexa, é a que ocorre como resultante de um ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade; ou pelo fato de uma coisa animada ou inanimada, da qual a pessoa é dona ou possuidora, vir à causar acidente lesivo ao patrimônio ou à integridade física de outrem, devendo portanto reparar o dano, com fundamento na culpa ou no risco, ou seja, alguém responderá indiretamente por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal (CC artigo 1521, I a V); ou por ser responsável por algo animado ou inanimado, nos termos dos artigos 1527, I a IV, 1528 e 1529 do CC. Por ser uma exceção ao princípio geral da responsabilidade, somente poderá ser aceita dentro dos casos legais, não se admitindo interpretação extensiva ou ampliativa.

3. 4 - Responsabilidade Civil Contratual

¹⁴ Op. cit. p. 23, nº11.

A responsabilidade contratual derivada ou não da culpa tem sua gênese na conjugação de dois fatores: na formação do contrato e na sua obrigatoriedade; pois, como se sabe toda pessoa física ou jurídica antes de firmar um compromisso tem a faculdade de aceitá-lo ou não de acordo com suas conveniências.

Em segundo lugar, aliado a essa liberdade inerente a todo o ser humano, existe outra que é a de escolher com quem e quando contratar, de forma que salvo em casos especiais, a eleição da pessoa com quem iremos consignar o pacto decorre do livre arbítrio dos pactuantes.

Passadas estas duas primeiras etapas, resta a escolha do conteúdo do contrato; novamente, os contratantes têm inteira liberdade para acertar as cláusulas que melhor lhes convier, respeitando, é claro, as imposições de ordem pública, de forma que o contrato deverá espelhar o resultado da vontade dos contratantes.

Assim, se contratante e contratado, são livres para contratar ou não, para escolher o sujeito oposto, para acertarem entre si as condições, após firmado o compromisso estejam as partes vinculadas ao contrato, dentro do que se convencionou chamar de princípio da obrigatoriedade, em que o contrato obriga os contraentes, que em consequência, não têm o poder de se liberar unilateralmente, ou melhor, nenhum dos contratantes tem o poder de arrepender-se do pactuado, nem mesmo um magistrado, salvo nos casos previstos em lei, pode revogar o acertado, ou alterar as suas consequências; afinal, tal contrato nasceu da vontade livre das partes, que estão obrigadas por lei a cumprirem aquilo a que se obrigaram.

De forma que, na responsabilidade contratual os efeitos aos quais estão sujeitas as partes são os mesmos da extracontratual, porém, pressupõe-se, necessariamente, a existência de um contrato já formado, derivando a responsabilidade do contratante do fato de não ter executado aquilo a que se comprometeu, quer dizer, há responsabilidade quando a inexecução é imputável ao fato do devedor.

Por consequência do princípio da obrigatoriedade das convenções, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente, haja escusa por caso fortuito ou força maior (CC, artigo 1058, parágrafo único), ou que o Poder Judiciário o limite em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, que impossibilitem a previsão da excessiva onerosidade no cumprimento da prestação.

Assim, ter-se-á o inadimplemento da obrigação com conseqüente responsabilidade civil contratual, quando o devedor não cumprir a prestação devida. Outrossim, se o descumprimento for resultante de um evento estranho à vontade do devedor, caso fortuito ou força maior, não originará, em regra, a sua responsabilidade.

Para GOMES, “O código civil, artigo 1056, ao prescrever que, não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos, está admitindo dois modos de inadimplemento voluntário: a) absoluto, quando a obrigação não for cumprida, nem poderá sê-la, e o credor não mais tiver possibilidade de receber aquilo a que o devedor se obrigou. b)

relativo: quando a obrigação ainda não foi cumprida no tempo, lugar e forma devida, porém poderá sê-la, com proveito, para o credor, hipótese em que se terá a mora.”¹⁵

Quanto a consequência desse inadimplemento, seja absoluto ou relativo, tem-se o mesmo efeito, ou seja, caberá ao devedor inadimplente responder por perdas e danos, para recompor o patrimônio do credor lesado pelo descumprimento da obrigação. Sendo a inexecução completa o ressarcimento será total, se incompleta, parcial será a indenização, pois está deverá ser proporcional ao prejuízo causado ao credor (tal indenização somente será pelo equivalente valor pecuniário, quando não for possível obter o objeto contratual devido, e em alguns casos caberá ao credor pleiteá-las conjuntamente).

DINIZ, salienta com propriedade:

“A responsabilidade do infrator, havendo liame obrigacional decorrente de contrato ou de declaração unilateral de vontade, será contratual, fundando-se na ocorrência da culpa em sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. Nosso código civil não trata diferencialmente o transgressor que agiu por dolo do que agiu por culpa, apenas excepcionalmente no art. 1057, parágrafo primeiro, alínea “a”, distingue entre inadimplemento doloso e culposo para definir a responsabilidade do inadimplente.”¹⁶

Assim sendo, para haver responsabilidade civil contratual será preciso demonstrar a presença dos seguintes requisitos: a) obrigação violada; b) nexo de causalidade entre o fato e o dano produzido.

¹⁵ Op. cit. p. 24, nº12.

¹⁶ Op. cit. p. 23, nº11.

esperado agia com culpa o médico, pelo simples fato de realizar uma operação sem qualquer utilidade para a saúde do paciente.

O segundo momento, aceitação com reservas, segundo PEREIRA, surgiu: “a partir do julgamento do tribunal do Sena, em 25 de fevereiro de 1929; após o qual considerou-se a questão de saber se o médico incide em culpa sempre, ou se depende esta das circunstâncias de cada caso.”²² Passou-se então a entender que não sendo proibida por lei, não se pode considerar a cirurgia estética um ato ilícito. Ou seja, o desejo de corrigir imperfeições físicas, em homens e mulheres, a renovação do prazer de viver, a possibilidade de evitar uma neurose causada pela presença de uma imperfeição anatômica, passou a conciliar o direito com a cirurgia estética.

Passadas estas duas primeiras fases, a sociedade aprendeu a conviver com as possibilidades da medicina através da cirurgia plástica, chegou-se ao momento atual vivido em nosso país, homens e mulheres, seja por vaidade ou por necessidade, buscam freneticamente a boa aparência física; os centros de estética multiplicaram-se, alguns dos nossos profissionais desta especialidade tornaram-se mundialmente famosos. Assim, dentro de tais conceitos, é de se admitir a realização da cirurgia plástica como uma atividade normal, um acontecimento cotidiano, ficando afastada totalmente a idéia de ilicitude. Enfim, a cirurgia plástica conquistou seu espaço de especialidade médica como qualquer outra; portanto, passou a ser considerada uma atividade lícita e legítima. Afinal, da mesma forma que as pessoas têm o direito de cuidar de sua saúde, devem ter de cuidar de sua aparência.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 156.

4. 2 - Responsabilidade civil por erro médico em cirurgia plástica - Obrigação contratual ou extracontratual?

Feitas as observações preliminares quanto à evolução da medicina atual, mormente, no tocante às cirurgias plásticas, obsessão de uma grande parcela de nossa população, e, objeto de grande controvérsia, quando o médico não alcança o fim prometido ao seu paciente (cliente), passa-se, então, a analisar as questões que se formam em relação a essa querela jurídica, fruto de um erro médico numa cirurgia plástica.

No momento de insatisfação do paciente em relação ao assegurado pelo seu médico, surge o problema a ser abordado, ou seja, qual a fonte da responsabilidade de um cirurgião plástico? É uma obrigação extracontratual, tal como foi alocada no Código Civil, nos termos do artigo 1545, como indica a nossa legislação? É uma obrigação contratual como têm entendido os tribunais pátrios e significativa parcela de nossos doutrinadores? Outrossim, as regras serão as mesmas para a cirurgia plástica estética e para a reparadora? E, por outro lado, existe diferença e/ou utilidade para a vítima, ao diferenciar-se tal responsabilidade em aquiliana ou contratual?

A caracterização da responsabilidade médica é posta em termos controvertidos, pois de um lado postam-se os que a colocam como contratual, e de outro, os que a entendem como extracontratual ou aquiliana. Não obstante, o Código Civil brasileiro inseri-la em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana, a ampla maioria da doutrina trata-a como responsabilidade

contratual, só a aceitando como extracontratual, em casos como o de um médico que realiza uma cirurgia para a qual não se encontrava devidamente habilitado.

CAHALI esclarece o assunto da seguinte maneira:

“A discussão a respeito do enquadramento da responsabilidade médica dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico (nesse sentido Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 10^o Ed., Paris, Sirey, 1934; José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 10^o Ed., Forense, 1995, 1^o V.; Henri Lalou, *Traite Pratique de La Responsabilité Civile*, 6^o Ed., Paris, Dalloz, 1962; Silvio Rodrigues, *Responsabilidade Civil*, 14^o Ed., Saraiva, 1995, 4^o V, n. 83).”²³

Portanto, pode-se afirmar que transparente e indiscutível é o caráter contratual do exercício da medicina, tendo natureza delitual apenas nos casos que o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. Assim, se o médico for experiente e usar os meios técnicos adequados (não se explicando a origem daquela eventualidade não desejada); se nenhuma modalidade de culpa - negligência, imprudência ou imperícia ficar demonstrada, deixa de haver base para fixação da responsabilidade civil, pois qualquer resultado não almejado será por causas orgânicas ainda pouco conhecidas.

Por outro lado, conforme explica CAHALI o médico responderá extracontratualmente quando:

²³ CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Responsabilidade civil doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 312.

“a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, ou que venha a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente.”²⁴

Tal entendimento, também pode ser comprovado na jurisprudência abaixo:

“ATO ILÍCITO. Negligência profissional. Médico que submeteu cliente a tratamento plástico peremptoriamente condenado. Parafinoterapia que acarretou a deformidade fisionômica do paciente. Ação de indenização procedente. Da aplicação do artigo 1545 do Código Civil.

Comete ato ilícito o profissional que, fugindo aos preceitos de sua arte e às cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes, causa-lhes, por meio de tratamento cientificamente condenado, malefícios físicos e morais, como v.g. a deformação fisionômica.” (TJSP, 1º CC., Ac. n. 39641, j. 15.02.488, v.u., rel. Amorim Lima, RT 180/178).

Portanto, no caso da cirurgia plástica, seja estética ou reparadora, o médico ao atender um chamado do paciente num hospital, em sua clínica ou mesmo na rua, assume um contrato, com um objeto determinado, natureza própria e com deveres e direitos para as duas partes conforme será visto mais adiante. Outrossim, no tocante à operação plástica, independentemente, do fato de ser com finalidade estética ou reparadora, como a responsabilidade médica num todo é de natureza contratual,

²⁴ Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n.180, p.178.

Desta forma, a inclusão de um caso como responsabilidade contratual, excluindo-o da esfera da responsabilidade aquiliana, pode representar um elemento de vantagem para a vítima, por desonerá-la do encargo probatório, isso porque, na responsabilidade contratual, basta ao credor demonstrar que a prestação foi descumprida para adquirir o direito a reparação das perdas e danos (CC, artigo 1056); restará ao devedor, em contrapartida, demonstrar que o descumprimento por sua parte, de tal obrigação, decorreu de caso fortuito ou força maior (CC, artigo, 1058).

3. 4. 1 - Perdas e danos

O artigo 1056 do CC, ao prescrever que não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos sofridos pelo credor; inseriu a figura do dano como pressuposto da responsabilidade civil contratual, pois sem ele impossível será a ação de indenização, ou seja, responsabilidade civil consiste na obrigação de indenizar, e só haverá indenização quando existir prejuízo a reparar.

Assim, perdas e danos constituem o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor, em virtude de o devedor não ter cumprido total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma em dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo prejudicado.

De tal forma, o juiz para fixar a indenização por perdas e danos deverá nos termos dos artigos, 1059 a 1061, do Código Civil, considerar se houve: dano

emergente, lucro cessante, e nexó de causalidade entre o prejuízo e a inexecução culposa ou dolosa da obrigação por parte do devedor. Deve ater-se, ao fixar o valor das perdas e danos, ao tempo do julgamento, ao lugar da estimacão (aquele onde o pagamento teria de ter sido efetuado) e à pessoa do lesado, principalmente sua condiçãó patrimonial.

Outrossim, quanto aos modos de liquidaçãó do dano, a regra a ser seguida é a contida no artigo 1535, do Código Civil, ou seja, dar-se-á por determinaçãó legal, se a própria lei fixar qual seja a indenizaçãó devida; por convençãó das partes, que no momento em que contratam fixam a cláusula penal para o caso de inadimplemento de um dos contratantes; ou por arbitramento, artigo 1553 CC, nos casos ordinários, sempre que a liquidaçãó das perdas e danos não tiver sido estabelecida por lei ou pelas partes contratantes.

3. 4. 2 - Cláusula penal

Cláusula penal é um pacto acessório pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, uma pena pecuniária ou não, contra a parte infrigente da obrigação, como consequência de sua inexecução culposa ou de seu retardamento, fixando o valor das perdas e danos e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal. Pode ser uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realizaçãó de um serviço ou a abstençãó de um fato.

Para MONTEIRO, a cláusula penal, “Tem uma função ambivalente, sendo, ao mesmo tempo, um meio de pressão através do qual reforça o vínculo obrigacional, compelindo o devedor a honrar sua palavra; e por outro, como instrumento de indenização fixa a priori cifra que o contratante terá de pagar, caso se torne inadimplente, isto é, converte em res certa aquilo que é incerto.”¹⁷

Quanto aos seus efeitos pode-se afirmar que:

“o efeito primordial da cláusula penal é o de sua exigibilidade pleno iure, no sentido de que independerá de qualquer alegação do prejuízo por parte do credor (CC, artigo 927), que não terá de provar que foi prejudicado pela inexecução culposa da obrigação ou pela mora. A única coisa que o credor terá de demonstrar será a ocorrência do inadimplemento da obrigação e a constituição do devedor em mora.

Haverá ainda a possibilidade do credor optar pela execução da prestação, sem reclamar a pena, exceto se houver impossibilidade da prestação e configurando-se a hipótese do CC, artigo 919.

Cabendo por último, a aplicação do CC, artigo 925, parágrafo único e 926, no caso de pluralidade de devedores, sendo indivisível ou divisível a obrigação.”¹⁸

3. 5 - A responsabilidade deve ser estudada em plano único

Apesar de nosso Código Civil ter adotado a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, conforme analisou-se acima, vale ressaltar a tendência das legislações modernas em unificá-las, tendo em vista o

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil : direito das obrigações**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. V, 2. parte, p. 198.

¹⁸ Op. cit. p. 23, nº11.

fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio, aliado ao fato de as diferenças não serem fundamentais, não atingirem os princípios comuns da responsabilidade.

DIAS evidência o assunto com clareza:

“A culpa é a mesma para a infração contratual e para a delitual; ambas podem resultar de atos e omissões: obrigações de fazer, de dar, obrigações de não fazer, de não dar. Atos ilícitos positivos; atos ilícitos negativos.

Quanto as cláusulas exonerativas, se há distinções entre as responsabilidades delituais e as contratuais, também as há aquelas, como espécies, e entre estas. Portanto, o critério distintivo falharia.

Seja como for, domina hoje na doutrina a convicção de que, com respeito à responsabilidade civil, as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que em essência, se requer para a configuração da responsabilidade, são as três condições: o dano; o ato ilícito e a causalidade, isto é, nexos de causa e efeito entre os primeiros elementos.”¹⁹

A coexistência de muitas classificações das obrigações não ofende a nenhum princípio lógico, o mesmo acontecendo com a responsabilidade civil, dividida em contratual e delitual; apesar de a culpa ser a essência das duas responsabilidades, as diferenças se manifestam na natureza do direito violado. Na primeira, é dentro do contrato cuja existência precisa ser demonstrada, que se deve buscar, e delimitar o direito violado pelo desrespeito do devedor. Na culpa aquiliana, esse questionamento fica voltado para o direito positivo, ou seja, apesar da identidade genérica da culpa, raiz das duas responsabilidades, ficam claras as diferenças específicas proporcionadas

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I, p. 124.

pela qualidade do direito rompido, podendo a culpa ser qualificada de contratual ou extracontratual.

Conforme Amezága, citado por DIAS “Em conclusão: apresentando vantagens práticas indiscutíveis, a divisão do estudo da culpa não afeta, de nenhum modo, a unidade do conceito genérico. Define caracteres de espécies que merecem estudo distinto, mas que se submetem a unidade genérica, confirmando os elementos comuns às duas responsabilidades.”²⁰

Portanto, partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar. De forma que as três espécies se agrupam no título culpa extracontratual, apesar das diferenças. Enquanto por outro lado a culpa contratual se manifesta num espaço muito mais nítido e transparente, consistindo na inexecução previsível e evitável por uma parte ou seus sucessores de obrigação nascida de contrato, de forma prejudicial para a outra parte ou herdeiros.

Após esta análise sintética, dos aspectos gerais da responsabilidade civil contratual e extracontratual, procurou-se apresentar os seus aspectos básicos, suas diferenças e semelhanças, parte-se para o estudo do erro médico na cirurgia plástica, e dentro desta análise, responderar-se-á as seguintes questões: qual a obrigação do cirurgião de meio ou de resultado? Contratual ou extracontratual? Qual o objeto do contrato médico? Devemos questionar ou não a legitimidade de uma cirurgia plástica?

²⁰ Op. cit. p. 33, n°19.

4 - A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E ESTÉTICA

4.1 - Legitimidade da Cirurgia Plástica

As mudanças vivenciadas na sociedade brasileira nos últimos 50 (cinquenta) anos, ocasionaram uma revolução nos hábitos e costumes de nossa gente; passamos de uma população rural, para uma urbana, as cidades cresceram e se desenvolveram, conseqüentemente, houve uma significativa melhora na expectativa de vida de todos. Ocorreu uma diminuição no número de analfabetos, uma redução no número de filhos por casal; um envelhecimento populacional e uma invasão das mulheres no mercado de trabalho.

Mas não foi só o Brasil e os brasileiros que evoluíram; a ciência, e especialmente, a medicina avançaram como nunca no último século; os tratamentos, medicamentos, hospitais e médicos especializados deixaram de ser privilégio dos mais afortunados para serem, segundo a lei vigente, um direito de todos e um dever do Estado.

No ramo da cirurgia plástica houve uma explosão de igual magnitude, segundo o presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, Munir Curi²¹, “100.000 cirurgias plásticas são feitas anualmente no país, das quais 80.000 com função puramente estética, um aumento de 100% em relação a média de dez anos atrás.

²¹ VEJA. A vitória sobre o espelho. São Paulo: Abril, n. 1406, 23 ago. 1995, p. 72.

E , com o progresso das técnicas, o preço caiu bastante. Curi calcula que o Brasil tenha cerca de 5000 cirurgiões plásticos. Eram apenas 1000 há dez anos atrás. ”

Necessidade de afeto, medo da velhice e busca de novas oportunidades profissionais são as expressões chaves para explicar como se chegou a tal situação; homens e mulheres insatisfeitos com sua aparência, incomodados com as marcas do tempo, chegam aos consultórios dos cirurgiões plásticos decididos a mudarem de vida, depositando todas as suas economias e esperanças na operação estética; por outro lado, o crescimento da expectativa de vida aumentou a preocupação das pessoas com o amanhã, ou seja, as pessoas estão procurando retardar o envelhecimento. Por fim, num mercado de trabalho cada vez mais exigente, onde as disputas por um espaço são cada vez mais acirradas, com ambos os sexos competindo lado a lado de maneira cada vez mais igualitária, a boa aparência passou a ser fundamental na hora das contratações e das promoções. Dessa forma, a gordura, a flacidez, a papada no queixo, a calvície, até os cabelos brancos, tudo virou uma espécie de vergonha para o portador. Em nome da felicidade, ou até mesmo por necessidade, o culto ao corpo tornou-se uma obsessão.

Dentro dessa nova realidade a cirurgia estética afrontou a doutrina, com reflexos na jurisprudência, passando por três fases: a da rejeição; a da aceitação com reservas; para enfim, chegar ao seu momento atual de admissão ampla.

Quanto à fase da rejeição, ela dominou o mundo jurídico no início das cirurgias plásticas, num período em que na verdade ocorriam mais experimentos do que cirurgias de rigor científico; dominava a opinião de que não se destinando a curar uma doença, mas sim em corrigir uma imperfeição física. Ao não lograr o resultado

pois em ambos os casos forma-se um vínculo contratual entre o cliente e o médico, no qual o primeiro deposita a confiança no segundo.

Por fim, DIAS elucida que: “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional.”²⁵

A responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado, ou a simplesmente conduzir-se de certa forma. É o que acontece no caso dos médicos, que não se comprometem a curar, mas a cumprir as regras da profissão.

Por outro lado, o Código de defesa do consumidor (lei 8078, de 11 de setembro de 1990), em vigor desde 11/03/91, regulando o artigo 5º, XXXII da CF/88, fixou em seu artigo 14, parágrafo 4º, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, só poderá ser fixada mediante a verificação de culpa, portanto regra que passa a valer para os médicos, na qualidade de profissionais liberais. Contudo, no caso de médicos que trabalhem em hospitais, valerá a regra do art. 14, “caput”, ou seja, o médico responde pela culpa, enquanto que o hospital terá sua responsabilidade apurada objetivamente. Desta forma, o Código de defesa ao consumidor inovou significativamente, derogando o artigo 1545 do CC, de 1916.

Segue abaixo, algumas jurisprudência confirmando a natureza contratual da responsabilidade dos médicos:

²⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. v. I, p. 254.

“Responsabilidade civil do médico - Cirurgia estética mal sucedida - culpa não provada -

A responsabilidade dos médicos é contratual, mas baseada, fundamentalmente, na culpa. A obrigação assumida não é de resultado, mas de meios, ou de prudência, e diligência. Ao juiz é defeso, por ser de sua competência, pronunciar-se por essa ou aquela escola, optar por esse ou aquele operatório. Exame de prova, onde não há comprovação da culpa do réu. Ninguém pode ser condenado por meras conjecturas.” (TJRS - 4º C. - Ap. 10.898 - J. 11.03.80 - Diário da Justiça do Rio Grande do Sul 07.05.81, página 64)

“Responsabilidade civil - Internamento em hospital - Amputação de perna - Indenização pleiteada - Inexistência de prova de culpa ou imperícia do profissional - Ação improcedente - Voto vencido -

Ainda que se admita a natureza contratual do serviço médico, não se pode presumir a culpa do profissional, por envolver obrigação de meio e não de resultado. Sem prova dessa culpa improcedente o pedido de indenização.” (TJSP - 6º C. - Ap. - Rel. José Cardinale - J. 26.10.78 RT 523/68)

“A responsabilidade dos médicos é contratual, mas baseada fundamentalmente, na culpa.

A obrigação assumida não é de resultado, mas de meio, ou de prudência e diligência.” (TJRJ - 4º C. - Ap. 7.546 - j. 03.11.86 - Diário da justiça do Rio de Janeiro de 08.02.87, página 18)

“Entende-se que a obrigação contratual assumida pelo médico não é de resultado mas de meios ou prudência e diligência, como corretamente é referido.

Não constitui objeto do contrato a cura do doente mas a prestação de cuidados conscienciosos e atentos. Caracterizada assim a natureza da obrigação resultante desse contrato, que obviamente não tem necessidade de ser firmado mas cujo vínculo se forma quando, chamado o médico aceita a incumbência de trata o doente, assume em consequência, a obrigação de dar a este o tratamento adequado, isto é, conforme os dados atuais da ciência. A atenção ao chamado, seguida da visita e do tratamento iniciado, estabelecem o contrato entre o médico e o paciente.” (TJRS - 1º C. - Ap. j. 21.10.76 - AJURIS 17/76)

4.2.1 - Objeto do contrato médico

Conforme analisado supra, a responsabilidade civil na cirurgia plástica é de natureza contratual e como tal deriva de um contrato, convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam, para com uma ou várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa.

Portanto, ao se definir a responsabilidade dos cirurgiões plásticos, pressupõe-se uma obrigação de fazer, admitindo uma reciprocidade entre os contratantes através do tratamento e do honorário. Ou seja, o médico obriga-se a fazer um tratamento, com diligência, atenção e solícitude, enquanto que o paciente (cliente) torna-se credor deste comportamento, ficando com a contraprestação de remunerá-lo (prestação de coisa). Tendo por último aspecto a encerrar o contrato médico a divisão em obrigação de meios ou de resultados, conforme a cirurgia plástica estética ou reparadora, porém, este último aspecto contratual será abordado, pormenorizadamente, mais a frente.

Por outro lado, o contrato médico só pode cessar dentro de especificações bilaterais, ou seja, por uma das formas previstas no instrumento, pois caso contrário, ocorrendo o inadimplemento não justificado por uma das partes, responderá esta por perdas e danos, nos termos do artigo 1056, do Código Civil.

Conforme PANASCO o contrato médico “estabelece-se ainda como: tácito, expresso, consentido, de objeto lícito, sinalagmático e oneroso.

“Tácito, por ser suficiente o atendimento para instituí-lo sem qualquer outro ato interveniente, além da aquiescência profissional.

Expresso, quando verbal ou de validade através de documentação específica, por exemplo, cirurgias de maior complexibilidade, o paciente assina uma documentação de consentimento e conhecimento de todas as conseqüências e aceitando o risco operatório.

Consentido, em razão de o médico somente poder decidir por si só, quando caracterizado o iminente perigo de vida.

De objeto lícito, tendo em vista que o ato jurídico só se contrai diante de um comportamento lícito.

Sinalagmático, diante da reciprocidade das obrigações, o cirurgião plástico atende a solicitação do paciente mediante uma remuneração previamente, acertada.

Oneroso, pelas próprias condições contratuais médico-paciente, isto é, obrigação de dar e fazer.”²⁶

4.2.2 - Direitos dos pacientes

O paciente, de acordo com o Código de Ética Médica combinado com o Código de Defesa do Consumidor, tem o direito de receber do médico o melhor tratamento, com a utilização dos métodos mais atualizados, desde que acessíveis; toda a sua competência e um tratamento humano, independente de sua posição social.

O direito de saber o diagnóstico e entender porque os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu tratamento; tem o direito de saber por escrito o nome de sua doença e os elementos que a comprovam; tem direito a ter acesso aos dados de seu prontuário, enfim são dados seus, e portanto, lhe pertencem;

²⁶ PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 50.

quanto aos dados técnicos devem ser explicados ao doente e seus familiares de forma clara e concisa, quanto aos mais graves devem ser explicados de maneira mais humana para não causar desespero.

Como o doente tem o direito de mudar de médico, este também tem o direito de não tratar o doente, salvo no caso de no local não haver outro médico, pois, neste caso tal ato poderá caracterizar omissão de socorro.

Diz o Código de Ética Médica:

É vedado aos médicos:

“Art. 69 - Deixar de elaborar prontuário médico para o seu paciente;

Art. 70 - Negar ao paciente acesso ao seu prontuário, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para ele ou para terceiros;

Artigo 71 - Deixar de fornecer laudo médico ao paciente quando do encaminhamento ou transferência, para fins de continuidade do tratamento ou na alta, se solicitado.”

E o Código de Defesa do Consumidor:

Constitui crime contra as relações de consumo:

art. 72 - “Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastro, banco de dados, fichas e registros.”

4.2.3 - Direitos e obrigações do médico

Estudar algo cientificamente implica em dar pesos iguais a todas as partes, considerar todas as possibilidades; portanto, para se verificar de tal forma a problemática do erro médico, tem-se que observar também as formas de defesa à disposição do médico e os seus direitos e obrigações.

De acordo com esta concepção, pode ser assinalado como o mais elementar direito dos médicos, síntese de todos os outros, o direito de exercer sua profissão com liberdade, ou seja, ele deve gozar, em todos os ambientes, da maior e mais ampla liberdade para diagnosticar seus pacientes, desde que com o consentimento deste, que em contrapartida tem o direito de aceitar ou não o que lhe é proposto.

Outrossim, conforme enumera GUERRA os seus principais deveres são:

- * “Qualificar-se antes de exercer a medicina, fazendo treinamento profissional em programa de residência médica oficial;
- * Aprimorar-se permanentemente pela leitura de revistas especializadas, freqüência a cursos, atividades nas sociedades médicas, participação em congressos, etc.;

- * Examinar o doente sempre de maneira periódica e completa, registrando todos os dados no prontuário médico;
- * Expor ao doente sua opinião sobre o caso indicando a evolução natural da doença e o que se espera com o tratamento, mas salientando que ele é que toma a decisão que lhe aprouver;
- * Observar sempre um equilíbrio na prescrição de medicamentos, atento à interação das drogas, a seus efeitos cumulativos;
- * Cuidar do relacionamento com o paciente e familiares, deixando clara a evolução natural da doença e o que se pode esperar com a terapêutica proposta, bem como as condições resultantes de seu malogro e, durante toda a evolução, mostrar o que era esperado, como está respondendo ao tratamento, nunca entusiasmando o paciente sem fundamento, nem o angustiando desnecessariamente.²⁷

4.3 - Responsabilidade civil por erro médico na cirurgia plástica - Obrigação de meio ou de resultado?

Conforme salientado no projeto e no desenvolvimento deste trabalho, uma das grandes questões do erro médico, principalmente, na cirurgia plástica, está em determinar-se a natureza da obrigação assumida pelo médico, ou seja, de meio ou

²⁷ VEJA. Os médicos têm culpa São Paulo: Abril, 07 set. 1990. p. 57.

de resultado, pois, em consequência destas diferentes formas obrigacionais, distintos serão os efeitos jurídicos.

Porém, antes de discutir-se quando e por qual das obrigações respondem os médicos nos casos de erro, deve-se diferenciá-las conceitualmente.

Assim sendo, conforme ensina CAHALI: “obrigação de resultado é aquela em que o devedor, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido os seus deveres, caso em que estará obrigado a responder pelas consequências.”²⁸

Enquanto que: “obrigação de meios é aquela na qual o que se exige do devedor pura e simplesmente é o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Dessa forma a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.”²⁹

Por outro lado, no frontispício desta análise, devem-se relembrar as palavras dos autores, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, SERPA LOPES, E, MARIA HELENA DINIZ, que baseados no conceito de responsabilidade contratual decompõem as obrigações do médico em: a) deveres de conselho; b) cuidados e assistência; e, c) abstenção de abusos e desvios de poder, de forma que, por

²⁸ Op. cit. p. 40, n°23.

²⁹ Op. cit. p. 40, n°23.

consequência, o descumprimento a esses deveres básicos já é suficiente para caracterizar a falta profissional.

Assim sendo, conforme verificou-se nos capítulos anteriores, após longa discussão jurídica ocorrida no passado, a doutrina brasileira e mundial passou a admitir a responsabilidade dos médicos e cirurgiões na esfera contratual, o que sem sombra de dúvida representou um avanço e uma conquista do progresso científico; porém, a vantagem de enquadrar a responsabilidade médica na órbita contratual de forma isolada, é de pouco interesse prático, pois, teoricamente, ao pactuar com o cliente, o médico não assume a obrigação de curá-lo, mas sim de tratá-lo com zelo, prudência, e dedicação, utilizando-se dos recursos de sua profissão que estejam ao seu alcance. De outra forma, mesmo que o doente (contratante) venha a morrer, ainda assim, faz-se necessário a prova, por parte dos seus herdeiros da negligência, imprudência ou imperícia médica, para que então se possa falar em inadimplemento contratual, ou seja, ordinariamente a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado.

Seguem abaixo, algumas jurisprudência demonstrando situações nas quais a obrigação dos médicos é de meio:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Danos físicos atribuídos a tratamento por ele ministrado. Obrigação de meio e não de resultado. Regularidade da conduta do profissional. Culpa não configurada. Indenização afastada. Recurso provido. Voto vencido. Inteligência do artigo 1545 do CC.

Se a prescrição de medicação foi pertinente e cercada das cautelas recomendáveis e não havendo prova de que o profissional da medicina foi negligente, imperito ou imprudente no acompanhamento do tratamento, não há como considerar procedente a ação de indenização” (TJSP, 8º CC,

AC n. 11.267-1, j. em 19.03.86, vv., rel. Des. Oliveira Lima, RT 613/46).

“Indenização - Responsabilidade civil - Erro médico - Obrigação de meio e não de resultado - Dever de indenizar, no entanto, quando comprovadas negligência ou imperícia deste profissional - Ação procedente - Recurso não provido.”(TJSP, 6º CC, j. em 05.06.91, v. u., rel. Campos Mello - RJTJESP 134/153).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Obrigação de meio. Necessidade de prova da culpa do profissional para nascer o dever de indenizar.

Responsabilidade civil. Dano morfológico. Responsabilidade médica. Ainda que se admita a natureza contratual do serviço médico, não se pode presumir a culpa do profissional, por envolver obrigação de meio e não de resultado. Sem prova dessa culpa, improcedente a ação de indenização.” (TJPR, 4º CC, AC n. 1.498/85, j. em 28.05.86, v.u, rel. Marino Braga, PJ 19/179).

Ao conceito da responsabilidade médica superpõe-se uma obrigação de fazer, admitindo-se uma reciprocidade entre os contratantes através do tratamento e do honorário. O médico assume o compromisso de cuidar do paciente com diligência, carinho e atenção, enquanto aquele fica com o dever de recompensá-lo com a remuneração combinada. De maneira tal que entre as duas partes forma-se uma obrigação de meios, na qual pela própria condição de precariedade humana, muitas vezes todos os esforços empregados podem ser inúteis, não podendo o profissional ser acusado, por evidentemente ter feito o papel ao qual se propôs, tentar curar.

Por outro lado, de forma distinta deve ser, e é encarada a responsabilidade médica na cirurgia plástica, em que ao contrário da medicina como um todo, o paciente busca com o contrato uma melhora em seus traços corporais, de forma que ao entrar saudável num consultório em busca de uma aparência mais

agradável, o cliente tem no mínimo o direito de dali sair nas mesmas condições em que adentrou, ou seja, se não tiver o médico plena certeza em alcançar o êxito na intervenção desejada pelo paciente ou se por outro lado, conhecer alguma possibilidade de risco para a saúde de seu cliente, deverá o cirurgião medir muito bem a proporcionalidade dos riscos, pois neste caso em particular, de não vale a prova do consentimento do contratante.

Pois, como bem afirmou DIAS: “é, decerto, impossível compreender a irresponsabilidade do médico que pratica operação dessa natureza sem a existência de um como que estado de necessidade, apreciável segundo as circunstâncias e na proporção dos riscos que imponha ao paciente. Isto é, embora reconhecida a utilidade da operação, deve recusar-se a ela, se o perigo da intervenção é maior que a vantagem que poderia trazer ao paciente. Sempre e em todos os casos, compete ao médico a prova de que existia estado de necessidade e de que a operação normalmente encarada, não oferecia os riscos desproporcionados ao fim colimado. Não valendo, para nenhum efeito, neste particular, a prova do consentimento do cliente. Na matéria, em que predomina o princípio da integralidade do corpo humana, norma de ordem pública, não vale a máxima *volenti non fit injuria*. ”³⁰

Assim, na cirurgia plástica estética, a responsabilidade do médico continua a ser contratual, porém, gerando uma obrigação de resultado e não de meios, pois, com ela o cliente (contratante) visa corrigir uma imperfeição, rejuvenescer, ou melhorar sua aparência, ao contrário de um doente comum que luta por sua cura.

³⁰ Op. cit. p. 42, nº25.

Sendo este o objetivo do paciente ao procurar o médico, este se não tiver condições de proporcionar-lhe o resultado sonhado, não deve aceitar o compromisso, enfim, não deve realizar a plástica, comunicando ao cliente que não o operará, por serem às vantagens inferiores aos riscos da cirurgia.

Mas, porque essa diferença? Em todas as cirurgias plásticas assume o médico uma obrigação de resultado? Não, o médico só assume essa obrigação de resultado nas cirurgias plásticas estéticas, diferente solução é dada nas cirurgias reparadoras, onde a pessoa que procura o cirurgião é portadora de uma deformação congênita, cirúrgica ou traumática, pois, nestes outros casos nem sempre o médico pode prometer eliminá-la, porém, compromete-se a realizar o melhor.

A razão da diferença de tratamento entre as duas espécies de cirurgia plástica, deve-se ao fato de que a pessoa que procura uma cirurgia estética, não é um doente, mas sim, alguém sadio e desejoso de melhorar sua aparência; exatamente por não ser o cliente um pessoa enferma, é que se exige mais do médico. Uma vez que, no íntimo, a esperança de beleza é ilimitada e se altera a todo o momento por novos paradigmas (que o cinema, a televisão oferecem dia após dia), é, justamente, cobrado do cirurgião esta maior preocupação, devendo providenciar uma extensa documentação, como: exposições fotográficas frontais e de ambos os lados; planificação da cirurgia a ser feita, através do computador; testes alérgicos, e de rejeição, enfim, toda as informações que lhe possam servir de garantia para que após a cirurgia possa demonstrar ter cumprido com todas as letras o prometido. Afinal, o que um paciente procura ao entrar numa clínica de cirurgia estética é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação dos seios, a retirada de rugas, a remodelagem do

rosto, a retirada de gorduras, entre outros; exatamente o que lhe é prometido ao ser atendido.

Enquanto que, na cirurgia plástica corretiva, a pessoa é portadora de uma deformação, que o médico nem sempre pode eliminar, mas sim, deve procurar realizar o que melhor lhe seja possível dentro das condições existentes - constituindo-se assim uma obrigação de meios e não de resultado.

Seguem algumas jurisprudência confirmando a obrigação dos médicos nas cirurgias plásticas:

“Responsabilidade civil - Cirurgia plástica -

Ocorrência de infecção que obsta ao prosseguimento do tratamento avençado - Caracterização de caso fortuito - Restituição das partes ao “status quo ante”, com a devolução dos honorários - Recurso Extraordinário não conhecido” (STF - 1º T RE - Rel. Thompson Flores - j. 08.05.79 - RT 529/254).

“Na cirurgia estética existe responsabilidade do médico quando há resultado diverso do pretendido pelo paciente.” (TJRJ - 6º C. - Ap. - Rel Dourado de Gusmão - j. 02.09.82 - RT 556/191).

“RESPONSABILIDADE CIVIL DE CIRURGIÃO PLÁSTICO.

Abdominoplastia - paciente que, após o ato cirúrgico, apresenta deformidades estéticas - cicatriz suprapúbica, com prolongamentos laterais excessivos - Depressão na parte mediana da cicatriz, em relação à distância umbigo/púbis - gorduras remanescentes - resultado não satisfatório - embora não evidenciada culpa extracontratual do cirurgião, é cabível ressarcimento - a obrigação no caso, é de resultado, e não de meio - conseqüentemente, àquele se vincula o cirurgião plástico - procedência parcial do pedido, para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias aos procedimentos médicos reparatórios - dano estético reduzido - ressarcimento proporcional - custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação - provimento parcial do recurso.”

(TJRJ - 5º c - Ap. n. 338/93,- j. 16.03.93 - Seleções Jurídicas ADV - COAD - Seleções Jurídicas - ERRO MÉDICO - Vol. 1 - pág. 71 e 72 - Maio/94)

“INDENIZAÇÃO - Responsabilidade Civil -

Erro médico - Deformação de seios, decorrente de mamoplastia - culpa presumida do cirurgião - Cabimento - Hipótese de cirurgia plástica estética e não reparadora - Obrigação de resultado - Negligência, imprudência e imperícia, ademais caracterizadas - Recurso não provido.”
(TJSP - 9º C. Ap. - Rel. Accioli Freire - j. 09.06.94 - RJTESP 157/105).

“Contratada a realização de uma cirurgia plástica estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material como pelo moral, decorrente da deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito.” *(STJ - 3º T - Resp. - Rel. Dias Trindade - j. 21.06.91 - RSTJ 33/555).*

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO por danos decorrentes de cirurgia plástica nos seios e no abdômen. Resultado não atingido satisfatoriamente. Perda de um dos mamilos.

Se a obrigação é de resultado, e não de meio, àquele vincula-se o médico. Procedência do pedido para condenar os réus ao pagamento das despesas necessárias à realização de novas operações de reparação das lesões. Verba que se concede de dano estético, arbitrada, no caso de 50 piso nacionais de salário.” *(TJRJ, 5º CC, AC. n.4.723/89 - j. 12.12.89, v. u., rel Des. Humberto de Mendonça Manes).*

“Responsabilidade Civil - Dano estético - Reparação - Admissibilidade.

O dano estético é a lesão a um direito à personalidade - o direito a integridade física, especialmente na sua aparência externa. como todo direito da personalidade, qualquer dano que o seu titular possa sofrer vai ter conseqüências materiais, principalmente, morais, e portanto, não podemos conceber prejuízo estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa a partir do momento da lesão está menos feliz do que era antes ou como quer dizer Minozzi, o dano vem perturbar il nostro stato di felicità.” *(TJSC - 2º CC. - Ap. n. 22.552, da Capital - Rel. Des. Ernani Ribeiro. j. 24.09.85 - Seleções Jurídicas ADV - COAD - Seleções Jurídicas - ERRO MÉDICO - Vol. 2 - pág. 41 à 43 - Maio/94).*

4.4 - Responsabilidade Civil por erro médico na cirurgia plástica uma obrigação subjetiva ou objetiva?

Conforme o fundamento que se dê a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Para a teoria subjetiva, não havendo culpa não há responsabilidade, portanto, a prova da culpa do agente passa a ser condição para a indenização, ou seja, só responderá pelo dano se ficar provado que agiu com dolo ou culpa.

Já na teoria objetiva não se exige a prova de culpa do agente para obrigá-lo a reparar o dano. Em alguns casos ela é presumida por lei, em outros é de todo prescindível, bastando que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Assim, ao analisar o código civil brasileiro, percebe-se que a responsabilidade subjetiva foi adotada como padrão, sem prejuízo da aceitação de responsabilidade objetiva em determinados casos, como os dos artigos 1527, 1528 e 1529, responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas.

Relembrada essa visão geral das duas responsabilidades, tem-se que a responsabilidade civil por erro médico, geralmente, encaixa-se na responsabilidade subjetiva, visto que o médico ao ser contratado pelo doente assume uma obrigação de meio e não de resultado, portanto, cabe ao prejudicado provar que o profissional agiu com culpa, para então, poder pleitear a indenização.

No artigo 14, parágrafo 4º, do Código de defesa do consumidor, lei 8078/90, manteve-se esse entendimento, com alguma evolução no caso da responsabilidade dos hospitais, “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Portanto, permaneceu o entendimento anterior; para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais vale o sistema alicerçado na culpa, porém, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto que o hospital terá sua responsabilidade apurada objetivamente.

Entretanto, o que interessa neste estudo é a responsabilidade por erro médico na cirurgia plástica estética, nos casos em que profissional, promete melhorar alguma parte do corpo, enfim, a aparência de determinado cliente, sem que isso seja necessário para sua saúde, afinal, quando este lhe procura está totalmente saudável, de forma tal que assume este médico uma obrigação de resultado, executar com perfeição uma cirurgia previamente contratada, atingindo o fim ao qual se comprometeu.

Neste caso, qual a natureza da responsabilidade? Continua ela sendo subjetiva? Absolutamente, na cirurgia plástica estética, a responsabilidade do médico não continua sendo subjetiva, pois, se o cliente fica com aspecto pior após a cirurgia, não alcançando o médico o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe responder pelos prejuízos causados a seu cliente, ou seja, basta que haja uma relação de causalidade entre a ação do médico e o dano causado ao paciente numa cirurgia plástica, para que exista a responsabilidade.

Conforme ensina NASCIMENTO, citado por KRIGER: “Nas obrigações de resultado, o devedor se compromete e o credor pode exigir a produção de um resultado, sob pena de se ter a relação jurídica aperfeiçoada como inadimplida. Daí pouco interessa a culpa e, sim, a inocorrência do resultado prometido e contratado.”³¹

De tal forma que apesar da doutrina e da jurisprudência serem extremamente escassas e reticentes, pode-se concluir que no caso de uma cirurgia plástica estética, por assumirem os médicos uma obrigação de resultado sua responsabilidade independerá da culpa, devendo ser analisada de forma objetiva; porém, sem deixar de aceitar os excludentes tradicionais: caso fortuito e força maior.

4.5 - A Reparação do dano no erro médico numa cirurgia plástica estética

Nos Estados Unidos da América, as indenizações por responsabilidade civil em erro médico têm atingido valores estratosféricos; médicos tem sido responsabilizados até mesmo em relação a fatos que em outros países nem mesmo chega a ser apenado, como por exemplo no caso citado pelo jornalista CASTELALANI: “um paciente sentindo-se vítima de erro, moveu ação contra o psiquiatra, o hospital, e o laboratório, envolvidos no episódio. O laboratório fabricou o remédio sob cuja ação esse paciente provocou um acidente automobilístico, após ter

³¹ KRIGER, Domingos Afonso. **A responsabilidade civil e penal no código de defesa e proteção do consumidor**. Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito da UFSC, Florianópolis, 1993. p. 75.

ingerido bebida alcoólica numa festa. O médico foi condenado por não o ter proibido de tomar bebida alcoólica, o hospital foi absolvido por não ter em sua farmácia o referido medicamento e o laboratório farmacêutico foi condenado por não fazer constar da bula a potencialização da droga pelo álcool.”³²

No Brasil, menos freqüentes são as condenações por erros médicos e quando estas ocorrem, menores são os valores arbitrados a título de indenização ou reparação do dano, de forma tal que muitas vezes as vítimas acabam achando-se injustiçadas.

Cumprindo, pois, examinar a metodologia da liquidação do dano na cirurgia plástica, vale dizer o critério e o itinerário para chegar a valores justos para ambas as partes.

A liquidação do dano advindo de culpa médica vai depender do tipo de bem lesado, pois a pessoa pode ter sido atingida em seu bem maior, qual seja, a própria vida, ou a saúde, ou a integridade física e psíquica ou até mesmo em a intimidade. Dependendo da lesão, a vítima poderá ficar ou não incapacitada de forma total ou parcial para o trabalho, devendo neste caso, este aspecto ser plenamente ressarcido.

No caso de o profissional causar a morte do paciente, a família terá direito a uma indenização que deverá abranger: as despesas com o tratamento ao qual ele estava submetido; seu funeral; o luto de família; e os alimentos a quem o cliente devia, nos termos do artigo 1537, do Código Civil brasileiro. Outrossim, convém não

³² CASTELLANI, José. *O futuro dos médicos*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 08 jul. 83. caderno 2, p. 06.

olvidar que o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição federal de 1988, assegurou a todos os brasileiros o direito a indenização material e moral no caso de dano.

Veja-se a seguir a transcrição de alguns destes importantes artigos relacionados com a reparação do dano:

Constituição Federal

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

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

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

Código Civil

“Artigo 1537 - A indenização, no caso de homicídio, consiste:

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

II - Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Artigo 1538 - No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

Parágrafo 1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

Parágrafo 2º - Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de causar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Artigo 1539 - Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Código de Processo Civil

“Artigo 602 - Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento.

Parágrafo 1º Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública será inalienável e impenhorável:

I - Durante a vida da vítima;

II - Falecendo a vítima em consequência do ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor.

Parágrafo 2º - O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma do artigo 829 e seguintes.

Parágrafo 3º - Se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificações econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo.

Parágrafo 4º - Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor.”

No caso de ferimentos simples ou de outro prejuízo à saúde, desde que não haja ficado seqüelas mais graves, o médico culpado deverá indenizar o seu cliente nas despesas de tratamento e nos lucros cessantes até o fim da convalescença, nos termos do “caput”, do artigo 1538, do CC. Tais valores, por fim, devem, neste caso os valores ser corrigidos monetariamente.

De outra forma, no caso do tratamento médico resultar em deformidade ou aleijão (situação mais comum nos casos de cirurgia plástica) a indenização deverá ser dobrada, pois a ofensa passa a ser também de ordem moral, de forma tal, que além das verbas relativas às despesas hospitalares anteriores, e posteriores (novo tratamento), prótese se necessária, terá direito a vítima a uma indenização a título de

dano estético, em virtude da ofensa a um dos direitos da personalidade que é o direito à integridade física.

Finalmente, no caso de a ofensa a integridade física do paciente resultar em sua inabilitação para o trabalho ou na diminuição de sua capacidade laboral, terá direito, além das despesas de tratamento e lucros cessantes, a uma pensão, correspondente ao trabalho para o qual se inabilitou ou da depreciação que sofreu.

Ou seja, o que deve ser buscado é a mais total e completa reparação dos danos morais e materiais que possa ter o paciente sofrido em função de um erro ou de uma culpa médica; de forma que a vítima possa ficar o mais próximo possível da situação que se encontrava antes.

Seguem abaixo, algumas jurisprudência referentes à reparação do dano nos casos de erros médicos:

“Indenização - Responsabilidade civil - operação plástica - dano estético -

Verba devida relativamente aos danos morais. Sentença Confirmada. Embargos rejeitados.” (4º C. Civil do TJSP, Vol 70, pág 217).

“Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito.” (STJ - 3º T - R. Esp. - Rel. Dias Trindade - j. 21.06.91 - RSTJ33/555).

“SENTENÇA. Decisão ‘ultra petita’. Condenação por danos morais. Pedido que está contido implicitamente na expressão indenizar. Preliminar de nulidade rejeitada.

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Dano estético. Juros Moratórios contados a partir da citação inicial. Aplicação do artigo 1536, parágrafo 2º, do CC. Recurso provido.

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade Civil. Operação plástica . Verba devida relativamente aos danos morais e aos apurados quando da realização de nova cirurgia para reparação. Acréscimo de correção monetária. Decisão confirmada. Voto vencido.” (4º C, da 1º Seção civil, TJSP, AC n. 288.226, em 14.02.80, rel. Campos Gouvêa, V.V. RJTJSP 65/174).

“ATO ILÍCITO. Imperícia profissional.

Tratamento médico de que resultou deformidade fisionômica no paciente. Injeções de vaselina líquida. Ação de indenização procedente. Duplicação exclusivamente da multa prevista no artigo 1538, parágrafo segundo, do código civil. Decisão confirmada.” (2º CC, AC. n. 49.628, Rel. Frederico Roberto. RT 188/778).

“Responsabilidade civil - dano irreparável - decorrente de cirurgia - cerceamento de defesa - inexistência - ausência do excludente de responsabilidade da administração pública - pensão vitalícia - cabimento.” (Apelação Cível nro. 92.02.09271-0, Rel. Juiz VALMIR PEÇANHA, j. 04.11.92, TRF da 2º Região, Seleções Jurídicas ADV - COAD - Seleções Jurídicas - ERRO MÉDICO - Vol. 1 - pág. 46 à 49 - Maio/94).

“Responsabilidade civil - Comprovado o erro médico, responde por ele o profissional - A cumulação do dano patrimonial com o moral, que a própria vítima reclama, tem procedência, porque diversos os pressupostos das duas indenizações.” (5º CC, Apelação cível nr. 4.198/92, TJRJ, Rel. Humberto de Mendonça Manes, Seleções Jurídicas ADV - COAD - Seleções Jurídicas - ERRO MÉDICO - Vol. 1 - pág. 86 à 87 - Maio/94).

“Tratando-se de ilícito contratual, caracterizada a dívida como de valor, devida é a correção monetária desde o efetivo prejuízo, sendo certo que tal incidência já era admitida antes mesmo do advento da Lei 6899/81.” (STF - 4º T.- Resp - Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 02.04.81- RT 674/227).

SÚMULA Nro. 37 - do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.”

SÚMULA Nro. 491 - do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema desta monografia, conforme já mencionado, é algo fascinante e controvertido; afinal a cirurgia plástica é algo que quase toda a população já fez ou sonhou em fazer, enquanto que o erro médico numa cirurgia plástica transformando o sonho da beleza no pesadelo da deformidade também é uma possibilidade próxima, porém, por ninguém almejada.

Ao lado desse problema, outras questões ainda poderiam ser colocadas enriquecendo ainda mais esse estudo, como por exemplo, a prova no erro médico diante o corporativismo destes profissionais, ou a responsabilidade penal no erro médico na cirurgia plástica, ou ainda, o seguro de responsabilidade civil para os médicos, porém, devido às limitações regulamentares, e pessoais, optou-se por não abordar tais aspectos deixando-as como sugestão para novas pesquisas.

Então, delimitada a área de estudo da presente pesquisa, concluir-se que os cirurgiões plásticos, ao receberem um cliente sadio em seu consultório, desejando realizar uma operação estética, devem realizar todo um diagnóstico visando verificar as resistências e fraquezas do organismo deste paciente; apresentar-lhe com clareza as

limitações das técnicas existentes; e, verificar todas as possibilidades de possíveis fracassos, pois, ao aceitarem realizar a intervenção cirúrgica, estão assumindo uma obrigação contratual de resultado, e no caso de qualquer falha ou no caso de algum imprevisto, ou fatalidade, responderá este médico por todo o dano causado, independentemente de sua culpa, pois, afinal, ele aceitou os riscos e no caso de não cumprir o prometido, deve responder objetivamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 5. ed.

São Paulo: Saraiva, 1980.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. São

Paulo: Saraiva. 1988. 2ª ed.

COUTO, Sérgio da Silva. Responsabilidade civil por erro médico e hospital.

Rio de Janeiro: Adv - Advocacia dinâmica. 1994. vol. I e II.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1995. v. I e II.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva,

1993. v. VII.

ECO, Humberto. Como se faz uma tese. São Paulo: Perspectiva, 1991.

FILHO, Domingos Afonso kriger. A responsabilidade civil e penal no código de

defesa e proteção do consumidor. Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito da UFSC, Florianópolis, 1993. p. 75.

FULGÊNCIO, Tito. Do direito das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. Obrigações. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

LEITE, José Alfredo Américo. Metodologia de elaboração de teses. São Paulo: Mcgraw-Hill do Brasil, 1978.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. V.

MAIO, Ademar Freire. Os médicos em Julgamento. São Paulo: OESP, 1979.

MARTY, Gabriel. La responsabilidad civil en derecho comparado. Barcelona: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1962.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho. Doutrina e prática das obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, tomo IV.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. VI.

MORAES, Irany novah. Erro médico. São Paulo: Santos- maltese, 1990.

PANASCO, Wanderley Lacerda. A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos contratos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, Tomo 53 e 59.

_____. **Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977.**

PORTO, Mário Moacyr. Temas de responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Ulderico Pires dos. A Responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1993.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 5 vol.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade civil do médico - Revista dos tribunais, nro. 0674, dez. 1994.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, Biblioteca Central. Normas para a apresentação de trabalhos. 3. ed. Curitiba: UFPR, 1994, v. VI-VIII.