WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SAMARA MOURA VALENÇA DE OLIVEIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DA MAIOR PROTEÇÃO DOS INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR LESADO EM FUNÇÃO DO INSUCESSO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Salvador
2013

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SAMARA MOURA VALENÇA DE OLIVEIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DA MAIOR PROTEÇÃO DOS INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR LESADO EM FUNÇÃO DO INSUCESSO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof.ª Ma. Joseane Suzart Lopes da Silva

Salvador
2013

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SAMARA MOURA VALENÇA DE OLIVEIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DA MAIOR PROTEÇÃO DOS INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR LESADO EM FUNÇÃO DO INSUCESSO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Joseane Suzart Lopes da Silva – Orientadora _____
Mestra em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia

João Glicério de Oliveira Filho _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, aos meus pais, meus primeiros e eternos mestres, as lições de vida, o amor incondicional e o maior legado que se pode deixar a um filho, que é a educação;

À minha orientadora Joseane Suzart Lopes da Silva, fonte de inspiração pela sabedoria, dedicação e respeito, com os quais me guiou para a concretização desta pesquisa;

À minha família, o suporte emocional que representa em minha curta existência;

Aos amigos, o carinho e a cumplicidade que sustentam esse laço firme e verdadeiro chamado “amizade”;

Aos colegas, que, além de amigos, são parceiros nessa incessante jornada rumo à construção do conhecimento;

Ao meu namorado, em razão do apoio constante e do companheirismo quase fraterno;

A todos os professores, cujos ensinamentos contribuíram para a minha formação pessoal e acadêmica;

E, por fim, a todos aqueles que, de algum modo, colaboraram para a realização deste trabalho.

OLIVEIRA, Samara Moura Valença de. **A responsabilidade civil do médico sob uma análise crítica em busca da maior proteção dos interesses e direitos do consumidor lesado em função do insucesso de cirurgia plástica estética**. 2013. 129 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

RESUMO

A cirurgia plástica estética tem como principal objetivo melhorar a aparência física do indivíduo que a ela se submete, de modo a corrigir alguma imperfeição que lhe cause desagrado, restabelecendo seu completo bem estar biopsicossocial. Ao procurar um especialista, o paciente busca um determinado resultado, sendo, por outro lado, obrigação do médico alertá-lo acerca das possibilidades de atingi-lo e dos riscos do procedimento. Todavia, é possível que a cirurgia não atinja o resultado almejado, provocando a diminuição de alguma característica física do paciente e, por consequência, implicações negativas para a sua saúde física e psíquica, para a sua vida social e profissional. Diante dos danos causados, o elemento anímico da conduta profissional deverá ser analisado para fins de responsabilização, em exceção à regra da responsabilidade objetiva, consagrada no Código de Defesa do Consumidor. É justamente na prova da culpa profissional que reside o maior óbice à proteção do consumidor lesado. A responsabilidade do médico em cirurgia estética encerra uma obrigação de resultado, presumindo-se a culpa do profissional e invertendo-se o ônus da prova. Aliados a esse mecanismo, a extensão do prazo prescricional, a responsabilidade solidária do cirurgião, do hospital, do plano de saúde e, eventualmente, da equipe médica e, por fim, a cumulação dos danos materiais, morais e estéticos para efeito de indenização, contribuem para a proteção dos direitos e interesses do consumidor lesado, visando à ampla e efetiva reparação dos prejuízos por ele sofridos.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Cirurgia estética. Erro médico. Relação de consumo. Obrigação de resultado.

OLIVEIRA, Samara Moura Valença de. **Civil liability of the physician under a critical analysis in search of a greater protection of consumer interests and rights injured in function of failure in aesthetic surgery**. 2013. 129 pp. Bachelor Monograph – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

ABSTRACT

The cosmetic surgery has as main purpose improving the physical appearance of the person who desires to correct some imperfection that causes displeasure, restoring the full biopsychosocial wellbeing. When searching for a specialist, the patient pursuit a certain outcome. On the other hand, it's the physician's obligation warn about the possibilities of reaching it, and the risks of the procedure. However, it is possible that surgery does not attain the desired result, causing the impairment of some physical trait and, consequently, negative implications for the patient's physical and mental health, for the social and professional life. In the face of the damages, the psychic element of the professional conduct should be analyzed, in exception to the rule of objective liability, laid down in the Code of Consumer Protection. The biggest obstacle to the protection of the injured consumer is exactly the proof of the professional guilt. The responsibility of the physician in aesthetic surgery is based on an obligation of result, creating the presumption of guilt of the surgeon and reversing the burden of proof. Allies to this mechanism, the use of the longer limitation period, the joint liability of the surgeon, the hospital, the health plan and, eventually, of the medical staff , and still the cumulation of material damages, moral and aesthetic for indemnity purposes contribute to the protection of the consumer's rights and interests injured, aiming at broad and effective reparation for damage suffered.

Keywords: Civil liability. Cosmetic surgery. Medical error. Consumption's relationship. Obligation of result.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8

2 CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA REMUNERADA: RELAÇÃO DE CONSUMO 12

2.1 A CIRURGIA PLÁSTICA 12
2.2 ESPÉCIES DE CIRURGIA PLÁSTICA 13
2.2.1 Cirurgia Reparadora 13
2.2.2 Cirurgia Estética 14
2.3 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE 18
2.3.1 Configuração da Relação de Consumo 21
2.3.2 Deveres do Médico 24
2.3.3 O Dever de Informação e o Consentimento do Paciente 26

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS 31

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL 31
3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS . 32
3.2.1 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva 33
3.2.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual 36
3.2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil do Médico 39
3.2.3.1 A Conduta Humana 39
3.2.3.2 O Dano 40
3.2.3.3 O Nexo de Causalidade 42
3.2.3.4 A Culpa 45
3.2.4 Excludentes de Responsabilidade 46
3.2.5 Cláusula de Não Indenizar 52
3.2.6 A Responsabilidade dos Estabelecimentos Hospitalares 54
3.2.7 A Responsabilidade Civil do Anestesista 60

4 O ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS E A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA 64

4.1 A CULPA E O ERRO MÉDICO 64
4.2 ERRO PROFISSIONAL 69
4.3 ERROS DE DIAGNÓSTICO E DE TRATAMENTO 71
4.4 IATROGENIA 74
4.5 NATUREZA DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA 76
4.5.1 Obrigação de Meio e de Resultado 77
4.5.2 Cirurgia Estética: Obrigação de Resultado 78

5 REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA 85

5.1 CONCEITO DE DANO 85
5.2 ESPÉCIES DE DANO 86
5.2.1 Dano Material 88
5.2.2 Dano Moral 91
5.2.3 Dano Estético 95
5.3 A PERDA DE UMA CHANCE 98
5.4 A NECESSÁRIA E EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR 101
5.4.1 Os Prazos Prescricionais 101
5.4.2 A Solidariedade Passiva na Obrigação de Indenizar 102
5.4.3 O Ônus da Prova 105
5.4.4 A Indenização 109

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 113

REFERÊNCIAS 119

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

1 INTRODUÇÃO

A cirurgia plástica, que surgiu como ramo da cirurgia geral após a primeira grande guerra e alcançou interesse social, em função do intuito de readaptar funcionalmente os feridos e traumatizados, hodiernamente, não se limita à reparação de lesões corporais, mas se encontra voltada também para o aperfeiçoamento da beleza física. No final do século XX, a cirurgia estética ganhou maior expressividade, ante a criação de próteses e técnicas modernas, destinadas a atender aos anseios de pacientes, em busca de uma melhora estética e, por vezes, de adequação aos padrões de beleza estabelecidos para a época.

A intensa expansão dessa especialidade médica também se verifica no Brasil. Segundo dados fornecidos pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética junto à Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, o Brasil é o segundo país no mundo em número de cirurgias embelezadoras realizadas por ano.[1] Sejam quais forem os motivos que ensejam a submissão dos pacientes a tais procedimentos, é cediço que o sucesso da cirurgia estética concorre para a elevação de seu bem-estar biopsicossocial, tendo em vista a complexa repercussão que poderá advir em sua vida, ao promover transformações em seus aspectos físico, psíquico, social, profissional e até mesmo contribuir para o aumento de seu patrimônio.

Visando superar uma característica física que lhe desagrada, o paciente se submete à cirurgia embelezadora, convencido pelo profissional de que o resultado pretendido será alcançado. Todavia, o resultado contratado nem sempre é obtido e, por vezes, somam-se, ainda, as lesões decorrentes do erro médico, frustrando a expectativa do paciente e causando-lhe danos de diversas espécies que, não raro, permanecem isentos de reparação. Em face da procura incessante pela perfeição estética, bem como da expansão desenfreada e, ocasionalmente, irresponsável da oferta de tais procedimentos, a responsabilidade civil do médico nessa especialidade, com todas as suas implicações, constitui tema de grande relevância, suscitando a atenção da comunidade jurídica científica, de modo a estabelecer parâmetros para a aplicação da legislação vigente, sobretudo das normas consumeristas, civilistas e processuais, para a ampla e efetiva proteção do sujeito lesado.

O paciente, ainda que munido de grande aporte financeiro, é parte vulnerável na relação

[1] Conferir a pesquisa na íntegra: INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGERY. **ISAPS international survey on aesthetic/cosmetic procedures performed in 2011**. [Hanover, NH, USA]: ISAPS, 2012. Disponível em: <http://www.isaps.org/files/html-contents/Downloads/ISAPS%20Results%20-%20Procedures%20in%202011.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2013.

a que se amolda, por não ser dotado de conhecimentos específicos da área médica, de caráter eminentemente técnico e científico, o que implica em sua alienação quanto aos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico e à viabilidade do resultado almejado. A atividade médica, por seu turno, qualquer que seja a especialidade, envolve bens juridicamente tutelados, como a vida, saúde, honra e integridade física. Diante da importância de seu objeto, o seu exercício deve estar sujeito a um maior rigor no trato jurídico. Assim, torna-se imperioso o estudo de mecanismos que facilitem a reparação de danos físicos, materiais, morais e estéticos que eventualmente sejam causados ao paciente em decorrência da conduta do médico.

Neste sentido, com o fim de sugerir a melhor aplicação das normas vigentes para a efetiva proteção do indivíduo lesado por ocasião do insucesso da cirurgia estética, propõe-se, neste trabalho, a realizar uma análise crítica do atual sistema de responsabilidade civil, aplicado às relações de consumo. Para atingir tal desiderato, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, baseada em manuais e livros específicos, brasileiros e estrangeiros, revistas jurídicas, publicações eletrônicas, artigos científicos, legislação nacional e decisões judiciais pertinentes ao tema.

O exame da legislação e dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais foi precedido da construção conceitual de institutos e elementos essenciais, para, só então, sustentar argumentos ou contra-argumentos, com vistas à solução do problema exposto. Tornou-se imprescindível, pois, a utilização do método dialético- dedutivo, que possibilitou, inclusive, o diálogo entre o Direito, a Medicina e a Psicologia e, na seara jurídica, o intercâmbio de lições em Direito das Relações de Consumo, Civil e Constitucional- estudo amplo e multidisciplinar, dada a complexidade do tema proposto.

Nesse *iter*, busca-se, inicialmente, distinguir os tipos de cirurgias plásticas, identificando as suas peculiaridades. Fixada a definição de cirurgia plástica estética, parte-se para o estudo da relação firmada entre o médico e o paciente, com o intuito de verificar a possibilidade de aplicação das normas consumeristas e, por conseguinte, a confirmação de prerrogativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, em favor do destinatário dos serviços médicos. Conquanto haja, ainda, divergência doutrinária neste âmbito, o trabalho parte da premissa de que, em se tratando de procedimento remunerado, o paciente figura como consumidor, nos moldes da norma protetiva, e, portanto, merece a acolhida dos instrumentos nela consubstanciados, para superar a sua vulnerabilidade fática diante do fornecedor. Ademais, faz-se mister demonstrar a relevância do dever de informação do

médico em procedimentos estéticos, aspecto que os diferencia da cirurgia reparadora e que se revela essencial para a obtenção do consentimento esclarecido do consumidor, cuja violação, por si só, ensejaria a responsabilização do profissional.

Em um segundo momento, analisar-se-á de forma mais detida as bases da responsabilidade civil do médico em cirurgias estéticas, a partir da interpretação conjunta dos dispositivos presentes no Código Civil e no CDC, com respaldo, ainda, nos posicionamentos sustentados pelos tribunais pátrios, sobretudo, pelo Superior Tribunal de Justiça. O estudo preliminar dos elementos básicos da matéria é indispensável a fim de estabelecer o alcance da norma para efeito de responsabilização do cirurgião e, por ventura, da equipe médica e do estabelecimento hospitalar. Para tanto, inevitável a discussão acerca da natureza da responsabilidade do médico em cirurgia embelezadora; a identificação dos pressupostos para a sua configuração; a análise das circunstâncias que possam excluí-la, bem ainda a delimitação da responsabilidade dos hospitais e do anestesista.

Logo em seguida, adentra-se na diferenciação dos tipos de erros passíveis de cometimento pelo profissional da Medicina, que se encontram intimamente relacionados ao insucesso de tratamentos e procedimentos cirúrgicos. Conquanto não se pretenda aprofundar em assunto de técnica médica, trata-se de vocábulo frequentemente utilizado pelas Cortes e motivo de responsabilização do causador do dano, revelando-se, pois, inevitável a sua identificação para a continuidade da pesquisa.

O ápice do presente trabalho se revela na discussão acerca da natureza da obrigação firmada pelo cirurgião em procedimentos estéticos, haja vista se tratar de assunto polêmico e decisivo, no que tange à facilitação da defesa dos direitos da vítima. Isto porque a obrigação de resultado estabelece uma presunção de culpa relativamente ao causador do dano, invertendo-se, por consequência, o ônus da prova, o que, sem dúvida, promove considerável ampliação da proteção conferida ao consumidor em juízo. Embora o Superior Tribunal de Justiça sustente a existência de uma obrigação de resultado, o tema não é pacífico na doutrina, persistindo, ainda, um grupo minoritário que perfilha o entendimento de que seria de meio a obrigação assumida em cirurgia embelezadora, cujos argumentos serão rebatidos, com esteio na jurisprudência e em lições de autores renomados do Direito Civil e das Relações de Consumo.

No último capítulo, serão esmiuçadas as espécies de lesões decorrentes da atividade médica, com foco no estudo dos danos materiais, morais e estéticos, bem como da perda de uma chance, qualificando-os e identificando a adequada forma de reparação. Ato contínuo à

análise crítica engendrada em todo o trabalho e estabelecido o alicerce da responsabilidade civil do profissional da Medicina em cirurgias de cunho estético, resta, por fim, apresentar os mecanismos existentes no sistema jurídico pátrio, para garantir a necessária e efetiva proteção do consumidor lesado, objetivo central da pesquisa, solução esta que perpassa pela apreciação da viabilidade de aplicação dos prazos prescricionais previstos no CDC; da solidariedade passiva na obrigação de indenizar; do ônus de provar a culpa, de modo a superar as dificuldades do paciente em demonstrar o elemento anímico; da cumulação das indenizações por danos diversos, ainda que oriundos do mesmo fato, além dos critérios de fixação dos seus valores. Enfim, vislumbra-se, desse modo, contribuir para a efetivação dos direitos e interesses do consumidor lesado, por meio de instrumentos jurídicos que permitam a completa reparação dos danos sofridos, à luz da legislação protetiva.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

2 CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA REMUNERADA: RELAÇÃO DE CONSUMO

A atividade médica, qualquer que seja a especialidade, envolve bens juridicamente tutelados, como a vida, saúde, honra e integridade física. Diante da relevância de seu objeto, o exercício da arte médica torna-se complexo e sujeito a rigorosos efeitos jurídicos, inclusive no campo consumerista, tendo em vista que o vínculo médico- paciente constitui uma relação de consumo, nos moldes do CDC, motivo pelo qual possui o destinatário dos serviços médicos prerrogativas que lhe conferem maior proteção diante das falhas cometidas pelo profissional. Ante o caráter eminentemente técnico e científico da medicina, agrava-se a vulnerabilidade do paciente, ora consumidor, mostrando-se, pois, imperiosa a análise da relação por ele travada com o médico em cirurgias plásticas estéticas, ainda alvo de divergências doutrinárias.

2.1 A CIRURGIA PLÁSTICA

Há evidências históricas de que as cirurgias plásticas datam de 4.000 anos a.C., quando procedimentos reparadores já eram realizadas pelos hindus. Os egípcios, por seu turno, em 2.000 anos a.C., já praticavam correções estéticas com o intuito de reparar desfiguramentos ou deformidades naturais. Nessa mesma época, Sussuruta teria relatado o que se chamou de “retalho indiano”- reconstruções de narizes mutilados por questões religiosas, ainda hoje empregadas.[2]

Entretanto, como ramo da cirurgia geral, a cirurgia plástica surgiu logo após a primeira grande guerra mundial, ocasião em que houve uma explosão de tais procedimentos, com o fito de readaptar funcionalmente os feridos e traumatizados, ganhando interesse social e humano. Os cirurgiões, nessa época, desenvolveram grande experiência na reparação dos feridos em batalha e, assim, transmitiram para o mundo cientifico os conhecimentos adquiridos.[3]

Somente em março de 1930 foi criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética. Conforme leciona Rui Stoco, a “expressão cosmetologia surgiu no Congresso Internacional de Dermatologia, em Bucareste, em 1935, quando Dr.

---

[2] REIS, Leandro Roberto de Paula. **A responsabilidade civil dos médicos nas cirurgias plásticas estéticas**. [Pouso Alegre], 2005. Disponível em: <http://www.evandroreis.adv.br/responsabilidade.doc>. Acesso em: 16 abr. 2013.

[3] Ibid.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Auriel Voina a apresentou em hommage à la beautée conservée, renoveé ou suplée de la femme eternelle”[4]. Posteriormente, em 1950, criou-se a Sociedade Francesa de Cosmetologia, cujos objetivos consistiam na “terapeutique de la laiderus”[5].

A cirurgia plástica, que de início voltava-se para a correção de deformidades em razão das guerras e, posteriormente de acidentes, ganhou maiores proporções no final do século XX, quando se criou o que hoje se conhece por rinoplastia, através das primeiras próteses nasais.[6]

Nos dia de hoje, a cirurgia plástica não mais está restrita à correção de deformidades ou reparação de lesões físicas. Os meios de comunicação, especialmente a televisão e as revistas, divulgam um modelo padronizado de beleza através de imagens de atrizes e modelos famosos, estimulando, desse modo, homens e mulheres a buscarem na cirurgia plástica uma forma de se adequarem a esse padrão, ainda que, para isso, tenham que enfrentar dores e despender de um volumoso aporte financeiro. Isto ocorre na medida em que a intensa evocação da beleza e da juventude pela mídia incute nos indivíduos a ideia de que certos padrões estéticos seriam artigos de primeira necessidade e não meros desejos.

2.2 ESPÉCIES DE CIRURGIA PLÁSTICA

A cirurgia plástica é gênero que engloba duas espécies: cirurgias plásticas reparadoras e cirurgias plásticas estéticas. Diferenciam-se basicamente pelo objetivo ao qual se destinam, o que se torna relevante para este trabalho, na medida em que a sua classificação influencia na determinação da natureza da obrigação assumida pelo médico, com repercussões na sua responsabilidade civil, em caso de erro no procedimento cirúrgico, conforme será demonstrado nos próximos capítulos.

2.2.1 Cirurgia Reparadora

A denominada cirurgia plástica reparadora, ou corretiva, conforme leciona João

[4] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao código civil de 2002. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 413.
[5] Ibid., loc. cit.
[6] MARQUES, Maria Clara Vergara. **Responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica embelezadora**. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/maria_marques.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2013.

Monteiro de Castro, tem a finalidade de tentar corrigir defeitos congênitos ou adquiridos, a exemplo de cicatrizes, queimaduras e lábio leporino, apresentando, assim, um fim terapêutico a ela conectado, ainda que haja implícita uma preocupação estética. De acordo com o autor, também estariam incluídas nesta espécie a cirurgia estética que vise à retificação de uma cirurgia estética malsucedida.[7]

Assim, a cirurgia reparadora se refere a uma intervenção cirúrgica que pode também promover uma melhoria estética, não apresentando, todavia, como objetivo principal o mero embelezamento, mas a correção de "uma deformidade física congênita ou traumática, que nasceu com a pessoa ou surgiu no curso da vida."[8]

A cirurgia plástica tem denominação terapêutica quando se destina a corrigir falhas orgânicas ou funcionais provocadas por fatores exógenos, mesmo que tenham origem endógena, a exemplo de quando é realizada para a recuperação de pacientes com queimaduras, para a restauração de membros lacerados em acidentes de trânsito, também para reconstituição de partes do corpo que foram suprimidas por cirurgias que visavam controlar doenças e em tantos outros casos.[9]

Em cirurgias corretivas, em face do objetivo de reparar ou melhorar um determinado defeito físico congênito ou advindo de acidente, não se tratando de questão estritamente estética, apenas se pode exigir do médico que faça o possível, prudente e diligentemente, utilizando-se das técnicas disponíveis na Medicina e do conhecimento que for necessário. Isto porque se diz que a obrigação assumida pelo médico em cirurgia plástica reparadora uma obrigação de meio, e não de resultado.[10]

2.2.2 Cirurgia Estética

Em contrapartida, de acordo com Hildegard Giostri, a cirurgia estética, também denominada pelos médicos de embelezadora ou cosmética, tem o escopo de promover o embelezamento ou aperfeiçoamento físico do indivíduo, "retirando marcas do tempo ou sinais

---

[7] CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 148.
[8] RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 345.
[9] MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001, p. 66.
[10] ÁRIAS, Elisangela Fernandez. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 8, n. 23, nov. 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142>. Acesso em: 11 abr. 2013.

outros que lhe perturbem o bem viver”[11]. Segundo Giostri, a cirurgia plástica embelezadora visa melhorar aquilo que "é motivo de insatisfação para o paciente (o chamado hipocondríaco estético)".[12]

A rinoplastia, a eliminação de gorduras localizadas no abdômen e a implantação de próteses de silicone são alguns exemplos de cirurgia plástica embelezadora, dentre outras que não têm o objetivo de curar uma enfermidade, mas de amenizar ou solucionar uma imperfeição física.

Em sua obra, Miguel Kfouri Neto traz a denominação “cirurgia estética propriamente dita”, para diferenciar do que ele chama de “cirurgia estética reparadora”. A primeira seria destinada a corrigir imperfeições da natureza, enquanto a segunda, como já explicitado, teria por fim reparar enfermidades congênitas ou adquiridas.[13]

Nessa classificação, haveria duas modalidades dentro da espécie “cirurgia estética propriamente dita”, quais sejam a “cirurgia de caráter estritamente estético”, em que o paciente visa tornar “seu nariz, por exemplo- que de modo algum destoa da harmonia de suas feições-, ainda mais formoso, considerando, por vezes, um modelo ideal de beleza estética”[14], e a “cirurgia estética lato sensu”, que não oferece risco relevante ao paciente, destinando-se apenas a corrigir pequenas imperfeições da natureza que possam lhe causar um mal-estar psíquico. Este último caso seria a hipótese do “paciente, jovem, de belo rosto, no qual sobressai nariz aquilino e de linhas irregulares, em absoluta desarmonia estética”[15].

As operações plásticas estéticas, também chamadas de cosmetológicas, tratam-se de ramo da Medicina que visa melhorar a aparência externa de alguém, ou seja, promover o seu embelezamento. Essas intervenções foram muito combatidas no passado e, segundo Tereza Ancona Lopez , “atualmente, apesar de aceitas e até em moda, a responsabilidade pelos danos produzidos por elas é vista com muito maior rigor que nas operações necessárias à saúde ou à vida do doente.”[16]

---

[11] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2002. v. 5, p. 43.

[12] Id. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 101-116, jan./mar. 2001, p. 106.

[13] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**: responsabilidade civil do dentista, completo ementário cível e criminal, jurisprudência do CRM e planos de saúde, acórdãos cíveis na íntegra. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169.

[14] Ibid., loc. cit.

[15] Ibid., loc. cit.

[16] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 118-119.

No mesmo sentido, Ricardo Pereira Lira expõe que, em princípio, a cirurgia plástica estritamente estética era completamente rejeitada, pois não seria justificável se submeter aos riscos inerentes a um procedimento não direcionado à cura de um mal. Posteriormente, passou-se a admiti-la e, atualmente, a cirurgia estética é amplamente aceita, tendo em vista a atual definição de saúde utilizada em âmbito internacional.[17]

A Organização Mundial de Saúde estabeleceu, quando da sua criação, em 1948, um conceito de saúde amplo, englobando os aspectos relacionados ao bem-estar físico, mental e social.[18] Portanto, mesmo que não pareça justificável no que tange ao estado físico do indivíduo, como antes se imaginava, a cirurgia plástica embelezadora encontra sustento no aspecto imaterial, solucionando alguma espécie de descontentamento.

As intervenções cirúrgicas com finalidade estética são lícitas, segundo Rui Stoco, "se assim desejar o paciente e expressamente manifestar a sua vontade, quando necessárias ou quando o eventual defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajustamento psíquico ou social"[19].

Dentre outros aspectos, a representação da identidade de um indivíduo perpassa pelo seu físico, pois é através dele que se reconhece e é conhecido pelos demais. De acordo com Elisângela Árias, "essa capacidade de se representar perante os outros tem uma íntima relação com a AUTO-ESTIMA"[20]. Isso porque a autoestima é a avaliação que o indivíduo faz em relação a si mesmo, revelando uma aprovação ou desaprovação, baseada em "conceitos adquiridos pela educação familiar, cultural, religiosa e social"[21].

A baixa autoestima, por seu turno, pode ser decorrente de complexos psicológicos relacionados a algum aspecto físico que considere inadequado com os padrões de beleza. Nise da Silveira explica que "os complexos são agrupamentos de conteúdos psíquicos carregados de afetividade", dos quais "depende o mal-estar ou o bem-estar da vida do indivíduo"[22]. Os complexos podem ser comparados a tumores malignos ou infecções, já que são males que desenvolvem sem qualquer intervenção da consciência, com repercussões na vida, no lar e no

---

[17] LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica: análise dogmática. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, v. 6, set./dez. 1996, p. 81.
[18] Informação extraída do site da OPAS/OMS- Brasil. Cf. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **OPAS/OMS Brasil**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://new.paho.org/bra/>. Acesso em: 9 jun. 2013.
[19] STOCO, 2004, p. 563.
[20] ÁRIAS, 2005.
[21] Ibid.
[22] SILVEIRA, Nise. **Jung**: vida e obra. 16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 30-31.

trabalho.[23]

É certo que muitas cirurgias estéticas são realizadas desnecessariamente porque, simplesmente, o paciente busca no procedimento se adequar aos modismos e padrões de beleza. Entretanto, como anteriormente mencionado, a desarmonia estética pode ser motivo de baixa autoestima, provocando repercussões drásticas na vida do paciente, razão pela qual decide se submeter ao procedimento cirúrgico como meio de solucionar seus transtornos.

Faz-se mister ressaltar, todavia, que merece uma atenção diferenciada do médico o paciente que, por distúrbios psicológicos ou desvio de personalidade, se desagrada com um perfil estético que, de modo algum, causaria maiores desgostos a uma pessoa comum, ao que se convencionou chamar de homem médio. Assim, caso o paciente apresente algum desvio de personalidade, de modo que se sinta incomodado excessivamente com detalhes que seriam irrelevantes para o homem comum, cabe ao médico, no exercício do seu exaustivo dever de advertência, contra indicar a cirurgia, em face dos riscos que dela poderiam advir. Se desse dever o profissional se descura, deverá responder pelos resultados negativos que eventualmente ocorram.[24]

Seja por mera vaidade ou por necessidade psicológica, buscam as pessoas manterem-se jovens e bonitas, dentro dos padrões estéticos. Por isso, qualquer resultado para o paciente não será suficiente, mas tão somente aquele que solucionar o seu mal- estar consigo mesmo e com a opinião social. Neste passo, os avanços técnico na área de cirurgia plástica embelezadora, bem ainda a divulgação dos resultados já conquistados, levam os pacientes a acreditar que por meio de uma intervenção cirúrgica poderão mudar de vida, haja vista que seria o meio de finalmente solucionarem os seus complexos. Deixar de se enquadrar no que se convencionou como feio ou fora dos padrões estéticos estabelecidos causa um extremo alívio, porque não há quem não queira ser aceito na sociedade ou em determinado grupo ao qual se identifique. Por isso, o resultado é a única finalidade do paciente ao se submeter a uma cirurgia plástica embelezadora.[25]

Assim, independentemente do motivo que enseja o paciente a se submeter a um procedimento cirúrgico de natureza estética, é certo que somente o fará, em plena consciência, havendo confiança de que o resultado almejado ocorrerá. Sem essa certeza, o paciente não o faria. Deve, pois, o médico, alertá-lo quanto aos riscos e benefícios do procedimento, para que

---

[23] SILVEIRA, 1997, p. 30-31.
[24] SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica**: civil, criminal e ética. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71.
[25] ÁRIAS, 2005.

o paciente possa analisar se vale a pena, ou não, nas condições em que se apresenta, enfrentar os riscos com vistas ao alcance da melhora estética.[26]

Sobre o tema, Teresa Ancona Lopez afirma que alguém, quando procura o cirurgião para melhorar um aspecto seu que lhe desagrada, o faz porque deseja esse resultado, e não simplesmente que o profissional atue com diligência e conhecimento científico. Não fosse para atingir a melhoria de uma situação que pode ser, inclusive, motivo de tristezas, não adiantaria se submeter a uma cirurgia plástica e despender de recursos por nada.[27]

2.3 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente surge quando alguém que padece de um mal, físico ou psicológico, procura o profissional da Medicina com o intuito de resolver o problema que lhe aflige, o qual, sozinho, não possui condições de solucionar por falta de conhecimentos específicos. A partir de então, travam os sujeitos, paciente e médico, uma relação obrigacional, através da qual emanam deveres e direitos para ambas as partes.[28]

Ao longo de muitos séculos, a atividade do médico esteve revestida de um caráter religioso, restando sujeitas a saúde, a vida e a morte aos desígnios divinos. Assim, o médico apenas participava de um ritual, nem sempre útil, cuja responsabilidade, portanto, não poderia ser a ele atribuída. Já no fim do século XX, o médico assumiu uma função mais ampla na sociedade, tornando-se o médico, amigo e conselheiro da família, cuja relação se baseava na confiança do cliente e na consciência do profissional e sequer se cogitava questionar a qualidade de seus serviços.[29]

Com o fenômeno da massificação das relações, sob a ótica de uma sociedade de consumo, médico e paciente se distanciaram, o que influenciou até mesmo na alteração de suas denominações enquanto sujeitos da relação, sendo reconhecidos como usuário e prestador de serviços. Os avanços tecnológicos e científicos, por sua vez, promoveram um aumento de recursos disponíveis ao médico, acarretando o crescimento das possibilidades de

---

[26] REIS, 2005.
[27] MAGALHÃES, 2004, p. 119-120.
[28] COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica, teoria da eleição procedimental, iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33-35.
[29] OLIVEIRA, Stênio Rolim de. A responsabilidade civil do médico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_d=9481>. Acesso em: 16 abr. 2013.

ação e consequentemente dos riscos- o que repercutiu também na expectativa de seus clientes quanto aos resultados.[30]

O reconhecimento pelos doutrinadores, e posteriormente pelos tribunais, de que o médico é um prestador de serviços, sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor, "desencadeou a nova roupagem sob a ótica estritamente profissional da relação médico-paciente que se configurava especialmente pelo sigilo, confiabilidade, afeto e intimidade", leciona Araújo Ribeiro.[31] Anteriormente as pessoas recorriam ao médico para solucionar seus problemas e angústias e buscavam, para tanto, um profissional de sua confiança. Nos dias de hoje, entretanto, o médico sequer tem tempo de conhecer o paciente pelo seu nome. Os sofisticados aparelhos tecnológicos representam uma barreira ao contato pessoal e direto entre eles. "Reina um clima de desconfiança recíproca- tantas vezes convolada em hostilidade", afirma Kfouri Neto.[32]

Nem mesmo se afiguram os mesmos sujeitos. Intervêm nessa relação outros personagens além do médico e do paciente, como por exemplo, os hospitais, as seguradoras e os planos de saúde. Além disso, nota-se que os princípios médicos passam a ser substituídos pelas regras econômicas que se sobrepõem no setor, tornando a nova Medicina extremamente cara. Nessa esteira, observa Philippe Meyer que a "medicina do fim do século XX tornou-se um negócio enorme cuja gestão está subordinada ao julgamento de financistas, de administradores, de dirigentes políticos e mesmo dos usuários"[33].

A função do médico, então voltada para a prevenção e cura de moléstias do organismo, se expande no sentido de propor a superação de deficiências de funções naturais, substituí-las ou até mesmo modificar as características naturais do indivíduo. A atividade se torna mais complexa e ganha reforço tecnológico. Eficácia passa a ser a palavra de ordem na Medicina moderna.[34]

Essa nova Medicina é qualificada como técnica, molecular e informatizada. Tornou-se tão técnica que em certo nível de gravidade do quadro clínico, os procedimentos médicos não poderão ser executados em outro lugar senão em centros hospitalares particulares e especializados. Demais disso, considerá-la molecular e informatizada importa em afirmar que

---

[30] OLIVEIRA, 2011.
[31] RIBEIRO, João Bosco Araújo. Excludentes de responsabilidade civil do profissional médico. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 390, p. 34-35, abr. 2013, p. 35.
[32] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código civil e Código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.23.
[33] MEYER, Philippe. **A irresponsabilidade médica.** São Paulo: UNESP, 1993, p. 14-15.
[34] OLIVEIRA, op. cit..

diagnósticos e receitas podem ser fornecidos diretamente aos enfermos sem a necessidade de apelar para o seu médico. Esse avanço tecnológico, que contribui para a melhoria dos tratamentos, ameaça o próprio humanismo que fundamentalmente comanda as relações médico- paciente. A responsabilidade médica, que nasceu desse progresso, pode ser demolida em razão de seu excesso, pois uma "diminuição da responsabilidade médica faz a cama para a ignorância e o erro profissional abre a porta a forças ocultas e perigosas e priva o doente da ajuda necessária à superação da angústia", assevera Meyer.[35]

Luis Anunziato, médico argentino e autor de obra relativa a conflitos que envolvem a relação médico- paciente acentua que o humanismo não acompanhou o enorme progresso da medicina, fato que teria repercutido na atual posição do homem de reclamar de forma constante a necessidade de humanização da Medicina. Segundo o autor, a "sociedade de consumo gerou uma medicina massificada, que relega o diálogo médico- paciente a plano secundário- e, em alguns casos, chega mesmo a desprezá-lo."[36]

Não obstante os prejuízos causados a essa relação, a evolução técnico- científica, apresenta também um aspecto positivo. Atualmente, o paciente pugna por receber informações completas e verazes. O "mito da onipotência médica" tende a desaparecer, aduz Kfouri Neto, e acrescenta que mesmo "o mandato arbitrário, à cabeceira do doente, outorgado por antiga doutrina aos médicos, tem sido reduzido às suas exatas dimensões, pela doutrina do consentimento informado."[37] O aumento da quantidade de demandas contra profissionais da medicina, sem dúvida, tem como uma de suas causas a deterioração dos serviços médicos, constantemente exposta em reportagens, contribuindo para a popularização das denúncias. "A falta de instrumental adequado, a pouca ou nenhuma discussão sobre Bioética, nas faculdades, as precárias condições de trabalho- tudo contribui para o aumento dessas denúncias", ressalta o autor.[38]

Assim, observa-se que a mudança de panorama também repercutiu na postura do paciente, adotando uma posição mais ativa, em face do reconhecimento dos seus direitos enquanto consumidor dos serviços prestados. Diante de sua insatisfação, o paciente busca, inclusive por meios judiciais, a reparação que lhe é devida.

---

[35] MEYER, 1993, p. 14-15.
[36] ANUNZIATO, Luis. **El conflicto en la relación médico- paciente**: de la actuación profesional a la mala praxis. Buenos Aires: Centro Norte, 2001, p. 23.
[37] KFOURI NETO, 2010, p. 31-32.
[38] Ibid., loc. cit.

2.3.1 Configuração da Relação de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) trouxe o conceito de "relação de consumo", formada de um lado pelo consumidor e de outro pelo fornecedor, figurando como objeto uma prestação de serviço ou entrega de produtos. Analisando-se os conceitos determinantes dessa relação, é notável a adequação da relação médico- paciente como uma relação entre fornecedor e consumidor.

Nos moldes do artigo 2º do CDC, consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final. Para os adeptos da teoria finalista, como Cláudia Lima Marques, a expressão "destinatário final" deve ser vista de forma restritiva, numa interpretação teleológica que engloba as noções de destinação fática e econômica.[39] Seria esta a única característica limitativa para a definição de consumidor, considerado o "pilar que sustenta a tutela especial", visando, assim, proteger a parte realmente vulnerável na relação, que é o consumidor.[40] Desse modo, utilizando-se da atividade médica em proveito próprio, pessoalmente, sem o intuito de recolocar o serviço no mercado, o paciente se enquadra na definição de consumidor dada pelo CDC.

O conceito de fornecedor é definido, por sua vez, no artigo 3º. Trata-se da pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem ainda o ente despersonalizado que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Observa-se que a definição de fornecedor inclui tanto pessoa física, quanto jurídica, de modo que o médico e o hospital podem ser enquadrados como prestadores de serviço, conforme os ditames do CDC.

No que se refere à conceituação de serviço, de acordo com a Lei 8.078/90, "é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

A presença da remuneração será definitiva para a configuração de uma relação de consumo no vínculo formado entre o paciente e o médico. Caso o atendimento seja gratuito, ou não estejam presentes os pressupostos do negócio jurídico (capacidade das partes, licitude

---

[39] BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84-85.

[40] Ibid., loc. cit.

do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei e manifestação da vontade), não haverá a aplicação imediata da Lei 8.078/90. Entretanto, não ficará desamparado o paciente se a natureza do seu vínculo com o médico for extracontratual. Isto porque o artigo 1.545 do Código Civil poderá ser aplicado para tutelar o pleito de reparação dos danos que lhe foram causados.[41]

Sendo, porém, a relação médico-paciente oriunda de um contrato oneroso, configura-se uma relação de consumo e, assim, o paciente possui todos os direitos garantidos pela legislação consumerista, inclusive o foro privilegiado (artigo 101, inciso I) e o acesso a todo o sistema protetivo do consumidor, conferido em face da sua vulnerabilidade. São, pois, prerrogativas do paciente todos os direitos básicos descritos no artigo 6º do CDC, quais sejam o direito à vida, saúde, segurança; a liberdade de escolha; o direito de informação; a transparência e boa-fé; a proteção contratual; o direito à prevenção e reparação de danos morais e materiais; o pleno acesso à justiça e a inversão do ônus da prova; e o direito de acesso a serviços públicos de qualidade.

O médico é profissional liberal e, como os demais, é prestador de serviços, estando a sua atividade regida também pela disciplina do Código de Defesa do Consumidor. A única exceção que foi aberta para os profissionais liberais se refere à responsabilidade, que é subjetiva, enquanto a regra é a da responsabilidade objetiva. Segundo Cavalieri Filho, "se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do Código do Consumidor- informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova etc."[42]

Todavia, a aplicação do CDC nas relações entre médico e paciente em cirurgias plásticas não é unânime. O próprio Conselho Federal de Medicina, em consonância com o novo Código de Ética Médica, afasta a relação de consumo do exercício da Medicina, quando dispõe, em seu Capítulo I, inciso XX, que "A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo."[43] Não obstante este diploma esteja apto a regular a atividade médica, não possui o condão de afastar as normas de Direito das Relações de Consumo, haja vista se tratar de microssistema jurídico que engloba questões de ordem

[41] HARGER, Márcio Roberto . A natureza jurídica da relação jurídica médico-paciente. **Revista Jurídica de São José**, São José, SC, v. 6, 2002. Disponível em: <http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.doc>. Acesso em: 5 maio 2013.

[42] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398.

[43] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 15 jul. 2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

pública, não podendo ser sobreposto por outras normas, por mais específicas que elas sejam.

Alguns doutrinadores, por seu turno, entendem que a legislação consumerista não cabe à atividade médica, a exemplo de Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira de Souza[44], argumentando que, por serem os médicos profissionais autônomos, não haveria razão para a aplicação do CDC em sua atividade, principalmente, considerando que possuem um código de ética próprio e que são fiscalizados pelos Conselhos de Medicina.

Durante o I Congresso Brasileiro de Direito Médico do CFM, realizado em 3.12.2010, em Brasília, Márcia Fernandes, professora da Faculdade de Direito Uniritter e pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética em Ciência, expôs posicionamento no sentido de "que o tema jurídico que deve prevalecer na relação médico-paciente tem que ser o Código Civil e não o CDC." Entende a pesquisadora que não haveria nessa seara uma relação de consumo.

Há uma resistência também sob o fundamento de que a vida e a saúde não seriam bens de consumo. Com efeito, não podem ser equiparados a mercadorias. Tratam-se a vida e a saúde de bens juridicamente tutelados, protegidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais. Porém, faz-se mister salientar que o objeto da obrigação analisada é a prestação de serviços médicos e não o fornecimento de saúde como um produto, um bem de consumo.

Apesar das divergências, a doutrina contrária à aplicação do CDC nas relações médico-paciente é minoritária. Em consonância com o entendimento majoritário, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que o CDC é, sim, aplicável à relação travada por profissionais liberais e seus clientes, inclusive os médicos.[45] Assim, não há que se cogitar a exclusão dos direitos dos consumidores em cirurgias estéticas, mesmo porque aceitar o seu afastamento consistiria na negação da vulnerabilidade do consumidor e, ainda, uma afronta à Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo, dentre outros, o respeito à saúde e à qualidade de vida do consumidor, como se denota do "caput" do art. 4º do CDC.

---

[44] COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40-43.

[45] Vide as seguintes decisões: STJ, REsp 731078/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 13.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 799; STJ, REsp 196.306/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 03.08.2004, DJ 16.08.2004, p. 261; STJ, AgRg no Ag 969015/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 07.04.2011, DJe 28.04.2011; STJ, REsp 696284/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 03.12.2009, DJe 18.12.2009; STJ, AgRg no AREsp 204419/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16.10.2012, DJe 06.11.2012; STJ, REsp 819008/PR, Quarta Turma, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, julgado em 04.10.2012, DJe 29.10.2012; STJ, REsp 1.216.424/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09.08.2011, DJe 19.08.2011.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

2.3.2 Deveres do Médico

Assim como em todas as relações obrigacionais, seus sujeitos apresentam direitos e deveres. Ao exercer as suas funções, o médico, seja qual for a especialidade, cumpre uma importante função social, utilizando os seus conhecimentos técnicos para a realização do bem-estar de seus pacientes.

A transparência e a confiança são fundamentais nessa relação. O profissional tem o dever de aconselhar o cliente acerca do seu estado de saúde, fornecer informações quanto ao diagnóstico e prognóstico e instruir o paciente com relação às precauções que deve adotar, sob pena de violar o dever de aconselhar e negar ao paciente o seu direito de ser informado.

A atividade médica deve ser exercida com respeito ao Código de Ética respectivo. Conforme o seu art. 57, uma das principais obrigações do médico é o dever de aplicar as melhores técnicas em favor do paciente, empregando todo o conhecimento, diligência e cautela necessários.

De acordo com o art. 69 do mesmo diploma, o médico tem o dever de elaborar o prontuário do paciente, o que corresponde ao direito deste de consultá-lo. O prontuário poderá ser muito relevante para esclarecer os fatos relativos ao erro médico e, na ausência desse documento, poderá ser atribuída ao médico toda a responsabilidade pelo erro.[46]

Além dos deveres acima mencionados, o profissional da Medicina tem, ainda, de obter o consentimento do paciente para a realização de qualquer procedimento. Ao médico não é dado o direito de desviar ou abusar de seu poder, não estando apto, desse modo, a fazer experiências com o paciente, salvo caso de extrema necessidade para garantir a vida do enfermo.

Ademais, o médico não poderá abandonar o paciente sob seus cuidados, a não ser que, por motivos justos, haja renúncia ao atendimento, sendo assegurada a continuidade do tratamento, conforme preleciona o art. 61, do Código de Ética Médica. Havendo impedimento, deve o profissional garantir a sua substituição por outro também habilitado para a atividade. Por fim, o médico não poderá "recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo."[47]

O médico E. Christian Gaudeber acrescenta que o paciente tem o direito de que os

[46] MARQUES, 2011.
[47] OLIVEIRA, 2011.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

médicos se reúnam para discutir o seu caso clínico, bem como o de se recusar a determinado tratamento, inclusive de ter uma morte digna, escolhendo como e onde morrer. Acrescenta que os horários de visitas impostos são arbitrários, pois existe o direito de visitar parentes internados no horário em se está disponível, bem ainda o de ter acompanhantes durante a hospitalização e a realização de exames.[48]

Com base no Código de Ética Médica, Raul Canal arremata o tema em seu estudo, elencando os principais deveres gerais dos médicos, envolvendo obrigações perante os colegas de profissão e os seus pacientes, como, por exemplo, agir com máximo zelo em prol da saúde do ser humano; aprimorar-se continuamente e utilizar os avanços científicos em benefício dos pacientes; nunca utilizar dos seus conhecimentos para provocar sofrimento físico ou moral, para extermínio da vida ou permitir tentativa contra a integridade e dignidade humana; nunca exercer a Medicina como comércio; guardar sigilo absoluto quanto às informações que tiver acesso em razão do exercício da profissão; contribuir para a melhora das condições de saúde pública e serviços médicos, dentre outras.[49]

Os deveres do profissional médico oriundos de uma relação contratual que se estabelece entre ele e o paciente encontram-se presentes em três momentos: antes, durante e depois do tratamento.[50]

Sua atividade, como em todas as profissões lícitas, deve estar pautada na boa-fé, sustento da ética, seja do ponto de vista profissional ou obrigacional. O Código de Defesa do Consumidor, nesse sentido, impõe a efetivação da cláusula geral de boa-fé em toda prestação do serviço, sendo também exigida, como não poderia deixar de ser, na atividade médica.[51]

A boa-fé objetiva consistirá, na fase pré-contratual, no dever de informação ao cliente. O "paciente tem o direito de conhecer os riscos periféricos ao seu estado de saúde, o tratamento indicado e os custos do mesmo", assevera Paulo Rangel Carvalho .[52] No que tange à fase pós-contratual, mesmo "após a recuperação do enfermo, o Médico tem a obrigação de conservar o prontuário e o dever ético de manter sigilo quanto ao diagnóstico e tratamento."[53] O artigo 102 do Código de Ética Médica proíbe o médico de "revelar fato de que tenha

[48] GAUDERER, Ernst Christian. **Os direitos do paciente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 47.
[49] CANAL, Raul. **O exercício da medicina e suas implicações legais**. Brasília: Bárbara Bela, 2000, p. 45-46.
[50] KFOURI NETO, 2003, p. 29.
[51] CARVALHO JÚNIOR, Paulo Rangel de. Responsabilidade civil médica. **DireitoNet**, [s.l.], 15 set. 2009. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5232/Responsabilidade-civil-medica>. Acesso em: 16 abr. 2013.
[52] Ibid.
[53] Ibid.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente".

Malgrado exista discussão doutrinária acerca da aplicabilidade ou não do CDC nas relações médico- paciente para efeito de responsabilização civil, é de se notar que o vínculo firmado se estabelece entre fornecedor e consumidor, porquanto estejam presentes todas as suas características. Por isso, vale salientar que, sendo consumidor, ao paciente atendem todas as prerrogativas que lhe são garantidas pela norma protetiva. A todos esses direitos consumeristas correspondem deveres do médico, na posição de prestador de serviços.

Por fim, cumpre ressaltar que, em contrapartida aos deveres do médico, existem deveres que o paciente deve cumprir, enquanto cliente e consumidor, de modo a proporcionar ao médico as condições favoráveis para a realização de suas atividades. Como exemplos, citam-se os deveres de remunerar o médico; de fornecer-lhe os dados úteis e necessários para a construção de seu histórico clínico; de seguir rigorosamente seus conselhos e todas as prescrições receitadas pelo médico.[54]

2.3.3 O Dever de Informação e o Consentimento do Paciente

A atividade médica apresenta o chamado risco inerente, aquele intrínseco à própria natureza do serviço. Qualquer cirurgia, das mais simples às mais complexas, produz riscos inevitáveis e, às vezes, efeitos colaterais. Segundo Cavalieri Filho, a princípio, o médico não responde, pelos riscos inerentes. Inclusive, ressalta o autor que atribuir as consequências dos riscos ao prestador de serviços poderia inviabilizar a atividade, pois lhe traria um ônus difícil de suportar.[55]

É nesta ocasião que se faz extremamente relevante a existência do dever de informar. A "falta de informação pode levar o médico ou hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do tratamento", aduz Cavalieri Filho.[56]

Não se pode olvidar que o direito à informação, como já mencionado, encontra-se no rol dos direitos básicos do consumidor, presente no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor,

[54] OLIVEIRA, 2011.
[55] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 392-394.
[56] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

ligado aos princípios da transparência e da boa-fé, obrigando o fornecedor a prestar todas as informações sobre o produto e o serviço. Esse princípio foi detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de se fornecer informações corretas, precisas, claras e ostensivas acerca dos serviços, "bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores". Afirma Carlos Roberto Gonçalves que a referida obrigação inclui o dever de informar "acerca do progresso da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível a completa anamnese."[57] Munido das informações necessárias, o paciente poderá, então, ter uma completa noção da realidade, permitindo que conceda o que se denominou de consentimento informado.

O consentimento para o ato médico é o comportamento através do qual o paciente autoriza ao profissional uma atuação em sua esfera físico-psíquica, com o intuito de melhorar a sua saúde.[58] Tal proteção é abrangida pela tutela do direito geral de personalidade, visto que "o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como protecção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana)", afirma João Rodrigues Vaz.[59]

A esse direito básico do paciente corresponde o dever do médico de informar, que é o "corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações médico/paciente", segundo Cavalieri Filho.[60] Somente a informação completa, verdadeira e adequada permitirá o consentimento informado.[61]

O dever de informar ao paciente sobre os riscos de uma intervenção também é disciplinado no art. 15 do Código Civil, no sentido de que: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco à vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Assim,

---

[57] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 400.

[58] RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 23-25.

[59] Ibid. loc. cit.

[60] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 393.

[61] Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.180.815/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 19 ago. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=996199&sReg=201000255310&sData=20100826&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

qualquer procedimento de risco deve ser precedido de consentimento informado do paciente, excluindo-se, portanto, não só o constrangimento, mas também a falta de informação.

À cirurgia estética se aplica o mesmo princípio, pois "o ponto nodal será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável."[62] Se o paciente foi informado apenas dos resultados positivos que poderiam ser alcançados, sem, no entanto, ser advertido dos eventuais efeitos negativos, revela-se aí a violação do dever de informar, que é suficiente para respaldar a responsabilidade médica.[63]

A responsabilidade do médico pelos riscos inerentes à atividade somente pode ser afastada pelo consentimento informado, cabendo ao profissional- ou mesmo ao estabelecimento hospitalar, se for o caso- o ônus de provar que foi regularmente obtido, após o cumprimento do seu dever de informar.

Considerando que a cirurgia plástica estética tem a finalidade de alcançar um resultado positivo para a melhora da aparência física do paciente, corrigindo-lhe alguma imperfeição, deve o cirurgião alertá-lo acerca das reais possibilidades de se atingir o resultado almejado, inclusive dos riscos da intervenção, as chances de sucesso e de fracasso do procedimento, sob pena de violar o seu dever de informar.

As obrigações assumidas pelo médico em cirurgia estética são agravadas, motivo pelo qual ganha maior rigor o dever de informação. Assevera Kfouri Neto que o médico deve, primeiramente, "apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia."[64] Se convencido da utilidade da intervenção cirúrgica, incumbe ao médico expor ao paciente as vantagens e desvantagens do procedimento, a fim de obter o seu consentimento. Salienta, ainda, que mesmo "os acidentes mais raros, as sequelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de se intervir."[65]

Não sendo possível atingir o resultado esperado pelo paciente, reforça-se o dever de informação, bem ainda o dever de vigilância, cumprindo ao médico recusar-se a realizar a intervenção se os riscos que se apresentam forem desproporcionais às vantagens previstas.[66] O Código de Ética Médica, em seus artigos 46, 48 e 53, também reforça a ideia de autonomia do paciente, ao proibir o médico de exercer suas funções sem o seu prévio consentimento do ou

[62] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 393-394.
[63] Ibid., loc. cit.
[64] KFOURI NETO, 2003. p. 167-169.
[65] Ibid., loc. cit.
[66] Ibid., loc. cit.

de seu representante legal. A única exceção está presente no próprio art. 46, quando dispõe ser dispensável o prévio consentimento em situações emergenciais, em que haja iminente perigo de vida.

Em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem, o dever de informar funda-se no direito que todos os indivíduos têm de dispor de seu próprio corpo. Sobre o tema, o ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. ressalta que "cabe unicamente ao paciente decidir sobre sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico."[67]

No que tange ao conteúdo do dever de informar, abrange todas as informações necessárias para o "pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como riscos, consequências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes."[68]

As informações prestadas pelo médico devem, ainda, ser inteligíveis e leais, conforme leciona Kfouri Neto, para quem tanto "a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados."[69] A adoção de formulários é algo difícil, em face das peculiaridades de cada caso, mas o que importa é que, seja como for, não deve haver qualquer dúvida sobre o cumprimento da obrigação de informar e a obtenção de consentimento do paciente.[70]

Ou seja, a informação deve ser prestada em linguagem simples, clara e compreensível ao destinatário que, em regra, não possui conhecimentos específicos na área. Ademais, quando possível a realização de diversos tratamentos ou a utilização de diferentes técnicas, tem o profissional que descrevê-los, revelando os prós e contras de cada um e, se necessário, opinar sobre a solução adequada ao seu quadro.

O paciente tem o direito de "obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível, e cópias de sua documentação médica: prontuários, exames laboratoriais, raios X, anotações de enfermagem, laudos diversos, avaliações psicológicas etc", ressalta E. Christian Gaudeber.[71] Na eventualidade de o médico se recusar a conceder as informações, o paciente poderá utilizar o *habeas data* como remédio jurídico eficaz para compelir o profissional a

---

[67] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil dos médicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995, p. 36.
[68] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 394.
[69] KFOURI NETO, op. cit., p. 167.
[70] Ibid., loc. cit.
[71] GAUDERER, 1991, p. 47.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

fornecer os dados.[72]

Não cumprir o dever acessório de informação é descumprir a regra negocial de boa-fé, surgindo, por consequência, o dever de indenizar por danos causados ao paciente (mesmo que não tenha sido expressamente avençado), pois a vítima, desconhecendo anteriormente o risco, não o assumiu.

[72] GAUDERER, 1991, p. 47.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS

A natureza jurídica da responsabilidade do médico, conquanto tenha sido alvo de discussões, é contratual e subjetiva. A relação que se estabelece no momento em que o paciente procura o médico, a fim de realizar uma cirurgia estética mediante remuneração, é nitidamente consumerista e pautada em um instrumento contratual. Diante do dano provocado em razão de erro ou inadimplemento da obrigação firmada, o elemento anímico da conduta do profissional deverá ser analisado para fins de responsabilização, em exceção à regra da responsabilidade objetiva, consagrada no Código de Defesa do Consumidor. À margem de tal ressalva, o estabelecimento hospitalar responde objetivamente em face dos prejuízos causados pelo médico, empregado ou preposto seu.[73] Demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano provocado mediante negligência, imprudência ou imperícia, é imposto ao profissional o dever de reparar a lesão sofrida pelo paciente, salvo configurada qualquer das excludentes de responsabilidade aplicáveis à atividade médica.

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão "responsabilidade", do ponto de vista jurídico, tem sua origem no verbo latino *respondere*, indicando a obrigação de alguém assumir as consequências de sua atividade.[74] A responsabilização "é meio e modo de exteriorização da própria justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, *neminem leadere*."[75] O seu aspecto sociológico também deve ser observado, tendo em vista que se encontra vinculado aos fatos sociais em seus mais variados aspectos. Ela se concretiza, desse modo, na contraprestação imposta em face de um comportamento socialmente censurável.[76] "A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social" afirma José Aguiar Dias.[77]

O Direito compõe-se de regras necessárias para a convivência social e aquele que

[73] BENJAMIN, Antônio Herman V. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79-80.
[74] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 45.
[75] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.
[76] RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 47.
[77] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

infringir suas normas e causar lesão a interesses juridicamente tutelados deverá ser punido. Desse modo, se, dolosa ou culposamente, uma pessoa causar prejuízo a outrem, ficará obrigada a reparar o dano, da mesma forma em que o credor poderá exigir a indenização através de ação de resolução cumulada com perdas e danos se a outra parte houver descumprido uma obrigação imposta por contrato.[78] A responsabilidade é, pois, um dever jurídico sucessivo, consistente no dever de compor um prejuízo causado pela violação de uma obrigação, que é sempre um dever jurídico originário.[79] Essa obrigação encontra fundamento na já mencionada máxima segundo a qual "a ninguém se deve lesar", que constitui limite à liberdade individual.[80]

Em seu viés civilista, a responsabilidade nasce da prática de um ato ilícito, seja ele um abuso de direito ou ato ilícito em sentido estrito. Na esfera do Direito Privado, a responsabilidade civil "deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas", lecionam Gagliano e Pamplona Filho.[81] Surge, então, para o ofensor, a obrigação de restituir ao ofendido o *status quo ante*, na maior medida possível, através do ressarcimento dos danos decorrentes da sua conduta.[82]

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS

A responsabilidade civil do médico está prevista no art. 951 do atual Código Civil, que impõe ao profissional o dever de reparar o dano quando, no exercício de suas atividades, "por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho"[83]. Esse dispositivo legal revela a natureza subjetiva da responsabilidade dos profissionais de saúde, dentre os quais se inclui o médico, confirmando, nesta hipótese, a norma contida no art. 14, § 4º do CDC[84]. Assim, a culpa será

---

[78] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 46-47.
[79] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 2.
[80] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 46.
[81] Ibid., p. 53.
[82] RESEDÁ, 2009, p. 48.
[83] "Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho."
[84] "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

elemento necessário para a configuração de sua responsabilidade, assim como a conduta humana, o nexo causal e o dano, pressupostos exigidos tanto em sede de responsabilidade contratual quanto aquiliana. O nexo causal, todavia, pode ser rompido por excludentes de responsabilidade, como se verá adiante. Nem todas as hipóteses clássicas poderão, entretanto, ser aplicadas à atividade médica, especialmente quando executada em uma relação de consumo, como é o caso da cirurgia plástica estética remunerada.

Revela-se imprescindível, antes de examinar as formas efetivas de proteção aos interesses e direitos do paciente, ora consumidor, o estudo preliminar da responsabilidade médica, suas peculiaridades e a relação com a atividade dos estabelecimentos de saúde e demais membros da equipe médica.

3.2.1 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade subjetiva se caracteriza quando o agente causador do dano agiu movido por dolo ou culpa. Essa culpa tem natureza civil, manifestando-se na forma de negligência, imprudência e imperícia. Assim, o seu princípio básico é aquele segundo o qual cada um deve responder conforme a sua própria culpa, cabendo ao autor, em regra, prová-la. Há situações, contudo, em que o ordenamento atribui responsabilidade a alguém que não cometeu o dano diretamente, mas possuía um dever de vigilância e, por isso, responderia em função do prejuízo causado por terceiro.[85] Em determinadas circunstâncias, poderá haver presunção de culpa, de modo a inverter o ônus da prova, competindo ao agente demonstrar a ausência de culpa ou existência de alguma excludente de responsabilidade.[86]

Na responsabilidade civil objetiva, em outra via, sequer será necessária a caracterização do elemento anímico, tendo em vista que somente exige o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para configurar o dever de indenizar o lesado. Isto porque as teorias objetivistas se fundam no risco da atividade desenvolvida pelo agente causador do prejuízo, tratando a responsabilidade civil como uma questão de reparação de danos.[87] Trata-se de modelo de responsabilidade que "atende rigorosamente a este paradigma da pós-modernidade

---

insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

[85] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 57-58.

[86] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265-266.

[87] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 59.

que aponta o foco de atenção, do direito e da lei, para a pessoa da vítima e para a imprescindibilidade de refazimento de sua circunstância jurídico- patrimonial afetada" pela lesão sofrida e, principalmente pela reconstituição de "sua condição de titular do direito à dignidade constitucionalmente plasmada como valor máximo da pessoa humana, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano", assevera Giselda Hironaka.[88]

O sistema civil brasileiro adotou originariamente a responsabilidade subjetiva. Entretanto, foram editadas diversas normas esparsas contemplando a responsabilidade objetiva,[89] até que o atual Código Civil Brasileiro adotou a tendência objetivista, sem, no entanto, abandonar a responsabilidade por culpa, que continua consagrada na Parte Geral, nos dispositivos relativos aos atos ilícitos e à responsabilidade civil propriamente dita. [90] Coexistem, assim, a responsabilidade civil subjetiva[91], regra geral remanescente do sistema anterior, e a objetiva [92], essencialmente fundada no risco da atividade habitualmente desenvolvida pelo agente.

A responsabilidade médica é subjetiva, nos moldes do art. 951, do Código Civil de 2002. No que tange à responsabilidade dos profissionais da área de saúde, interessantes são as considerações tecidas por Clóvis Beviláqua em relação ao art. 1.545[93] do antigo diploma Civil[94]:

> A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e

---

[88] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.

[89] Como exemplo podem ser mencionadas as disposições que regem as atividades nucleares (Lei 6.453, de 1977); a responsabilidade das estradas de ferro (Decreto n.º 2.681, de 1912); das empresas aéreas (Decreto-Lei 32, de 1966); o seguro DPVAT- Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre ou por sua Carga a Pessoas Transportadas ou Não (Lei 6.194, de 1974); os acidentes de trabalho (Lei 6.367, de 1976) e as normas que regulamentam a atividade do Estado. Conferir em: VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. 3. ed. Campinas: E. V., 1995, p. 24.

[90] HIRONAKA, loc. cit.

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

[92] "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

[93] "Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitarão de servir, ou ferimento."

[94] "Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitarão de servir, ou ferimento."

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, e tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações.[95]

Seguindo a premissa da vulnerabilidade do consumidor e pretendendo reestabelecer o equilíbrio na relação de consumo, o CDC prevê a responsabilidade de natureza objetiva para o fornecedor, tanto pelo vício, quanto pelo fato do produto ou serviço, impondo-se ao fornecedor a obrigação de indenizar, independentemente da análise de culpa.[96]

Quanto aos profissionais liberais[97], todavia, a regra foi excepcionada, admitindo-se, para estes, a responsabilização mediante culpa, conforme se depreende de seu art. 14, § 4º. Nesse caso, "valorou-se a natureza peculiar das suas atividades, que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva", leciona Sanseverino.[98] Isto porque os "contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo."[99] Ademais, a imposição de responsabilidade objetiva de tais profissionais poderia inviabilizar o exercício da atividade, porquanto atribuiria um custo bastante elevado para o exercício da profissão.[100]

Registre-se que alguns autores[101] sustentam que a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, prevista no CDC, encontra razão apenas se for de meio a obrigação assumida pelo prestador do serviço, ao passo que, em se tratando de obrigação de resultado, subsistiria a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, independente da análise de culpa. Todavia, a norma protetiva não faz menção à natureza da obrigação assumida pelo profissional. Ademais, esse posicionamento vai de encontro às lições desenvolvidas no campo cível, conforme será demonstrado adiante, pois a natureza da obrigação apenas determina a destinação da carga probatória, em razão da presunção de culpa.[102] A inversão do ônus da

---

[95] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio de Janeiro, 1984. v. 4, p. 696.

[96] GONÇALVES, 2007, p. 27-30.

[97] Segundo Antônio Herman Benjamin, "por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço solitério, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência". Cf. BENJAMIN, 1991, p. 79.

[98] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

[99] Ibid., loc. cit.

[100] Ibid., loc. cit.

[101] Cf. ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90; ROLLO, Arthur Luiz Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e punitive damages nas relações de consumo: distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 100.

[102] "Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico." Cf. BRASIL. Superior Tribunal de

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

prova "é uma questão processual, que não torna, por si só, objetiva a responsabilidade do profissional liberal", leciona Sanseverino.[103]

Conquanto seja mais eficiente na busca pela reparação dos danos causados ao consumidor considerar que a obrigação de resultado assumida por alguns profissionais – a exemplo do médico em cirurgias estéticas- induz responsabilidade objetiva, não se compartilha de tal argumento neste trabalho, tendo em vista que, a objetivação da responsabilidade do profissional liberal, ou ainda a assunção da responsabilidade pressuposta[104], demandaria uma revolução nas bases da responsabilidade civil. Tal não se afigura como proposta desta pesquisa, mas tão somente a investigação dos instrumentos presentes no sistema vigente de responsabilidade civil, aplicado às relações de consumo, que permitam a reparação ampla e efetiva dos danos causados ao consumidor, em decorrência de erro médico ou insucesso da cirurgia plástica estética. Portanto, diante do estágio atual da responsabilidade civil, perfilha-se do entendimento que sustenta ser subjetiva a responsabilidade do profissional liberal, independentemente da natureza da obrigação por ele assumida ser de meio ou de resultado.[105]

Assim, a responsabilidade pessoal e subjetiva do médico em cirurgias estéticas encontra guarida não só no já mencionado art. 951 do Código Civil – aplicável também aos demais profissionais da área de saúde-, como na norma consumerista, exigindo-se, portanto, a análise do elemento subjetivo.[106]

3.2.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual ocorre quando o dano é oriundo do descumprimento de uma obrigação prevista em contrato preexistente, que rege a relação das partes envolvidas. Se, por outro lado, o prejuízo decorre diretamente da violação de uma norma legal, surge o dever de reparar o dano pela responsabilidade extracontratual, ou aquiliana. Além da natureza da

---

Justiça. Recurso Especial nº. 985.888/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 fev. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1123401&sReg=200700887761&sData=20120313&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[103] SANSEVERINO, 2007, p. 356.

[104] Sobre a tese da responsabilidade pressuposta, cf. HIRONAKA, 2005.

[105] Cf. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 360-361; SANSEVERINO, 2007, p. 192.

[106] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 126.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

norma transgredida e da existência ou não de uma relação negocial prévia, essa classificação apresenta outros dois elementos diferenciadores, quais sejam o ônus da prova da culpa e a questão da capacidade. Quanto à última, cumpre notar que o menor impúbere apenas se vincula por meio de contrato se assistido por representante legal ou se, de má-fé, tiver se declarado maior.[107] Ou seja, a responsabilidade contratual, em face da capacidade para a celebração de contratos, é mais restrita do que a aquiliana.

A culpa contratual consiste na violação do dever de adimplir, objeto do negócio firmado, enquanto a culpa extracontratual envolve a violação do dever de não causar dano a outrem, razão pela qual se diz que esta deveria ser provada pela vítima, ao passo que, a primeira seria, em regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova e competindo à vítima apenas demonstrar que a obrigação não foi cumprida.[108] Essa presunção de culpa, em realidade, não ocorre simplesmente por se tratar de responsabilidade contratual, pois o que é decisivo para determiná-la é a natureza da obrigação assumida no contrato.[109] Se a obrigação que o contratante assumiu foi alcançar certo resultado, na eventualidade de não o conseguir, haverá culpa presumida. Caso o contrato encerre uma obrigação de meio, a responsabilidade será fundada em culpa provada, embora contratual.[110]

A classificação com base na natureza da norma violada não é estanque no sistema pátrio, pois há "uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que as regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 42 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual", assevera Cavalieri Filho.[111] Apesar de o Código Civil Brasileiro acolher a tese dualista, existe teoria contrária que critica essa dicotomia por não visualizar diferença nos efeitos produzidos, mesmo porque os princípios que regulam uma espécie de responsabilidade também são aplicáveis à outra.[112] Apesar dessa tendência, ainda se estuda didaticamente as espécies de responsabilidade em separado, em razão do modo como disposto no diploma civil.

---

[107] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 60- 63.
[108] Ibid., p. 62.
[109] Trata-se de raciocínio desenvolvido por René Savatier, cuja doutrina é seguida por diversos outros autores. Nesse sentido, cf. SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile**: en Droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 147; GONÇALVES, 2007, p. 395; KFOURI NETO, 2003, p. 71-73; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 5, p. 264-265; CAVALIERI FILHO, 2000, p. 291.
[110] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 291.
[111] Ibid., p. 16.
[112] Nesse sentido, cf. GONÇALVES, op. cit., p. 27-30; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1, p. 524; PEREIRA, 2001, p. 244-245; DIAS, 1997, p. 157; VENOSA, 2006, p. 19.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

A responsabilidade pessoal do médico, embora prevista no Código Civil dentre os atos ilícitos, tem natureza contratual.[113] Há situações específicas, todavia, em que não será a responsabilidade do médico fundada em contrato previamente estabelecido com o paciente, como na hipótese de assistir transeunte que é acometido de um mal súbito em via pública, ou em se tratando de atendimento em estabelecimento público de saúde, quando haverá, nessa hipótese, a formação de uma relação estatutária. Ou seja, a regra é que, firmado acordo entre o paciente e o profissional com vistas a um atendimento, tratamento ou cirurgia, "o negocio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo", leciona Venosa.[114] Mas quando a iniciativa do médico é unilateral, sem a vontade expressa do indivíduo, a responsabilidade profissional é oriunda de sua conduta, não de um contrato.[115]

Quanto à natureza da avença, no entanto, ainda permanecem controvérsias, de modo que o contrato firmado pelo médico com o seu cliente é visto ora como contrato típico, nominado, ora *sui generis*, inominado.[116] A corrente que se filia à primeira ideia entende se tratar de contrato de prestação de serviços- de empreitada ou outra natureza, a depender do caso concreto-, em que o médico se obriga a uma atividade, mediante determinado pagamento.[117] De outro lado, sustenta-se que o contrato é *sui generis*, "tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares", assevera Cavalieri.[118] Toda essa divergência em nada altera a responsabilidade do médico, pois, consoante já explicitado, relevante é a natureza da obrigação firmada, que determinará se a culpa do profissional será presumida ou provada pelo demandante.

Na seara consumerista, a divisão clássica entre responsabilidade contratual e aquiliana foi superada, tendo em vista que a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços foi submetida pelo CDC a um tratamento unitário, quando, em seu art. 17, equiparou ao consumidor as vítimas de acidente de consumo, em função da violação do dever de segurança.[119] A dicotomia "se mostrara inapta para conferir adequada proteção ao consumidor pelos danos sofridos nas relações de consumo", afirma Benjamin.[120] Portanto, é irrelevante a

[113] DIAS, 1997, p. 281-282.
[114] VENOSA, 2006, p.127.
[115] Ibid., loc. cit.
[116] KFOURI NETO, 2003, p. 72.
[117] Nesse sentido, cf. GONÇALVES, 2007, p. 399; VENOSA, op. cit., p. 126-128; SANTOS BRIZ, Jaime. **La responsabilidad civil**: derecho sustantivo y derecho procesal. 4. ed., actual. y rev. Madrid: Montecorvo, 1986, p. 759; KFOURI NETO, op. cit., p.72.
[118] CAVALIERI FILHO, 2000, p. 385.
[119] SANSEVERINO, 2007, p. 202.
[120] BENJAMIN, 1991, p. 44.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

existência de vínculo contratual entre fornecedor e consumidor para a configuração da responsabilidade por acidentes de consumo.[121]

Independentemente de ser contratual ou extracontratual, desde que demonstrado o preenchimento de seus pressupostos, haverá responsabilidade pessoal do médico em face do dano causado ao paciente numa relação de consumo, surgindo, então, o dever de reparar um dano.

3.2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil do Médico

Para a configuração da responsabilidade civil tem-se como pressupostos a conduta voluntária; o dano injusto sofrido pela vítima; a relação de causalidade entre o dano e a conduta; e o fator de atribuição de responsabilidade ao agente, que será a culpa quando for de natureza subjetiva, ou o risco, a equidade etc, quando objetiva. No que tange à responsabilidade do profissional da Medicina, é indispensável a existência do ato médico, exercido com violação a um dever "imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial."[122]

3.2.3.1 A Conduta Humana

O primeiro pressuposto para a configuração da responsabilidade civil é a conduta humana, que pode se manifestar sob a forma positiva ou negativa, ambas incluídas na disposição do art. 186, do Código Civil. A modalidade positiva corresponde à ação e representa um comportamento que, ao ser praticado, produz um dano. Já a forma negativa se refere à omissão, ou seja, à ausência de atitude por parte do sujeito, que também é capaz de gerar prejuízo a terceiros.[123] Saliente-se que a responsabilização por omissão somente é possível quando o omitente tiver o dever jurídico de se comportar ativamente diante das circunstâncias que se apresentem.[124]

É a conduta exclusiva do homem, por si ou através do véu da pessoa jurídica, que

[121] SANSEVERINO, 2007, p. 202.
[122] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 34.
[123] RESEDÁ, 2009, p. 51.
[124] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

poderá ensejar a responsabilidade civil. Por não poder ser atribuído ao homem, embora também possa causar danos, exclui-se o fato da natureza, englobado em categoria mais abrangente, que é de fato jurídico *lato sensu*.[125]

O comportamento considerado deve ser guiado pelo elemento volitivo, sem o qual não seria possível a responsabilização na esfera civil, seja quanto à conduta comissiva ou omissiva, em responsabilidade subjetiva ou objetiva. "O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz", lecionam Gagliano e Pamplona Filho.[126] Cumpre ressaltar, entretanto, que na noção de voluntariedade não se insere o propósito de causar o resultado danoso, pois este é definidor do dolo. A voluntariedade se relaciona com o conhecimento do ato que se pratica, não se exigindo a consciência da ilicitude de sua conduta.[127]

Quanto à ilicitude no campo da responsabilidade, segundo Venosa, o ato de vontade deve ser ilícito, ou seja, para haver a imposição do dever de indenizar, a conduta lesiva deve ser contrária ao direito.[128] Contudo, há de se notar que a ilicitude, embora seja regra geral que acompanha a ação danosa, nem sempre será exigível para a configuração de responsabilidade civil, tendo em vista que o dever de indenizar também pode ser imposto em casos de danos resultantes de ato lícito, em situações excepcionais, a exemplo da expropriação e do ato praticado em estado de necessidade.[129] No caso da responsabilidade médica, todavia, a regra prevalece, tendo em vista que o profissional somente responderá na medida em que contrarie os deveres que lhe são impostos por lei ou por norma contratual.

3.2.3.2 O Dano

O dano é elemento constitutivo da responsabilidade civil porque sem ele nada haveria a reparar, mesmo sendo a conduta culposa ou dolosa.[130] Não é possível impor a obrigação de restabelecer o *status quo ante* se a situação sequer foi modificada. Assim, a responsabilidade

---

[125] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 73.
[126] Ibid., loc. cit.
[127] Ibid., p. 74.
[128] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 22.
[129] GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 142.
[130] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

civil somente é configurada se da conduta do agente decorreu algum prejuízo para o sujeito passivo da relação,[131] seja qual for a espécie de responsabilidade, mesmo na contratual, quando o descumprimento da obrigação avençada possui, em si, a presunção do dano.[132]

O conceito de dano pode ser determinado em sentido amplo ou estrito. *Lato sensu*, o dano se refere a qualquer lesão a um bem juridicamente tutelado, inclusive em aspectos morais. Por outro lado, em sentido estrito, o dano abrange os prejuízos causados ao patrimônio.[133] Diante de um ordenamento jurídico interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, em que são assegurados os direitos de personalidade, o conceito de dano não se limita a questões patrimoniais, assumindo um caráter tão largo e abrangente quanto possível.[134]

Para ser indenizável, o dano independe de ter sido causado diretamente à vítima ou de forma reflexa. Também independe de ser atual ou futuro (potencial), desde que, neste caso, seja consequência necessária e previsível, pois o que importa analisar é a sua certeza, que não se confunde com a atualidade.[135] Ninguém pode ser obrigado a indenizar por um dano abstrato ou hipotético. Ademais, o dano efetivamente indenizável é aquele que subsiste, ou seja, que não foi espontaneamente reparado pelo agente. A exigibilidade persiste, todavia, se a lesão tiver sido reparada a expensas da vítima.[136] Assim, para que o dano possa ser efetivamente reparável, exige-se o preenchimento de três requisitos essenciais: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou moral, a certeza e a subsistência do dano.[137]

A responsabilidade de origem médico- hospitalar, segundo Costales, depende, dentre outros fatores, da ocorrência de um dano ao paciente, independente da espécie, seja uma lesão a um direito, como a vida, saúde e integridade física; uma lesão a interesses legítimos; lesões patrimoniais ou morais.[138] Ou seja, os danos médicos indenizáveis podem ser físicos, materiais ou imateriais, inclusive de repercussão estética se a lesão for duradoura.

O dano físico, ou prejuízo corporal, possui "elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme a invalidez, por exemplo, seja parcial ou total, permanente ou

---

[131] RESEDÁ, 2009, p. 64.
[132] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 81.
[133] RESEDÁ, op. cit., p. 64.
[134] STOCO, 2001, p. 934.
[135] RESEDÁ, op. cit., p. 65-66.
[136] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 86.
[137] Ibid., p. 84-86.
[138] FERNANDEZ COSTALES, J. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid: La Ley, 1987, p. 147 et seq.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

temporária", assevera Kfouri Neto.[139] Já os danos materiais, ou patrimoniais, em geral, são repercussões do dano físico, a exemplo dos lucros cessantes, das despesas médico-hospitalares, de medicamentos e viagens, etc. Também surge dano material indenizável se, do tratamento ou intervenção cirúrgica, sobrevier a morte do paciente, fato que pode ocasionar a privação dos beneficiários da renda que era auferida.[140] Por fim, o dano moral, inclusive de repercussão estética, se refere a situações de profunda dor ou mal- estar, vinculadas aos direitos de personalidade.[141]

A essa classificação dos tipos de dano podem se somar diversas outras espécies, cuja individualização visa, sobretudo, ampliar as possibilidades de reparação, em países como a Itália e Alemanha, onde o dano moral, por exemplo, somente é indenizável quando previsto expressamente em lei. Especialmente na Europa, então, criam-se novos e autônomos tipos de dano, como o biológico, o existencial, o dano à vida de relação, o sexual, dentre outros que demonstram as repercussões da lesão corporal nas relações do ser humano e em sua afirmação pessoal.[142] Sobre as espécies de dano, uma análise mais detida será desenvolvida em capítulo próprio.

3.2.3.3 O Nexo de Causalidade

Para haver responsabilização do agente não basta que este tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano, pois é preciso que, entre a lesão e o ato, haja uma relação de causalidade, isto é, que o dano seja decorrente da conduta do agente. Segundo Orlando Gomes, se "o dano provém de outra circunstância, ainda que pela atitude culposa do agente tivesse de ocorrer, este não se torna responsável, uma vez que não há relação de causa e efeito", ou seja, não é suficiente que "o dano pudesse sobrevir por efeito da conduta do agente, mas é preciso que se produza na realidade como consequência desta, e não de outro acidente."[143] O nexo causal é, pois, a ligação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, que permite concluir, segundo as leis da natureza, se a ação ou omissão foi determinante para a ocorrência do dano. Mas apesar do elemento naturalístico, o conceito de

[139] KFOURI NETO, 2003, p. 106.
[140] Ibid., loc. cit.
[141] Ibid., loc. cit.
[142] Ibid., p. 107.
[143] GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

nexo de causalidade é jurídico- normativo, através do qual se pode definir quem seria o causador do dano.[144]

Para intentar a ação de reparação, é necessário demonstrar que sem a conduta o dano não teria sido produzido, o que se revela facilmente diante de um fato simples, quando a relação de causalidade se estabelece de forma direta entre o ato e o dano. Todavia, há hipóteses de causalidade múltipla, em que se torna mais difícil estabelecer a real causa do evento danoso, tendo em vista que, nesse caso, várias circunstâncias concorrem para a produção do resultado.[145] Na tentativa de enfrentar esse problema, surgiram teorias que fornecem um raciocínio lógico a ser desenvolvido, mas nenhuma delas apresenta uma solução pronta, sempre havendo espaço para "a criatividade do julgador, atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom- senso e da equidade", expõe Cavalieri Filho.[146] Assim, o nexo causal será examinado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Das teorias desenvolvidas, três apresentam maior relevo por sua importância prática e pelo enfoque distinto, por meio do qual examinam o nexo de causalidade: teoria da equivalência das condições; da causalidade adequada; da causalidade direta ou imediata. A primeira delas é a chamada teoria da "conditio sine qua non", segundo a qual todo antecedente que, de alguma maneira, tiver concorrido para o evento é considerado elemento causal, de forma que, se eliminado, faria desaparecer o resultado danoso.[147] Essa linha de intelecção seria inconveniente, segundo Gustavo Tepedino, em face da "desmensurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem- número de agentes."[148]

A teoria da causalidade adequada considera causa o antecedente necessário e adequado à produção do resultado, ou seja, nem toda condição pode ser tida como causa, mas somente a que for mais apropriada à produção do evento, segundo uma análise probabilística.[149] Por sua vez, essa teoria possui como inconveniente a admissão de um "acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa

---

[144] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 47.
[145] Ibid., p. 48.
[146] Ibid., loc. cit.
[147] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 134-135.
[148] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 6, p. 3-19.jun. 2001.
[149] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 49.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

do resultado danoso", lecionam Gagliano e Pamplona Filho.[150]

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, criação do professor brasileiro Agostinho Alvim[151], entende por causa apenas o antecedente que determine o dano como consequência sua, direta e imediata, ainda que remota.[152] Atente-se, porém, que o denominado dano reflexo, ou em ricochete, também é suscetível de reparação, pois, ao utilizar esses termos, apenas se quer indicar que o ato atingiu pessoas próximas à vítima direta. O dano reflexo, para a sua vítima, é efeito direto do ato ilícito e, portanto, não se confunde com aquele dano que não se liga necessariamente à conduta do agente e que, por isso, não seria indenizável.[153]

Quanto à teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro, há imprecisão na doutrina, havendo autores que se filiam à teoria da causalidade adequada[154] e outros que se alinham à corrente segundo a qual teria sido utilizada a teoria da causalidade direta·. Também não há conformidade na jurisprudência, utilizando-se, por vezes, a teoria da causalidade adequada[155], em outros casos, a teoria da causalidade direta[156] e ainda, ambos como sinônimos.[157]

Por fim, cumpre tecer algumas informações acerca das causas concorrentes e concausas. Havendo contribuição da vítima para o resultado danoso, sua atuação, assim como a conduta

---

[150] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 138.

[151] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 356.

[152] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 138.

[153] Ibid., p. 139.

[154] Nesse sentido, cf. CAVALIERI FILHO, 2010, p. 50-51; TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 404.

[155] Vide julgados: STJ, Segunda Seção, EREsp 605435/RJ, Rel.Min. Nancy Andrighi, de 14.09.2011; STJ, Terceira Turma, REsp 1007692/RS 2007/0268059-6, Rel.Min. Nancy Andrighi, de 17.08.2010; STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 682599/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, de 14.11.2005; STJ, Quarta Turma, REsp 1185100/MS 2010/0044470-9, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, de 15.02.2011; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Cível, Apel. Cível 70003531589, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, de 17.04.2002; Tribunal de Justiça do Paraná, Décima Câmara Cível, Apel. Cível 913990-2, Rel. Des. Denise Antunes, de 22.11.2012; Tribunal de Justiça de São Paulo, Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado, APL 37891120118260361/SP, Rel. Des. Antonio Nascimento, de 25.07.2012.

[156] Vide julgados: STJ, Quarta Turma, REsp 1113804/RS 2009/0043881-7, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 27.04.2010; STJ, Quarta Turma, REsp: 1154737/MT 2009/0196722-4, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, de 21.10.2010; STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, de 09.06.2009; Tribunal Regional Federal, 1ª Região, Sexta Turma, Apel. Cível 4209 MG 2008.38.13.004209-7, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, de 25.02.2013; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, ACJ 40080220108070001/DF, Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, de 12.04.2011, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nona Câmara Cível, Apel. Cível 70050445857/RS, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, de 12.09.2012.

[157] Vide julgados: STJ, Quarta Turma, Rel.Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), de 18.03.2010; STJ, Quarta Turma, REsp 325622/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado do TRF 1ª Região), de 28.10.2008; STJ, Primeira Turma, REsp 1198829/MS 2010/0115285-6, Rel.Min. Teori Albino Zavascki, de 05.10.2010.

do agente, serão consideradas causas do evento, razão pela qual se fala em concorrência de causas ou de culpas. Nessa hipótese, a indenização deve ser reduzida, de modo proporcional à participação da vítima, conforme previsto no art. 945, do Código Civil.[158] Na seara consumerista, a culpa exclusiva da vítima exclui a responsabilidade do fornecedor, conforme o art. 12, § 3º do CDC. Ainda que haja culpa concorrente, o prestador do serviço terá o dever de indenizar integralmente pelos danos causados, ressalta Rizzatto Nunes.[159] Entretanto, considerando-se que o cirurgião plástico é profissional liberal e, portanto, possui responsabilidade subjetiva, se o paciente contribuiu de alguma forma para a ocorrência do evento danoso, mormente se não cumpriu as determinações do médico, essa circunstância deverá ser avaliada pelo magistrado, com vistas a dosar a indenização imposta ao profissional, proporcionalmente à sua culpa, de modo a reparar os danos a que deu causa.

Quanto à concausa, que é o "acontecimento anterior, concomitante ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal" e que a esta se acrescenta, em direção ao resultado danoso, poderá interromper o nexo causal se for absolutamente independente. Se, por outro lado, for relativamente independente, em geral, apenas poderá romper a relação de causalidade e, consequentemente excluir a responsabilidade do agente, se superveniente ao fato gerador do dano.[160]

3.2.3.4 A Culpa

O Código Civil de 2002, assim como o CDC, admite a modalidade objetiva de responsabilidade, espécie que prescinde da análise de culpa, razão pela qual esta seria um elemento acidental da responsabilidade civil, não essencial.[161] No entanto, é indispensável a sua presença para a configuração da responsabilidade subjetiva, como é a hipótese do presente estudo. Um exame minucioso desse elemento será desenvolvido no capítulo seguinte, momento em que será confrontado com o conceito de erro médico. Todavia, é mister, nesta ocasião, tecer algumas considerações preliminares acerca do tema.

O conceito de culpa está vinculado à inobservância de um dever a que o indivíduo deveria estar atento. A culpa é "o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para

[158] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 143.
[159] NUNES, 2009, p. 316.
[160] Ibid., p. 144-145.
[161] Ibid., p. 71.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude", isto é, a falta de diligência na observância de uma norma de conduta, leciona Sílvio Venosa.[162]

No campo civil, a culpabilidade abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. Havendo intenção de ofender direito de outrem ou de causar prejuízo, ou seja, quando se tem o pleno discernimento dos possíveis resultados de sua conduta e o propósito deliberado de praticá-la, será configurado o dolo. Se o prejuízo ocorrer sem o intuito de causá-lo, existirá a culpa *stricto sensu*.[163] Essa noção de dolo não se confunde com aquela relativa aos vícios do negócio jurídico, referentes aos artigos 145 a 150 do Código Civil. "Em matéria de responsabilidade, dolo é sinônimo de intenção, deliberação consciente do espírito, enquanto em matéria contratual constitui manobra ardilosa a fim de induzir alguém a erro" e que conduz à anulabilidade do ato, assevera Paulo Nader.[164]

A culpa em sentido estrito, por seu turno, manifesta-se por negligência, imprudência ou imperícia e a ela é inerente a previsibilidade do fato lesivo, de maneira que será responsabilizado o agente causador do dano, ainda que não deseje o resultado, pois não envidou os esforços necessários e possíveis para evitá-lo.[165] Não se exige, pois, que a conduta seja dolosa para a caracterização da responsabilidade civil, mas que seja voluntária, decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, sem a qual não existe ato ilícito e, consequentemente, o dever de reparar os danos.[166]

3.2.4 Excludentes de Responsabilidade

As causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas como as circunstâncias que, enfrentando algum de seus pressupostos, retira do lesado a pretensão indenizatória. São eles: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, o fato de terceiro, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e força maior. Cumpre analisá-los brevemente, porquanto apenas as três últimas causas apresentem relevância com o tema proposto.

---

[162] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 4, p. 32- 33.
[163] STOCO, 2001, p. 97.
[164] NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7, p. 97.
[165] Ibid., p. 98.
[166] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

O estado de necessidade, previsto no art. 188, II do Código Civil, consiste na "situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação", lecionam Gagliano e Pamplona Filho.[167] Há, desse modo, uma colisão de interesses jurídicos tutelados.

Nota-se que o parágrafo único ressalva que "somente será considerado legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo." Entende-se, com isso, que o agente se isenta do dever de atuar dentro dos limites de sua necessidade para o afastamento da situação de perigo. "Diferentemente do que ocorre na legítima defesa, o agente não reage a uma situação injusta, mas *atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto*."[168]

A legítima defesa também se fundamenta no art. 188, do Código Civil, que, em seu inciso II, descreve ser a situação em que "o indivíduo encontra-se diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar". Todavia, cumpre salientar que se, no ato da defesa, atingir terceiro inocente, deverá o agente indenizá-lo, estando resguardado o direito de propor ação regressiva em face do verdadeiro agressor, nos moldes dos artigos 929 e 930 do Código Civil. Mas caso a legítima defesa seja real e praticada contra o agressor, não poderá haver ação de ressarcimento de danos.[169]

Encontra respaldo ainda no inciso I do art. 188, do mesmo diploma, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal. É lícita a conduta do agente que atua no exercício regular de um direito reconhecido, afastando-se a responsabilidade pelo dano. Por outro lado, haverá abuso de direito se o sujeito extrapolar os limites racionais do exercício desse direito.

Quanto ao fato de terceiro, além da previsão no Código Civil, encontra-se disposto no art. 14, § 3º, II, do CDC, como excludente de responsabilidade do fornecedor. Trata-se da hipótese em que a atuação de pessoa estranha à relação de consumo causa dano ao consumidor, sem qualquer interferência do prestador do serviço. Entretanto, se o causador do dano for componente do ciclo de fornecimento do serviço, seja o prestador responsável, o empregado, o preposto ou representante autônomo, permanece a responsabilidade solidária

[167] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 150.
[168] Ibid., loc. cit.
[169] Ibid., p. 152.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

entre eles pelo fato do serviço, segundo a regra do art. 34, da norma protetiva.[170] O assunto possui relevância no que toca à responsabilidade do hospital, do anestesista e demais integrantes da equipe médica, tema que será examinado adiante.

Questiona-se se o comportamento de um indivíduo, que não seja nem o agente do dano nem a vítima, romperia o nexo de causalidade, excluindo a responsabilidade. A princípio sim, mas a questão não é pacífica. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho, em hipóteses em que o fato de terceiro rompe o nexo causal, sem que se possa imputar participação ao agente, exonera-se completamente a sua responsabilidade, "devendo a vítima voltar-se diretamente contra o terceiro."[171] No mesmo sentido é o entendimento coadunado por Wilson Melo da Silva[172] e Cavalieri Filho[173]. O fato de terceiro somente exclui a responsabilidade do agente imediato quando rompe o nexo entre a conduta deste e o dano suportado pela vítima. Nesse caso, o fato de terceiro é equiparado ao caso fortuito ou força maior, "por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável."[174]

Com fundamento na predominância, em matéria de responsabilidade civil, do "princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano", Carlos Roberto Gonçalves considera que, *a priori*, a culpa do terceiro no fato danoso não exonera o autor imediato do dano de seu dever jurídico de indenizar, o que se verifica pelo disposto nos artigos 929 e 930 do Código Civil, ressalvando que o último possibilita o exercício da ação regressiva em face do terceiro que provocou a situação de perigo.[175]

Entretanto, quando o prejuízo causado à vítima tiver como origem exclusiva o ato do terceiro, não existindo relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do suposto agente e o dano, se configura uma situação semelhante ao caso fortuito, em que o evento danoso seria imprevisível e inevitável, de modo que a responsabilidade do agente poderia, sim, ser excluída.[176] Todavia, importante se faz acentuar que não será possível o afastamento do causador direto do dano quando, ao ser acionado, requeira a denunciação da lide ao terceiro com fulcro no artigo 70, III do Código de Processo Civil. A "denunciação da lide ao terceiro pode ser feita apenas para o efeito de regresso", leciona Gonçalves.[177]

---

[170] NUNES, 2009, p. 317.
[171] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 165.
[172] SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1974, p.70.
[173] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67.
[174] Ibid., loc. cit.
[175] GONÇALVES, 2007, p. 799.
[176] Ibid., p. 805.
[177] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Não se pode olvidar que esse procedimento pode gerar uma maior delonga no deslinde do feito, atingindo efeito inverso ao que se pretende com o dispositivo legal. Portanto, deve-se analisá-lo de forma mais restritiva, não admitindo a denunciação da lide sempre que houver direito de regresso, mas quando se tratar de garantia da demanda.[178] Em outras palavras, solucionado o conflito principal, tornar-se-ia automática a responsabilidade do denunciado, sendo ignorada a discussão acerca do dolo ou culpa.[179]

Ao denunciar a lide, não se cria uma solidariedade passiva, nem se excluirá o réu para ingresso do denunciado. Em verdade, a denunciação da lide servirá para promover, nos próprios autos, o ressarcimento do denunciante na hipótese de sucumbência. Por outro lado, tendo em vista a necessidade de ampliação da proteção da vítima, esta poderá se voltar diretamente ao denunciado se o agente imediato não dispuser de meios suficientes para ressarcir a dívida.[180]

Maior aplicabilidade apresentam no campo da responsabilidade civil do médico a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e força maior. Desaparece a responsabilidade do agente também quando a culpa pelo evento danoso é exclusiva da vítima, em razão de inexistir, nesse caso, liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo sofrido por esta. O causador do dano seria apenas um mero instrumento do acidente.[181]

Como visto anteriormente, apenas a "culpa exclusiva" do consumidor poderá afastar a responsabilidade do fornecedor, conforme previsto no art. 14, § 3º, II do CDC. Em caso de culpa concorrente[182], "ainda assim o prestador do serviço tem a responsabilidade de reparar integralmente os danos causados", assevera Rizzatto Nunes.[183] Nesse sentido, diversos autores consideram irrelevante a culpa concorrente do consumidor, porquanto não prevista pelo CDC.[184] Todavia, o CDC não afasta a possibilidade de a concorrência de culpa minorar a

---

[178] GONÇALVES, 2007, p.806.

[179] Neste sentido, vide: GONÇALVES, loc. cit.; GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 143; SANCHES, Sydney. **Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 125.

[180] RIZZARDO, Arnaldo. **A reparação nos acidentes de trânsito**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 73-74.

[181] GONÇALVES, op. cit., p. 795.

[182] Ocorre culpa concorrente, segundo Pontes de Miranda, quando, "para a produção do dano, a pessoa ofendida contribui com sua culpa (concausa ou determinação do aumento do dano), tendo-se de apurar, conforme as circunstâncias, a qual dos causadores se há de atribuir a maior responsabilidade e fixar-se-á o que há de prestar o ofensor". Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 22, p. 196.

[183] NUNES, 2009, p. 316.

[184] Cf. Ibid., loc. cit.; BENJAMIN, 1991, p. 66; DENARI, Zelmo. Da qualidade dos produtos e serviços: da prevenção: da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998,

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

responsabilidade do fornecedor, apenas não a inclui como "excludente" de responsabilidade.[185] Destarte, em casos de culpa concorrente, em que ambos contribuem para a produção do prejuízo, pode-se cogitar a repartição de responsabilidade, se subjetiva, de acordo com a proporção de culpa respectiva, o que irá influenciar na quantificação da indenização imposta ao fornecedor.[186] Afinal, não seria compatível com o princípio da boa-fé exigir do ofensor a reparação integral do dano se o lesado também contribuiu para sua constituição.[187]

Portanto, sendo possível concluir que tanto o médico quanto o paciente contribuíram culposamente para a ocorrência do dano, haverá distribuição de responsabilidade entre eles, tendo por consequência prática a mitigação da indenização que competirá ao profissional. A divisão do prejuízo ocorre na medida de sua atuação, mas poderá ocorrer em partes iguais se for impossível identificar a proporção de culpa dos envolvidos.

O caso fortuito e a força maior, por seu turno, estão previstos no art. 393, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado", definindo-o como "o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". Os dispositivos não trazem uma diferenciação dos termos, chegando mesmo a se dizer que não haveria qualquer interesse prático em sua distinção, motivo pelo qual o Código Civil não o teria feito.[188] De fato, diferenciar seus conceitos é irrelevante, bastando-se notar que ocorrências imprevisíveis, ou mesmo difíceis de prever, que gerem consequências inevitáveis, como, por exemplo, circunstâncias da natureza que superem as forças humanas, afastam o nexo de causalidade. Porém, para saber se um evento se configura como força maior ou caso fortuito, cabe analisar caso a caso.[189]

A previsão de caso fortuito e força maior no Código Civil não possui correspondência com o CDC, tendo em vista que o seu art. 14, § 3º, prevê como excludentes de responsabilidade apenas a inexistência do dano e a culpa exclusiva do consumidor e de

---

p.153; NORRIS, Roberto. **Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 88.

[185] Cf. MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no Código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 152; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **Responsabilidade por fato do produto no Código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 121.

[186] GONÇALVES, 2007, p. 795.

[187] SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 733.

[188] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2, p. 254.

[189] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 160.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

terceiros, provados pelo fornecedor. A inexistência das tradicionais excludentes decorre da regra de responsabilidade objetiva fixada na norma protetiva, em consonância com o princípio constitucional da liberdade de empreendimento, do qual deriva o "direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido."[190] No entanto, as excludentes caso fortuito e força maior se relacionam com a noção de dolo e culpa, razão pela qual são aplicáveis, segundo Rizzatto Nunes, às hipóteses de responsabilidade subjetiva.[191]

Portanto, o fortuito também poderá ocorrer na atividade médica.[192] Há casos em que o cirurgião, apesar de ter empregado corretamente o seu conhecimento, com toda a diligência possível, através das mesmas técnicas adotadas em outros pacientes com absoluto sucesso, não obtém o resultado prometido. Estar-se-á diante de uma escusa absolutória ou excludente de responsabilidade se o insucesso da intervenção "ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação", leciona Rui Stoco.[193]

Trata-se do "acidente imprevisível" ou "resultado incontrolável". [194] No primeiro, haveria um resultado lesivo à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em razão dele, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior. Já no resultado incontrolável, "oriundo de uma situação grave de curso inexorável, o resultado danoso seria decorrente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução".[195]

É o que acontece, por exemplo, quando surge, após a intervenção cirúrgica, a cicatriz queloidiana, ou hipertrófica, o que compromete o resultado esperado. Diferentemente das cicatrizes normais, nas cicatrizes queloidianas ocorre um aumento da síntese do colágeno. Não há uma certeza sobre suas causas, mas, dentre os fatores já identificados que podem influir no aparecimento das quelóides, pode-se citar a hereditariedade, a idade, fatores ambientais, a ocorrência de infecção local e suturas muito apertadas e a tensão entre as bordas

---

[190] NUNES, 2009, p. 316.
[191] Ibid., loc. cit.
[192] "2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional." Cf. BRASIL, 2010.
[193] STOCO, 2004, p. 299.
[194] CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56.
[195] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

da ferida.[196]

Sendo totalmente imprevisível a manifestação adversa naquele paciente, afasta-se, pois, a responsabilidade do médico. Entretanto, ressalva-se que é dever do médico avaliar os riscos de uma intervenção cirúrgica diante das características do paciente, razão pela qual não poderá se eximir de responsabilidade se o dano for inevitável nas circunstâncias apresentadas, embora previsível em face do estágio atual da Medicina, e, ainda assim, optar por realizar o procedimento. Se for possível prever o dano, o profissional violará também o dever de informar caso não alerte o paciente da eventualidade de sua ocorrência. Nem mesmo poderá se escusar fundamentando-se nas condições pessoais de saúde da vida, pois, apesar de às vezes agravarem o resultado, não diminuem a responsabilidade do agente, principalmente pelo fato de que deve o médico realizar exames anteriores, mas também porque as "*concausas preexistentes* não eliminam a relação causal", conforme assevera Gonçalves.[197]

3.2.5 Cláusula de Não Indenizar

Além das causas excludentes de responsabilidade expostas, cumpre fazer algumas considerações acerca da chamada cláusula de não indenizar. Trata-se de convenção através da qual as partes de um contrato excluem o dever de indenizar, em caso de inadimplemento da obrigação e, portanto, somente compatível com a responsabilidade contratual.[198] O efeito desse pacto consiste no "afastamento da obrigação consequente ao ato danoso", para configurá-lo como uma excludente de responsabilidade, assevera Caio Mário.[199] Tais cláusulas têm se tornado frequentes em determinados procedimentos médicos, especialmente em cirurgias.

Isoladamente, René Demogue sustenta a validade da cláusula de não indenizar quando, nos casos em que o médico julgue ser perigosa a operação, houver manifestação formal do paciente em sentido positivo.[200] No entanto, esse entendimento é equivocado, tendo em vista que é dever do médico, em respeito ao ser humano, se recusar a executar intervenção cirúrgica que saiba ser desaconselhável em face dos riscos, de forma que poderá será responsabilizado

[196] STOCO, 2004, p. 299.
[197] GONÇALVES, 2007, p. 795.
[198] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 168.
[199] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 305.
[200] DEMOGUE, René. **Traité des obligations en general**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923b, p. 350.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

se, contrariando as regras técnicas de sua profissão, assentir à vontade do paciente.[201]

Após a superação do individualismo, num momento em que se repensa o Direito Privado, mais atrelado aos princípios constitucionais e orientado por valores de solidariedade social, a cláusula de não indenizar perde o prestígio. Embora não seja proibida pelo Código Civil, não é possível, por meio dela, afastar a aplicação de preceitos de ordem pública e a noção de equilíbrio contratual.[202]

Cumpre destacar que, segundo o art. 51, inciso I, Código de Defesa do Consumidor[203], são nulas de pleno direito as cláusulas que "impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem em renúncia ou disposição de direitos". Esse dispositivo inova no campo das obrigações, principalmente em relação à máxima *pacta sunt servanda*[204], na medida em que impõe "normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que se depositou no vínculo contratual", assevera Cláudia Lima Marques.[205] "As normas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas inafastáveis pela vontade das partes", servindo como instrumentos jurídicos criados para promover o equilíbrio contratual e restabelecendo o vigor das expectativas do consumidor, de modo a compensar a sua vulnerabilidade fática.[206]

A cláusula de não indenizar é apenas uma dentre as cláusulas de exclusão de responsabilidade listadas por Ana Prata, rol que inclui também a cláusula de irresponsabilidade do fornecedor por atos próprios ou de terceiros; cláusulas que atestam a qualidade da prestação; cláusula exoneratória de responsabilidade por culpa ou culpa leve; cláusulas que apresentam presunções de casos fortuitos para determinado tipo de relação,

---

[201] DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não- indenizar**: chamada clausula de irresponsabilidade. 4. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 237.

[202] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 168.

[203] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;"

[204] Segundo Arthur Rollo, "Todo aquele que contrata, em princípio, tem o dever de cumprir a sua parte. No entanto, diante da sua vulnerabilidade do mercado, o pacta sunt servanda sofre atenuações." E acrescenta: "O consumidor, refém que é do fornecedor no mercado, muitas vezes contrata sem querer e sem saber das reais condições e implicações da contratação. Se assim é, por óbvio que o tratamento legal deve ser distinto.". Cf. ROLLO, 2011, p. 40.

[205] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 938.

[206] Ibid., p. 939.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

entre outras.[207]

Cláusulas que exonerem o fornecedor do dever legal de informar são igualmente abusivas. Tratam-se muitas delas de cláusulas ilícitas, porquanto expressamente contrárias ao CDC e, assim, devem ser anuladas de ofício pelo magistrado.[208] A norma protetiva é clara no sentido de vedar, em seu art. 25, "a estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar", prevista tanto em caso de vício quanto de fato do produto ou serviço, bem ainda na seção relativa à qualidade dos produtos e serviços, prevenção e reparação de danos, superando a ideia de caso fortuito como excludente de responsabilidade (ao criar a noção de fortuito interno e inescusável) e impondo deveres de informação acerca da periculosidade.[209]

A obrigação de indenizar imputada pelo CDC ao fornecedor, conforme salienta Cláudia Lima Marques, não poderá ser afastada por qualquer cláusula contratual.[210] Portanto, é inadmissível a utilização de cláusula de não indenizar, em face da vulnerabilidade do consumidor, que "aconselha a intervenção estatal no domínio da autonomia privada, para considerar abusiva a cláusula que beneficie a parte economicamente mais forte."[211] Assim, a reparação pelo insucesso da cirurgia estética subsiste ainda que tenha sido firmada a cláusula exonerativa da obrigação de indenizar. O médico jamais poderá lançar mão desse instrumento para se eximir de responsabilidade pelo descumprimento da obrigação assumida ou pelos danos causados ao paciente em decorrência da desídia em sua atividade profissional, para além da não execução do resultado pretendido e acordado.

3.2.6 A Responsabilidade dos Estabelecimentos Hospitalares

A responsabilidade do médico é subjetiva, por enquadrar-se como profissional liberal, nos moldes do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Caso o médico integre o quadro pessoal permanente do hospital, a responsabilidade deste será objetiva, conforme previsto no art. 14, *caput* do CDC e nos artigos 932, III e 933 do Código Civil.[212]

---

[207] PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Lisboa: Almedina, 2005, p. 56-85.
[208] MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 946.
[209] Ibid., loc. cit.
[210] Ibid., loc. cit.
[211] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 169.
[212] Ibid., p. 275.

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, motivo pelo qual respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. Segundo, Cavalieri, trata-se do que "o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço."[213] Pelo simples fato de ter posto no mercado um serviço defeituoso, o fornecedor é responsabilizado, independentemente da análise de culpa. Somente será excluída a responsabilidade do fornecedor se provar que o defeito inexiste, ou nas demais hipóteses do art. 14, § 3º, I do CDC.[214]

Com base no Código Civil de 1916, o empregador respondia somente por responsabilidade indireta, ou seja, pelo fato de outrem ou do preposto, conforme o art. 1.521, III, correspondente ao art. 932 do diploma vigente. No entanto, para que isso ocorresse, teria a vítima que comprovar a culpa. Atualmente, o Código de Defesa do Consumidor, em consonância com o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, "estabeleceu responsabilidade objetiva direta para todos os fornecedores de serviços (e não apenas públicos) pelo fato do empregado ou preposto."[215] A atuação do empregado seria absorvida pela atividade do empregador, não sendo possível falar em fato de outrem quanto à atividade do profissional subordinado, ressalvando-se o seu direito de regresso da empresa contra o empregado ou preposto que tenha agido com culpa.[216]

O fato exclusivamente de terceiro, previsto nos artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II do CDC, não se aplicaria como excludente de responsabilidade à relação entre médico e hospital, tendo em vista que o vínculo existente entre eles promove a absorção da atividade do profissional pela empresa, de modo que o estabelecimento não poderia se eximir de responsabilidade pelo fato do serviço prestado pelo médico. Se o paciente procura diretamente a clínica ou o hospital ao qual o médico é empregado, será a relação de consumo travada com o estabelecimento, não com o profissional. Nesse caso, havendo erro na atuação do médico, o nosocômio responderá objetivamente, sob o crivo do CDC, enquanto o profissional responderia mediante culpa. Em reforço, nota-se que a combinação dos artigos 932, III e 933 do Código Civil, possibilita concluir que o empregador responderá pelos atos dos prepostos ou empregados, ainda que não haja culpa de sua parte, revelando-se na "tão ansiada transição da *culpa presumida* e do ônus probatório invertido para uma *objetivação* efetiva dessa

[213] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 399.
[214] Ibid., loc. cit.
[215] Ibid., p. 401.
[216] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

responsabilidade *in casu*", assevera Hironaka.[217]

Apesar de acentuar, em sentido contrário, que sendo o médico profissional liberal nenhum vínculo empregatício ou de preposição apresentariam com o hospital, razão pela qual responde subjetiva e pessoalmente, Cavalieri Filho reconhece que o hospital é fornecedor e possui responsabilidade objetiva, segundo o art. 14, *caput*, do CDC, ainda que "em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamento, tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de *defeito do serviço*."[218] Mas ressalva que "mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado", de modo que, havendo insucesso na cirurgia ou tratamento, mas não existindo defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital.[219] Com respaldo no Código de Defesa do Consumidor, também consideram objetiva a responsabilidade dos hospitais por erro do médico, empregado ou preposto seu, Antônio Herman Benjamin[220], Sílvio Venosa[221], Sanseverino[222], Roberto Senise Lisboa[223] e Bruno Miragem.[224]

Diante da Súmula n. 341 do STF[225], Ruy Rosado de Aguiar Jr. conclui de modo diverso, afirmando que o hospital não responderia objetivamente, mesmo após a vigência do CDC, considerando ser indispensável a prova da culpa do médico que integra a sua equipe, quanto ao dano por ele causado, para só então se presumir a culpa do estabelecimento.[226] Isto porque, segundo Rui Stoco, o princípio da presunção de culpa não afastaria o dogma da culpabilidade, apenas inverteria o ônus de prová-la.[227] Assim, o hospital não poderia "ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara", quando então haveria solidariedade entre ambos, assevera Kfouri Neto.[228] Eugênio

---

[217] HIRONAKA, 2005, p. 142.
[218] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 402-403.
[219] Ibid., loc. cit.
[220] BENJAMIN, 1991, p. 79-80.
[221] VENOSA, 2006, p. 129.
[222] SANSEVERINO, 2007, p. 358.
[223] LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações e consumo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 300-301.
[224] MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 300.
[225] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Brasília, DF, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 jul. 2013.
[226] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 41.
[227] STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. **Tribuna da Magistratura**, São Paulo, n. 75, p. 65-73, set. 1996, p. 65.
[228] KFOURI NETO, 2010, p. 103.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Kruschewsky, no mesmo sentido, acrescenta ser inadequado reservar responsabilidade objetiva à casa de saúde, pois o que é posto sob exame é o trabalho desempenhado pelo médico, bem ainda "porque o risco no desempenho da atividade é predominantemente corrido não em benefício da pessoa jurídica, mas do paciente" e, por fim, em razão de nem sempre ter a empresa a opção de prestar ou não o serviço.[229]

No julgamento do REsp 258389/SP [230], o Ministro Relator Fernando Gonçalves ressaltou que essa conclusão não conflita com o art. 14, do CDC, visto que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no caso o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços exclusivamente relacionados com o estabelecimento, como aqueles que envolvem internação, instalações, equipamentos e serviços auxiliares. Entretanto, esse entendimento não deve prosperar, em face do Código Civil de 2002, que atribui ao empregador responsabilidade direta pelo exercício da atividade de risco[231], bem como do já mencionado art. 932, II e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que devem ser aplicados a todos os serviços fornecidos pelo hospital, inclusive a atividade do médico a ele vinculado. Não se quer dizer com isso que é dispensável a análise da culpa do médico para a responsabilização do hospital, mas tão somente que, para efeito de responsabilização, não se analisa a concorrência de culpa deste na ocorrência do dano médico. Lentamente os tribunais têm reconhecido a responsabilidade objetiva dos hospitais segundo o código protetivo do consumidor.[232]

Também é passível de dúvidas a responsabilidade da casa de saúde se esta for utilizada pelo médico para o atendimento e internamento de pacientes particulares, em razão de sua estrutura física e logística. Gagliano e Pamplona Filho entendem existir, ainda assim, um liame ente o médico e o hospital, "de modo a autorizar a responsabilidade objetiva desta

---

[229] KRUSCHEWSKY, Eugênio. Por uma nova responsabilidade civil na área de saúde: uma crítica ao regime reservado às atividades com células- tronco. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de direito civil contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 547.

[230] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 258.389/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 jun. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 ago. 2005a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=540244&sReg=200000445231&sData=20050822&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[231] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 401.

[232] Vide julgados: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Quinta Câmara Cível, Apel. Cível 70047388442/RS, Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, de 29.08.2012; Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Apel. Cível 20004140-36.2001.8.26.0554, Rel. Des. Salles Rossi, de 27.04.2011; Tribunal de Justiça de São Paulo, Terceira Câmara de Direito Privado, Apel. Cível 9190727.50.2006.8.26.0000, Rel. Des. Adílson de Andrade, de 31.05.2011; Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Apel. Cível 0102564-19.2007.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, de 06.07.2011; Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Apel. Cível 9060626-17.2009.8.26.0000, Rel. Des. Caetano Lagrasta, de 29.02. 2012; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apel. Cível 70023200181, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, de 13.08.2008.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico."[233] Ademais, nem sempre é nítida à vítima a distinção da participação de culpa do profissional e da falta de estrutura e higiene do estabelecimento hospitalar para a ocorrência do dano.[234] Do mesmo modo, Venosa[235] e Paulo Nader[236] consideram persistir a responsabilidade do hospital quando não houver vínculo empregatício com o médico que utiliza de seus aparatos para as atividades profissionais.

Todavia, a questão não é pacífica. Na jurisprudência, encontram-se decisões [237] sustentando que se o profissional não for empregado do estabelecimento hospitalar, sendo este apenas o espaço onde realiza as suas atividades, surge o vínculo imediato entre o médico e o seu paciente, respondendo com exclusividade pelos seus erros, afastando-se, pois, a responsabilidade solidária da casa de saúde, que apenas responderia pelos serviços que lhes são próprios.[238] Nessa linha de raciocínio, sobrevindo danos ao paciente, deve-se identificar a sua origem- se decorrente de ato médico, da hospitalização ou de erro da equipe do hospital que extrapolem a atividade do médico. Não sendo possível delimitar a responsabilidade do profissional e do estabelecimento, ambos responderão solidariamente.[239] E, caso o paciente necessite de serviços fornecidos pela pessoa jurídica, surgirá um outro contrato, uma relação paralela, situação em que cada um responderá na medida de sua atuação, conforme os respectivos instrumentos.

Apesar da clareza da norma contida no art. 14 do CDC, que estabelece a responsabilidade solidária para todos os prestadores de serviços, no Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, nos autos do REsp 419026/DF[240], prevaleceu entendimento considerando que a responsabilidade pelo erro

---

[233] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 275.
[234] Ibid., loc. cit.
[235] VENOSA, 2006, p. 129.
[236] NADER, 2010, p. 409.
[237] Vide julgados: STJ, Terceira Turma, REsp 138059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, de 11.06.2001; STJ, Segunda Seção, REsp 908359/SC, Rel. Min. João Otávio Noronha, de 17.12.2008; STJ, Quarta Turma, REsp 764001/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, de 04.02.2010; Tribunal de Justiça do Paraná, Segunda Câmara Cível, Apel. Cível 15087, Rel. Juiz Robson Marques Cury, de 28.09.1998; Tribunal de Justiça do Paraná, Terceira Câmara Cível, Apel. Cível 49256-0, Ac. 11859, Rel. Des. Silva Wolf, de 01.10. 1996; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI 70023449812, Rel. Des Paulo Antônio Kretzmann, de 24.03.2008;
[238] Trata-se do entendimento carreado por Carlos Roberto Gonçalves, Luis González Morán e pelos já mencionados autores que desconsideram a responsabilidade objetiva dos estabelecimentos hospitalares. Além das obras já referidas, conferir também as seguintes: GONÇALVES, 2007, p. 410; GONZALEZ MORÁN, Luis. **La responsabilidad civil del médico**. Barcelona: Bosch, 1990, p. 233 et seq.
[239] KFOURI NETO, 2010, p. 110.
[240] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 419.026/DF. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Brasília, DF, 26 out. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 fev. 2005b. Disponível em:

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

médico será exclusiva do terceiro, o profissional, que não mantém relação de emprego com o estabelecimento hospitalar acionado. No entanto, há decisões em sentido oposto[241], a exemplo do acórdão proferido no bojo da Apelação Cível 52276/99[242], do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que se ressaltou o interesse econômico do hospital, que lucra com a atividade do médico, ainda que sob a roupagem de contrato de locação de centro cirúrgico, bem ainda reforçou a integração das atividades do médico e dos auxiliares, equipamentos, medicamentos e serviços fornecidos pelo hospital. Neste julgado, ampliou-se o alcance da relação de preposição, tratada no art. 932, III, do Código Civil, para abranger relações que não sejam de emprego, diante da utilização das instalações do hospital, presumindo-se a culpa do preponente e possibilitando a responsabilidade solidária.

Por fim, no que tange à especialidade em tela, interessante a conclusão que se pode extrair do raciocínio desenvolvido pelo Ministro João Otávio Noronha, do STJ, no acórdão do REsp 908.359/SC[243]. Não entende o Ministro ser possível atribuir responsabilidade objetiva ao hospital por erro do médico, "independentemente do vínculo de subordinação destes, pois estar-se-ia abraçando a tese de que o contrato estabelecido entre o médico e o paciente é de resultado" e, assim, o estabelecimento estaria garantindo o resultado que o médico não poderia assegurar. No ajuste contratual dos serviços médicos, apenas se garante o emprego da melhor técnica e diligência, e não cura, em razão de sua imprevisibilidade, motivo pelo qual, com exceção das cirurgias estéticas, o profissional não poderia assumir o compromisso de atingir determinado resultado. Assim, conclui o Ministro que, na ocorrência do dano, impor ao hospital que responda objetivamente seria aceitar que a obrigação assumida é de resultado, de modo que, se o médico não garante o resultado, o hospital o faria. Ou seja, "ou o paciente sai curado ou será indenizado- daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação", o que seria um absurdo.

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=376976&sReg=200200271013&sData=20050221&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[241] Vide julgados: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apel. Cível 2002.003556-4, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, de 09.05.2003, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Segunda Câmara Cível, Apel. Cível 0355594-8, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, de 30.04.2002, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Décima Segunda Câmara Civel, Apel. Cível 13500/2001, Rel. Des. Alexandre H. Varella, de 16.10. 2001; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Quarta Turma Cível, AI 20000020035717, Ac. 1376648, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, de 02.04.2001;

[242] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº. 52.276/99. Relator: Des. Mario Machado. Quarta Turma Cível. Brasília, DF, 18 dez. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1. mar. 2001. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/134135/134358.doc>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[243] Id. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 908.359/SC. Relator para acórdão: Min. João Otávio Noronha. Terceira Turma. Brasília, DF, 27 ago. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=766053&sReg=200602569898&sData=20081217&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Como será demonstrado no próximo capítulo, diante de qualquer circunstância em que o cirurgião plástico admita ao paciente, de forma categórica, que lhe proporcionará o perfil estético desejado, entre eles será firmada uma obrigação de resultado. Na lógica do raciocínio efetuado pelo Ministro Noronha, seria possível, então, admitir que o hospital responde objetivamente pelo erro médico do profissional que em suas instalações realizou a dita cirurgia estética, assegurado o direito de regresso.

3.2.7 A Responsabilidade Civil do Anestesista

A anestesia é elemento essencial no procedimento cirúrgico e quanto aos danos dela decorrentes não se poderá imputar culpa ao cirurgião. "O anestesista é autônomo e seu campo de atuação é distinto", afirma Kfouri Neto.[244] Na prática, porém, a análise se torna difícil, haja vista que as competências de ambos se superpõem. Nos períodos pré e pós-operatórios, a responsabilidade do anestesista será individual. Todavia, no momento do ato cirúrgico, há que se examinar a possibilidade de culpa concorrente.[245]

A anestesia implica em obrigação de resultado, bem como a cirurgia plástica estética e, por isso, necessariamente deverá o profissional atingir o resultado pretendido. Não sendo atingida a finalidade perseguida (que é suprimir a sensibilidade à dor, calor, frio, tato e mesmo atingir a inconsciência do paciente), ou decorrendo erro de sua atuação, o médico poderá ser responsabilizado, a não ser que ele prove que seu objetivo chocou-se com áleas que não podia ele prever ou combater.[246] A responsabilidade na atividade do anestesista também se encontra sujeita à aferição da culpa médica, envolvendo a análise de ação ou omissão culposa, relação de causalidade e dano[247] e somente por meio da demonstração de causas excludentes de responsabilidade é que poderá afastá-la.

Diversos são os exemplos de erros cometidos pelos anestesistas. Dentre eles, estão erros de diagnóstico, como na avaliação do risco anestésico e na análise dos dados indispensáveis à aplicação da anestesia; erros de terapêutica ou de conduta, como aplicação errada de anestésico quanto ao tipo ou dosagem, deixar de manter vigilância permanente e de combater o estresse cirúrgico; e erros de técnica, como o uso de anestésico local em paciente

---

[244] KFOURI NETO, 2003, p. 148.
[245] Ibid., loc. cit.
[246] MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Astrea, 1979, p, 134-136.
[247] KFOURI NETO, op. cit., p. 147.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

hipersensível, oxigenação insuficiente e utilização de gás explosivo em operações efetuadas com bisturi elétrico.[248]

Em razão da utilização de produtos anestésicos, podem ocorrer também reações anafiláticas, quadro alérgico que surge como efeito colateral do sistema imunológico do paciente. O estímulo prolongado poderá acarretar "danos a tecidos, alterações cutâneas, hipotensão arterial, broncoespasmo grave, colapso circulatório, e até a morte."[249] Outras complicações pós-anestésicas podem ocorrer, a exemplo do edema agudo de pulmão, embolia, laringoespasmo, hipoxemia e aspiração pulmonar. Para evitar essas repercussões, adotar determinadas precauções torna-se imprescindível.

Assim como as demais especialidades, em Anestesiologia, o médico tem o dever de cuidado objetivo, segundo os moldes da *lex artis* da Medicina, ou seja, do conjunto de regras ou procedimentos que orientam o exercício da profissão.[250] Se ocorrer algum erro e era possível prever o prejuízo causado ao paciente, conclui-se que o anestesista teria infringido o dever de cuidado.

Dentre suas obrigações, incumbe-lhe obter o consentimento do paciente e realizar exames prévios das suas condições psicofísicas, incluindo exames laboratoriais e de peças dentárias.[251] O anestesista deve, ainda, preparar o organismo do paciente para o ato cirúrgico, escolher o anestésico mais conveniente às circunstâncias, vigiar o estado do paciente durante toda a intervenção, para verificar as reações à anestesia, evitar as complicações possíveis e, após a cirurgia, auxiliá-lo a retomar a sensibilidade ou a voltar à consciência, bem ainda evitar acidentes com obstrução de vias respiratórias e manifestações de choque.[252] Durante a intervenção cirúrgica, "a monitorização deve ser completa", somente lhe sendo lícito se afastar do paciente após a sua total recuperação quanto aos efeitos da anestesia.[253]

O descumprimento dessas regras pressupõe atos de negligência, imprudência ou imperícia do profissional. Haverá situações, contudo, em que a urgência da intervenção

---

[248] COSTA JUNIOR, João Batista de Oliveira e. **Aspectos médico-legais da anestesia**. São Paulo: São Camilo, 1962, p. 402.
[249] KFOURI NETO, 2003, p. 147-148.
[250] ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El médico ante el derecho**. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985, p. 69-70.
[251] COSTA JUNIOR, op. cit., p. 384.
[252] SANT'ANNA, Guilherme Chaves. **Responsabilidade civil dos médicos anestesistas**. in: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 133-153.
[253] KFOURI NETO, op. cit., p. 147-148.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

impedirá a adoção rigorosa de tais princípios.[254] Não sendo hipótese excepcional, responderá o anestesista pelos danos causados por sua desídia. O cirurgião e demais integrantes da equipe também poderão ser responsabilizados se houverem concorrido com culpa para o evento lesivo, havendo repartição da responsabilidade proporcionalmente à sua contribuição. Entretanto, responderão de forma individual e no âmbito de suas atribuições caso o dano seja ocasionado por qualquer deles isoladamente.[255]

No julgamento do Recurso Especial 605.435/RJ[256], a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 22.09.2009, levantou a hipótese de ser solidária e objetiva a responsabilidade do cirurgião-chefe em face do erro na atuação de anestesista por ele escolhido e a ele subordinado.

Mais recentemente, em 14.09.2011, a Segunda Seção do STJ julgou os embargos de divergência do REsp 605.435/RJ[257], alterando a decisão anterior, com base no voto do Ministro Raul Araújo. Aduziu o Ministro, essencialmente, que, tendo em vista interferirem diversas especialidades médicas numa operação cirúrgica, normalmente "só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião- chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele". Todavia, no caso de médico anestesista, em face de sua especializada capacitação e de possuir funções específicas durante a cirurgia, "age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica". Se o dano causado ao paciente advém exclusivamente de ato praticado pelo anestesista, no exercício de suas atividades, este responde individualmente pelo evento. Afinal, o ordenamento jurídico pátrio, na esfera civil, "adotou como regra a teoria da causalidade adequada (CC/2002, art. 403), de maneira que, salvo exceção prevista em lei, somente responde pelo dano aquele que lhe der causa, direta e imediatamente". Ademais, não haveria solidariedade por responsabilidade objetiva entre cirurgião e anestesista em face do art. 14, § 4º, que prevê a responsabilidade

---

[254] COSTA JUNIOR, 1962, p. 384.
[255] Ibid., p. 393.
[256] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 605.435/RJ. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, DF, 22 set. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 nov. 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=752264&sReg=200301675641&sData=20091116&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.
[257] Id. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 605.435/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, DF, 14 set. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 nov. 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1088609&sReg=201100414220&sData=20121128&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

subjetiva dos profissionais liberais. Trata-se do mais atual entendimento da Corte Superior acerca do afastamento de eventual responsabilidade solidária entre o cirurgião- chefe e o anestesista por ato exclusivo deste.

Embora seja mais benéfico ao paciente o reconhecimento da responsabilidade solidária entres eles, para fins ressarcitórios, nesse caso em particular, partilha-se do posicionamento colacionado pelo STJ, no sentido de que o anestesista responde individualmente pelos prejuízos decorrentes de culpa exclusiva. "Embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. Será preciso apurar que tipo de relação jurídica há entre eles", assevera Cavalieri Filho.[258] Desde que tenham agido como profissionais autônomos, cada membro da equipe de cirurgia deverá responder pelos seus próprios atos, respeitando- se a lógica do nexo causal. Se o procedimento cirúrgico ocorreu sem qualquer problema, não se poderia imputar responsabilidade ao cirurgião em razão de erro provocado pelo anestesista- e o inverso é verdadeiro. Hipótese diversa ocorre se a equipe trabalhar para o cirurgião- em que se configurará a responsabilidade pelo ato do preposto-, se todos integrarem uma sociedade, ou mesmo se forem funcionários do estabelecimento hospitalar- ocasião em que este responde objetiva e solidariamente.[259]

[258] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 389-390.
[259] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

4 O ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS E A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA

A falha no exercício profissional da medicina pode acarretar prejuízos ao paciente, em razão de conduta eivada de negligência, imprudência ou imperícia. Desde que comprovada a culpa, o médico estará, pois, sujeito à responsabilização no âmbito civil. Todavia, em se tratando de cirurgias plásticas estéticas, a atividade realizada pelo médico tem natureza de obrigação de resultado, motivo pelo qual se inverte o ônus da prova. Assim, nessa especialidade, há a presunção de culpa do profissional, cabendo-lhe demonstrar que a ocorrência do dano deveu-se a fatores adversos, inexistindo nexo causal entre a sua conduta e o dano. Entretanto, o tema é passível de controvérsia, havendo doutrina minoritária que considera ser de meio a obrigação assumida pelo cirurgião nessa especialidade. Trata-se, porém, de entendimento divergente da posição atualmente sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça, que ainda proporciona uma maior proteção ao paciente, garantindo-lhe o benefício da inversão do ônus da prova.

4.1 A CULPA E O ERRO MÉDICO

Culpa e erro médico possuem conceitos diversos, mas estão intimamente ligados. Enquanto a culpa se refere ao elemento subjetivo de uma conduta e se relaciona à inobservância de um dever de cuidado, o erro médico se afigura como um deslize do médico no exercício de suas atividades, que pode acarretar um mau resultado ou resultado adverso do pretendido, decorrente de ação ou omissão do profissional, que deixou de agir diligentemente e segundo a técnica adequada.

A noção de erro médico é distinta do “acidente imprevisível”, do “resultado incontrolável” e de iatrogenia. No primeiro, o resultado lesivo causado ao paciente decorre de caso fortuito ou força maior, portanto imprevisível e inevitável. O “resultado incontrolável” consiste no dano proveniente da evolução do próprio quadro do paciente, para a qual a ciência médica não apresenta solução.[260] Por fim, a iatrogenia, conforme será analisado adiante, é a “lesão causada ao paciente em decorrência de um atuar correto, isto é, dentro dos padrões da

[260] VELOSO, Genival. **Direito médico**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 253.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Medicina", afastando-se, pois, do conceito de erro médico.[261]

O erro médico consiste na "falha profissional imputada ao exercente da medicina."[262] Supõe uma inobservância técnica que é capaz de provocar lesões à vida ou à saúde de um indivíduo, em razão da negligência, imprudência ou imperícia, que são as diversas manifestações do elemento anímico culpa em seu sentido estrito, essencial para a caracterização do erro médico.[263] Não se exige, pois, a ação direcionada à obtenção de um resultado lesivo, mas tão somente a atuação desidiosa do profissional.

A culpabilidade, no âmbito civil, engloba o dolo e a culpa. Em sentido amplo, a culpa decorre da inobservância de um dever de conduta imposto previamente pela ordem jurídica. Se essa violação ao dever for proposital, tem-se uma atuação com dolo, enquanto que na atuação culposa (culpa *stricto sensu*), a violação terá decorrido de negligência, imprudência ou imperícia.[264]

A culpa *lato sensu* apresenta como elementos a voluntariedade da conduta, a previsibilidade do prejuízo causado e a violação de um dever de cuidado. A voluntariedade do comportamento do agente terá maior gravidade se a sua vontade for direcionada à obtenção de um determinado resultado.[265] No que tange à previsibilidade, Jaime Santos Briz considera ser este o elemento central da culpa em seu sentido clássico, sendo "antecedente lógico e psicológico da evitabilidade de um resultado contrário ao direito e não desejado". Segundo o autor, "a diligência exigível há de determinar- se, em princípio, segundo a classe de atividade considerada e da cautela que se pode e deve esperar de pessoa normal, razoavelmente sensata, pertencente à esfera técnica do caso."[266]

Ao erro médico, como visto, é intrínseca a noção de culpa em sentido estrito, que pode se manifestar sob a forma de negligência, imprudência ou imperícia. A negligência é a conduta omissiva através da qual viola- se um dever de cuidado, não agindo conforme o esperado e recomendado. Avecone apresenta o conceito jurídico de negligência com base em sua etimologia, afirmando que "a negligência é o oposto da diligência, vocábulo que remete à sua origem latina, diligere, agir com amor, com cuidado e atenção, evitando quaisquer

---

[261] COLTRI, Marcos. Responsabilidade médica: o "erro médico" e suas consequências. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 390, p. 30-32, abr. 2013, p. 31.
[262] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 274.
[263] GOMES, Julio Cezar Meireles; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. Montes Claros: Unimontes, 1999, p. 25.
[264] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 173.
[265] Ibid., p. 176.
[266] SANTOS BRIZ, Jaime. **La responsabilidad civil**: derecho sustantivo y derecho procesal. 3. ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 40.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

distrações e falhas."[267] Ou seja, há sempre uma omissão dos comportamentos recomendáveis na base da negligência, comportamentos estes "derivados da comum experiência ou das exigências particulares da prática médica."[268] A negligência é, portanto, ato omissivo capaz de gerar danos em razão de inação, indolência, inércia, descuido ou passividade.

O abandono do doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e o doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos) são exemplos apresentados por Veloso de França dessa omissão no dever de cuidado, no âmbito da Medicina.[269] Outras hipóteses de negligência médica seriam a falta de higiene no trato dos instrumentos cirúrgicos, a curetagem mal feita, o esquecimento de utensílios no interior do corpo do paciente, demora em intervenção cirúrgica urgente, não comparecimento do médico plantonista do hospital no quarto do paciente, para receitar e acompanhar sua recuperação, o não acompanhamento do paciente internado, dentre outros.[270] Quando o médico não observar os cuidados necessários e esperados será configurada a negligência, podendo acarretar responsabilização caso haja ocorrido danos ao paciente.

Haverá imprudência se, de modo comissivo, atua-se contra as regras básicas de cautela, enfrentando desnecessariamente o perigo.[271] Assim, a imprudência se consubstancia numa ação que se caracteriza pela ausência dos cuidados indispensáveis.[272] O profissional que age de modo imprudente será aquele que, sem lançar mão das precauções necessárias, adota medidas injustificadas ou precipitadas.[273]

A imprudência é o contrário da prudência, da previdência. Age de forma prudente o médico que antevê os resultados que podem advir de sua conduta e adota as cautelas necessárias para evitar o insucesso, consoante a experiência e as regras profissionais lhe exigem. Por conseguinte, atua imprudentemente o médico que não tomar o cuidado de refletir acerca dos prejuízos que sua ação poderá causar e, portanto, age de modo precipitado, sem se precaver. Pode ocorrer, por exemplo, quando o médico não aplica corretamente determinada

---

[267] AVECONE, Pio. **La responsabilitá penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981.
[268] Ibid.
[269] FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de processo ético-profissional dos conselhos de medicina do Brasil. São Paulo: Lumen Juris, 1997, p. 283.
[270] OLIVEIRA, 2011.
[271] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 178.
[272] Vide seguintes julgados: Nona Câmara Cível, Ap. Cível nº 233.608-2/7-Campinas-SP, Rel. Des. Accioli Freire, de 09.06.1994; Tribunal de Justiça de São Paulo, Segunda Câmara de Direito Privado, Ap. Cível nº 262.383-1-SP, Rel. Des. Lino Machado, de 19.11.1996.
[273] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Youssef Said (Coord.). **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

técnica cirúrgica ou prescreve tratamento em face de uma doença, quando, na verdade, os sintomas indicam outra.

Nesse sentido, Antonio Chaves expõe que se trata a imprudência de uma "descautela, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor." [274] A previsibilidade do resultado da ação é necessária à configuração da imprudência, na medida em que, nesta, o profissional age irrefletidamente, embora sejam previsíveis as consequências de sua conduta. "Agir com imprudência comporta uma boa dose de previsibilidade e de antevisão do evento – não obstante o que se acaba agindo assim mesmo", afirma Introna.[275] Na prática, trata-se da conduta movida por irreflexão, isto é, "de uma conduta que supera os limites da prudência" e nenhuma diferença existiria, conforme o autor, entre a imprudência comum e a imprudência profissional, de conteúdo idêntico.[276]

A culpa *stricto sensu* pode se manifestar, por fim, sob a forma de imperícia, que decorre da falta de aptidão ou habilidade para a execução de uma atividade técnica ou científica.[277] Trata-se do despreparo profissional ou falta de observação das normas que devem orientar o procedimento.

A imperícia é denominada, por Antonio Chaves, como ignorância, desconhecimento, incompetência e acrescenta que, em sentido jurídico, "revela-se na condução de encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço." [278] Exige-se diante do Código de Ética Médica, o contínuo aprimoramento dos conhecimentos médicos. O profissional que utilizar procedimentos obsoletos, não mais recomendáveis, poderá ser considerado imperito e, portanto, ser responsabilizado por eventuais danos causados ao paciente em razão da técnica aplicada.

Quanto ao conteúdo da culpa, esta pode ser *in eligendo*, quando decorrente de má escolha do representante ou preposto; *in vigilando*, quando oriunda de ausência de fiscalização; *in comittendo*, se decorrer de um ato positivo; *in omittendi*, se houver o dever de não se abster e ainda assim se omite; e *in custodiendo*, quando decorrer da falta de diligência

[274] CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995. v. 3, p. 19.
[275] INTRONA, F. La responsabilità professionale nell'esercizio dele arti sanitarie. Padova: Cerdam, 1995, p.59.
[276] Ibid., loc. cit.
[277] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 179.
[278] CHAVES, op. cit., p.19.

na guarda de animal ou objeto.[279]

Outrossim, para que haja a reprovabilidade da conduta do agente causador do dano, é imprescindível que o seu comportamento seja examinado em comparação com o que se consideraria normal e correto de um homem médio, criado em abstrato pelo juiz. Se da análise se concluir que o dano resultou de negligência, imprudência ou imperícia, caracteriza-se a culpa, razão pela qual deve ser a vítima indenizada, diante da máxima que sustenta que "a ninguém é dado prejudicar injustamente ao seu próximo."[280]

Em relação à gravidade da culpa, classifica-se em grave, leve e levíssima. É grave a culpa grosseira, que se aproxima do dolo, englobando também a culpa consciente, configurada quando o agente assume o risco da ocorrência ou não do evento danoso e previsível. Já a culpa leve seria o elemento anímico que orienta a ação violadora de um dever de conduta, tomando por parâmetro o homem médio, que, em tese, não agiria da mesma forma. Por fim, a culpa levíssima seria "constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta e muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter."[281]

A responsabilidade do médico, conforme já demonstrado, é constatada através da verificação de culpa, não sendo necessário que seja grave, bastando que seja certa.[282] A gravidade da culpa apenas poderá interferir na quantificação da indenização[283], nos moldes do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002[284], embora haja autores[285] que, em consonância com o diploma anterior, não admitam a análise da intensidade da culpa para fins de fixação do valor da indenização, por considerarem irrelevante essa classificação, na medida em que o elemento predominante seria o alcance do prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, a extensão do dano.

Na apuração da culpa do médico, o magistrado observará os mesmos parâmetros adotados para a definição da culpa comum, estabelecendo os cuidados que ao profissional

---

[279] GONÇALVES, 2007, p. 34.
[280] MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do dano**: como fundamento da responsabilidade civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 7-8.
[281] VENOSA, 2003, p. 25.
[282] KFOURI NETO, 2003, p. 84.
[283] CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 124.
[284] "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."
[285] Nesse sentido, cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4, p. 30; CAVALIERI FILHO, 2000, p. 42; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 306; CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

cabia dispensar ao paciente, de acordo com os padrões determinados pela ciência, e confrontar a norma fixada para o caso com o comportamento adotado pelo médico. Se o juiz entender que nas mesmas circunstâncias um médico prudente teria agido de modo diverso, poderá ser imposto ao profissional o dever de indenizar a vítima.[286]

No entanto, algumas considerações a respeito da especialidade deverão ser observadas. Assim, por exemplo, no caso do anestesista, se espera que cumpra o dever de vigilância absoluta durante o curso da cirurgia, até a retomada da consciência do paciente; do especialista, mais deste se exige que do médico generalista; e quanto ao cirurgião estético, espera-se o rigoroso cumprimento do dever de informação e de cuidado na realização do trabalho, cuja natureza é de obrigação de resultado. Em se tratando de cirurgia plástica estética, maior será, pois, o rigor da avaliação de culpa.[287]

Em se tratando de cirurgia plástica estética, o médico deve, assim como nas demais especialidades, conduzir a sua atividade de modo diligente, utilizando-se conscientemente das melhores técnicas em favor do paciente, bem ainda cumprir as normas regentes de sua profissão. Contudo, a responsabilização civil a que está sujeito não se resume no erro do médico decorrente de sua desídia. O dever de indenizar poderá lhe ser imposto também com fundamento na violação do dever de informar e do inadimplemento do contrato firmado com o paciente, haja vista ser de resultado a obrigação assumida pelo cirurgião, conforme será demonstrado adiante.

Comprovada a existência do elemento subjetivo, o médico será responsabilizado civilmente pelos prejuízos causados ao paciente e, além da responsabilização no âmbito jurídico, o profissional poderá também ser submetido a sanções administrativas da entidade fiscalizadora respectiva, havendo mesmo a possibilidade de ser impedido de exercer a Medicina.[288]

4.2 ERRO PROFISSIONAL

O erro profissional é caracterizado como uma falha normal na conduta do ser humano ao exercer as suas atividades profissionais. Em Medicina, o erro profissional ocorre quando a

[286] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 37.
[287] Ibid., loc. cit.
[288] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 274.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

conduta do médico é correta, mas a técnica utilizada é incorreta. Assim, diferencia-se da culpa, pois, como visto, esta supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que se esperava da conduta de um profissional padrão, embora tenha utilizado a técnica correta.[289]

O erro profissional decorre da incerteza da arte médica, ainda objeto de controvérsias científicas. A própria ciência é imperfeita e, portanto, o erro pode ser "consequência inelutável da falibilidade humana", leciona Cavalieri Filho, motivo pelo qual o erro profissional é também conhecido como "erro escusável."[290] Malgrado não se possa admitir um direito ao erro, expõe o autor que será este escusável quando invencível em face da mediana ciência médica, tendo em vista as circunstâncias do caso.[291]

Carvalho dos Santos não o considera resultante de imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte e adverte, ainda, que os tribunais não têm o direito de analisar questões de ordem científica e de prática médica, não lhe cabendo examinar se o médico desrespeitou as regras de sua profissão, "tampouco, decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar, ou sobre o melhor tratamento a seguir."[292] As questões puramente técnicas, nesse entendimento, escapariam à competência do magistrado, que deveria se limitar a questionar se houve, da parte do médico, "imprudência, negligência e imperícia, notória e manifesta, consistente em erro grosseiro capaz de comprometer a reputação de qualquer profissão."[293]

Na mesma linha, Aguiar Dias afirma que o "erro de técnica", como o denomina, deve ser apreciado com prudência e reserva pelos Tribunais, pois "o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões."[294]

Divergindo dos referidos autores, Kfouri Neto considera que ao julgador é possível, sim, analisar erros de conduta técnica, com base nos laudos periciais e em obras médicas de referência, sem se limitar, desse modo, à manifesta imperícia, imprudência ou negligência, configuradora de erro grosseiro capaz de prejudicar a reputação de qualquer profissão, como propôs Carvalho Santos.[295]

---

[289] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 387.
[290] Ibid., loc. cit.
[291] Ibid., loc. cit.
[292] SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista pratico. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos., 1981. v. 21, p. 260-261.
[293] Ibid., loc. cit.
[294] GONÇALVES, 2007, p. 405.
[295] KFOURI NETO, 2003, p. 85.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Segundo ensinamento de Nelson Hungria, penas severas eram aplicadas aos médicos na Idade Média, imputando-lhe como culpa o que era resultado da precariedade da chamada arte da cura. Expõe o autor que foi Montesquieu "quem iniciou uma nova corrente de ideias no sentido de afastar de sobre a cabeça dos médicos a espada de Dâmucles da sanção penal."[296] A partir de então, a atividade médica ganhou certa liberdade, a ponto de serem tolerados determinados erros decorrentes da imperfeição da própria ciência médica.

O médico não tem carta branca para atuar, entretanto, não pode estar atado a "dogmas intratáveis". O profissional da Medicina não é infalível e, segundo Hungria, desde que tenha agido racionalmente, "obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando- se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto."[297]

Assim, a conduta do profissional deve ser estudada não só do ponto de vista anímico, mas também com base nos parâmetros atuais da ciência médica. Entretanto, salienta-se que a postura do médico nunca pode deixar de ser pautada pelo respeito e lisura. O erro profissional, decorrente da imperfeição da Medicina, é compreensível em se tratando de recuperação de enfermos. Entretanto, no caso da cirurgia plástica, maior rigor deve ser empregado a essa análise. Conhecendo as técnicas disponíveis e as possibilidades que se vislumbram em face do quadro de seu paciente, ao profissional cabe examinar se a arte médica é capaz de atender o que aquele almeja, cabendo-lhe recusar o serviço se o resultado pretendido não puder se alcançado ou se o caso envolver maiores riscos. Do contrário, danos que porventura venham a ocorrer poderão, sim, levar à responsabilização do médico.

4.3 ERROS DE DIAGNÓSTICO E DE TRATAMENTO

O termo diagnóstico é utilizado para designar "o enquadramento clínico baseado na capacidade subjetiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, as condições de saúde do paciente"[298]. Por seu turno, o erro de diagnóstico vem a ser muitas vezes resultante de uma investigação mal realizada, "marcada pela

[296] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 5, p. 186.
[297] Ibid., loc. cit.
[298] CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador"[299].

No que se refere à análise diagnóstica, seu primeiro ato, consistente na arguição do paciente, se trata de um dos mais importantes momentos da atuação do médico, pois irá investigar a natureza e gravidade da enfermidade, possibilitando estabelecer o tratamento adequado. Kfouri Neto estabelece as seguintes providências que devem ser realizadas pelo profissional com o intuito de obter "uma certeza diagnóstica": a coleta de dados, com a "averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença- e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários"; a interpretação de dados previamente obtidos, "coordenando- os e relacionando- os entre si, como também comparando- os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica."[300] O diagnóstico consiste, pois, na "emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente", após efetuadas todas as avaliações.[301]

A identificação da moléstia que acomete o paciente, porém, não é uma operação matemática, pois, como afirma o renomado autor, nem todo médico é dotado da agudeza de observação que se faz necessária. Assim, tratando-se de questão estritamente técnica, por vezes, torna- se difícil a apreciação judicial da responsabilidade civil do médico. Isto, por óbvio, se deve ao fato de que não há como admitir uma infalibilidade absoluta do profissional e da ciência médica, bem ainda há de se considerar que a própria condição do paciente possa interferir nos resultados da intervenção.[302]

Considerando que a ciência médica é incerta e conjectural, o erro de diagnóstico seria escusável, excetuando-se os casos em que se apresente completamente grosseiro. Desse modo, "qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado", aduz Kfouri Neto.[303] Por sua vez, Aguiar Dias[304] e Ruy Rosado de Aguiar Júnior[305], apesar de reconhecerem que, em regra, o erro de diagnostico é escusável, o erro grosseiro ou manifesto, ocorrido pela falta de atenção e precaução necessárias, em face do atual estágio da Medicina, não isentará o profissional de responsabilidade.

---

[299] CARVALHO, 2002.
[300] KFOURI NETO, 2003, p. 89-91.
[301] Ibid., loc. cit.
[302] Ibid., loc. cit.
[303] Ibid., loc. cit.
[304] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
[305] AGUIAR JUNIOR, 1995.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Por outro lado, Gustavo Tepedino entende que não pode levar em consideração apenas a culpa grave e o erro grosseiro, como caracterizadores da responsabilidade por erro de diagnóstico. Para o autor, a "consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao efetuá-lo" seria a solução adequada.[306] O médico será responsável se o diagnostico é feito às pressas, conduzindo o paciente a alguma complicação. "A boa-fé não poderá ser usada pelo médico como desculpa, com relação a erros manifestos e grosseiros, sobre assuntos e técnicas ensinados e admitidos pela sociedade médica", afirma Romanello Neto.[307] Em geral, "o médico compromete sua responsabilidade se proceder a um exame superficial e ligeiro ou se descuidar dos procedimentos habituais de investigação ou controle."[308]

O especialista em responsabilidade médica Dr. Gustavo López- Moñoz y Larraz, assevera que "el error de diagnóstico, a no ser que sea enormemente grosero, no deviene generalmente em responsabilidad médica, según constante doctrina Del Tribunal Supremo."[309] A responsabilização penal do médico pelo diagnóstico não estará baseada no erro, mas "em la manifiesta falta de diligencia o ligereza que mostrase al examinar al paciente y em ordenar lãs comprobaciones clínicas que la Lex Artis exigían."[310]

Apesar de o erro de diagnóstico ser escusável se não causar danos, o avanço tecnológico nesta área permite ao médico apoiar- se em diversos exames e, por isso, deve haver maior rigor na análise da responsabilidade desses profissionais em face de um diagnóstico equivocado, por meio do qual se submete o paciente a tratamentos inócuos ou agravando-lhe o estado clínico, principalmente "se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso", ressalta Carlos Roberto Gonçalves.[311]

No que tange à análise judicial, o juiz deverá analisar o que foi alegado e provado, sobretudo com base em perícia e depoimentos, sem adentrar em questões técnicas, relacionadas aos métodos clínicos, cirúrgicos e terapêuticos. Isto porque, ao magistrado não caberá examinar propriamente o erro de diagnóstico, mas se o profissional agiu com culpa "no

---

[306] TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 311, p. 18-43, set. 2003, p. 19.
[307] ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 37.
[308] Ibid., loc. cit.
[309] LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo. **Defensas en las negligencias médicas**. Madrid: Dykinson, 1991, p. 45.
[310] Ibid., loc. cit.
[311] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 437.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais", bem ainda "se à doença diagnosticada foram aplicados os remédicos e tratamentos indicados pela ciência e pela prática."[312]

Incorrerá em responsabilidade civil, indubitavelmente, o médico que proceder sem a cautela exigível na conduta diagnóstica.[313] A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da apelação cível nº 2004.029402-5, de relatoria de Sérgio Izidoro Heil, reconheceu a responsabilidade civil do profissional e do estabelecimento em razão dos prejuízos causados ao paciente pelo erro de diagnóstico decorrente de imperícia e negligência do médico.[314]

O tratamento tem início após o procedimento diagnóstico e se trata do momento em que o paciente se submete a métodos que visem à conservação da sua vida, ao alívio da dor ou melhora de sua saúde. É a execução do diagnóstico e, por isso, torna-se mais intenso o dever de prudência do profissional.

O erro de tratamento pode consistir em falha na execução de uma cirurgia, ou na prescrição de medicamento inadequado ao quadro clínico do paciente, ou mesmo quando prescrito em dosagem errônea, ou ainda o descuido com a higiene de instrumentos, causando infecção hospitalar, entre outras formas de manifestação. O fato é que a sua configuração ensejará a responsabilização do médico se decorrer de negligência, imprudência ou imperícia e resultar em danos ao paciente, podendo também ser classificado como ilícito penal.

4.4 IATROGENIA

A palavra "iatrogenia" é utilizada em Medicina com um sentido amplo, para designar qualquer doença, dano ou repercussões benéficas, inócuas ou prejudiciais causados em razão

---

[312] KFOURI NETO, 2003, p. 89-91.

[313] Vide seguintes julgados: STJ, Terceira Turma, AgRg no AI 744.181/ RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, de 11.11.2008; STJ, Terceira Turma, REsp 696.284 / RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, de 03.12.2009; STJ, Terceira Turma, REsp 1.184.128/ MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, de 08.06.2010; STJ, TerceiraTurma, REsp 228.199/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, de 28.02.2000.

[314] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 2004.029402-5. Relator: Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil. Terceira Câmara de Direito Civil. Florianópolis, 4 mar. 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, Florianópolis, 11 abr. 2005. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/integra.do?rowid=AAAbmQAAAAAOMpBAAA&tipo=acórdão>. Acesso em: 15 jul. 2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

de um ato médico, seja terapêutico ou cirúrgico, proveniente de uma falha ou decorrente de ato realizado dentro dos parâmetros recomendáveis. Entretanto, no âmbito jurídico, o termo é definido de forma mais restrita, de modo a diferenciá-lo do simples erro médico. De acordo com Cerecedo, trata-se do "evento possível e indesejável, embora conhecido de antemão pelo médico cônscio de que a terapia e/ou sua intervenção causam efeitos nocivos que podem apresentar-se em algum momento."[315]

Diante de determinado quadro clínico, o médico analisa as possibilidades de uso dos recursos disponíveis, avaliando antecipadamente a conveniência de utilizá-los, balanceando os aspectos benéficos e os prejudiciais. A iatrogenia decorrerá do emprego de drogas ou procedimentos que, apesar de adequados e indicados pelos profissionais, causam manifestações indesejáveis, ausentes qualquer descuido, equívoco ou ignorância.

A iatrogenia, conforme ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, não acarreta responsabilidade médica, porque os transtornos causados são imprevisíveis e inesperados.[316] A expressão é usada para indicar o dano que é provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos sejam imprevisíveis e inesperados. Aproxima-se da imperfeição de conhecimentos científicos, sendo por isso escusável. Em contrapartida, será diferente a situação "quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional", caso em que "exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado."[317]

O entendimento coadunado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 2004.001.11913, de relatoria do Desembargador Maldonado de Carvalho, revela sentido diverso, embora também diferencie a iatrogenia do erro médico, negligência, imprudência e imperícia. No referido acórdão, o dano iatrogênico é definido como "lesão previsível ou sequela do tratamento decorrente da invasão do corpo", também identificado como "dano necessário e esperado do atuar médico."[318] Ou seja, seria o dano

---

[315] CERECEDO CORTINA, Vicente B. Iatrogenia y erro médico. **Revista Médica del Hospital General de México**, Cidade do México, v. 60, n. 2, abr./jun. 1997, p. 76.
[316] GONÇALVES, 2007, p. 405.
[317] Ibid., loc. cit.
[318] RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2004.001.11913. Relator: Des. Jose Carlos Maldonado de Carvalho. Nona Câmara Cível. Rio de Janeiro, 26 abr. 2005. **Diário da Justiça**, Rio de Janeiro, 4 ago. 2005. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031EC7FF76A57D642BA2516D13E8A0970F1446C31D5025>. Acesso em: 15 jul. 2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

previsível e necessário em determinado tratamento, não se confundindo com o dano oriundo do erro médico e, por isso, isento de responsabilidade civil.[319]

Diante de situações que nem mesmo a ciência consegue apresentar explicações, não poderá o profissional ser responsabilizado. Do contrário, tornar-se-ia inviável a prática da Medicina, pois significaria objetivar a responsabilidade do médico pela ocorrência de algo desconhecido pela própria comunidade científica. Todavia, cumpre ressaltar que, em face do seu dever de informar, como já explicitado, o médico tem a obrigação de prestar esclarecimentos ao paciente acerca dos riscos e das chances de sucesso da intervenção, inclusive sobre as técnicas possíveis de serem realizadas, de modo a obter o consentimento esclarecido do paciente, sob pena de responsabilização por violação do seu dever de informar.

Ademais, o raciocínio desenvolvido pelos tribunais somente é aplicável às atividades médicas que encerram obrigação de meios, quando se exige apenas o cumprimento de suas funções com perícia e zelo. Nos casos em que o paciente se submete à cirurgia plástica estética, seria inconcebível afastar a responsabilidade do médico que atuou sem expor ao seu cliente a probabilidade, ou mesmo inevitabilidade, da ocorrência de danos, ainda que tenha agido diligentemente. Sabendo que o prejuízo é inevitável, recomenda-se que o médico se recuse a realizar o procedimento e, sendo apenas possível, deve alertar o paciente sobre os riscos, para que este possa decidir de forma consciente se valerá a pena enfrentá-los com vistas a atingir o resultado desejado.

4.5 NATUREZA DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA

É possível que ocorra algo inesperado pelas partes, provocando uma diminuição em alguma característica do consumidor submetido à cirurgia estética, causando complicações físicas e emocionais, com implicações para a vida e saúde do paciente. Diante do insucesso, o consumidor lesado buscará ser indenizado, pautando-se no fato de haver requisitado o médico cirurgião plástico, confiante no seu conhecimento técnico, para obter melhorar-se esteticamente. Em contrapartida, o profissional sustenta o argumento de que o exercício da

[319] Vide também os seguintes julgados: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Primeira Câmara, Apel. Cível 2006.001.10227, Rel. Desembargador Maldonado de Carvalho, de 29.03.2006; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Quinta Câmara Cível, Apel. Cível 2005.001.29690, Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro, de 08.11.2005; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Terceira Câmara Cível, Apel. Cível. 2004.001.12086, Rel. Des. Murilo Andrade de Carvalho, de 18.11.2004.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Medicina não promete a cura, mas tão somente o tratamento adequado, ao agir com prudência, perícia e diligência, a fim de executar sua função em favor de uma melhora na qualidade de vida do paciente, não se responsabilizando, desse modo, pela sua insatisfação.

Como visto no capítulo anterior, para configuração da responsabilidade do médico por erro em cirurgia plástica estética é necessária a identificação de quatro elementos, quais sejam o ato ilícito, o dano causado ao paciente, o nexo de causalidade entre o ato antijurídico e o dano, e a culpa. Segundo Gilselda Hironaka, "é na caracterização da culpa e de sua prova que se concentra hoje a maior ou menor proteção que o Direito empresta ao lesado, ou mesmo ao suposto causador do dano."[320]

É nesse sentido que surge a importância de determinar se a obrigação assumida pelo médico em cirurgias plásticas estéticas seria uma obrigação de meio ou de resultado. A classificação proposta pelo francês René Demogue, em sua obra "Droit des Obligations",[321] revela-se como um ponto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que tange à cirurgia plástica. Essa classificação em obrigação de meio e de resultado visa "estabelecer, precipuamente, a quem incumbirá o ônus de provar a responsabilidade pelo dano advindo de ato cirúrgico nessa especialidade", assevera Kfouri Neto.[322]

4.5.1 Obrigação de Meio e de Resultado

A obrigação de meio é aquela em que o profissional se vincula apenas à execução de uma atividade, se obrigando tão somente a usar da prudência e diligência normais na prestação do serviço para atingir um resultado específico, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Assim, configura-se o inadimplemento pela omissão do devedor de tomar determinadas precauções, e não pelo simples fato de não haver atingido o resultado esperado.[323]

Sobre a obrigação de meio, leciona Rui Stocco que esse é tipo de obrigação que surge nos contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos e publicitários. Dessa forma, "a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão", usando "todos os meios necessários para

---

[320] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, Bauru, n. 39, p. 503-512, jan./abr. 2004.
[321] DEMOGUE, René. **Droit des obligations**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923a.
[322] KFOURI NETO, 2003, p. 157.
[323] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 259.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.”[324]

Por outra via, na obrigação de resultado, o devedor não está adstrito somente a empreender a atividade, mas a produzir um determinado resultado, contratado e assim esperado pelo credor. Em obrigações dessa natureza, só se considerará adimplida a obrigação com a efetiva produção do resultado almejado, de modo que, se não alcançado, o credor terá direito a exigir do devedor uma indenização pela não concretização do resultado por ele garantido no contrato. [325] Portanto, na hipótese de inadimplemento, o devedor ficará constituído em mora, competindo-lhe o ônus de provar que a inocorrência do resultado pretendido não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior, pois só assim se exonerará da responsabilidade.[326]

Assim, quando se trata de obrigação de resultado, diz- se que o credor tem legítima expectativa de satisfação do contrato, motivo pelo qual não seria a ele exigível que provasse a culpa do devedor. Esta é considerada presumida e, para Demogue, mesmo tendo agido diligentemente, o devedor ainda será responsável e deverá indenizar o credor que não atingiu o resultado pretendido. Não cumprir o resultado previamente acordado significaria não cumprir a obrigação.[327] Considerando-se obrigação de resultado, esse é o entendimento que se aplica à cirurgia plástica estética, no sentido de que “a execução defeituosa da obrigação, ou seja, a frustração do resultado equivale juridicamente à inexecução total.”[328]

Portanto, na obrigação de meio o credor deverá provar que o devedor não teve o grau de diligência dele exigível, enquanto na obrigação de resultado, essa prova incumbirá ao devedor, visto que recai sobre ele uma presunção de culpa, que somente poderá ser elidida através da demonstração da existência de causa diversa.[329]

4.5.2 Cirurgia Estética: Obrigação de Resultado

No exercício da Medicina, há especialidades, como cardiologia, cirurgia geral e endocrinologia, em que o profissional se vincula a uma obrigação de meio, pois a sua

[324] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 400.
[325] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 191-193.
[326] Ibid., loc. cit.
[327] DEMOGUE, 1923a.
[328] KFOURI NETO, 2003, p. 165.
[329] Ibid. p. 164.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

responsabilidade está adstrita à prestação do ato médico com a devida diligência. Todavia, há outras especialidades cuja finalidade não é a cura imediata do paciente, mas afiguram-se como meios para atingir esse fim, a exemplo da radiologia e da cirurgia plástica estética, em que se assume uma obrigação de resultado.[330]

Em geral, as obrigações assumidas pelo médico são obrigações de meio, uma vez que "esses profissionais, a despeito de deverem atuar segundo as mais adequadas regras técnicas e científicas disponíveis naquele momento, não podem garantir o resultado de sua atuação."[331] Todavia, dentro da especialidade cirurgia plástica, a melhor doutrina entende que a obrigação será de meio se tiver finalidade reparadora e de resultado, se estética.[332]

Trata-se, pois, de obrigação de resultado aquela firmada entre o médico e o paciente em cirurgia estética. Em face da promessa do resultado, decorre, como consequência lógica, a necessidade de que o mesmo seja alcançado, salvo hipóteses excepcionais de causas que escapem ao seu controle. Em outras palavras, diante de qualquer circunstância em que o cirurgião plástico admita ao paciente, de forma categórica, que lhe devolverá as funções ou o perfil estético almejado, entre eles será firmada uma obrigação de resultado. Ao assumir o resultado pretendido, para o Direito, estará o médico se obrigando a torná-lo factível, de modo que "não importará ao juiz, o fato de o médico ter obrado com todo o seu saber e sua destreza e de a culpa pelo evento danoso ser atribuída, exclusivamente, à álea, ao azar, ao organismo do paciente que reagiu insatisfatoriamente", assevera Hironaka.[333]

Na mesma linha, leciona Cavalieri Filho que o objetivo do paciente é melhorar a sua aparência, corrigindo algumas imperfeições físicas, como afinar o nariz, implantar próteses mamárias e eliminar rugas, casos em que "o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido."[334] Se esse resultado não for possível, deve o profissional, desde logo, alertá-lo e se recusar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, segundo o autor, será "o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável" e acrescenta que se "o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica."[335]

Caio Mário também considera que a cirurgia estética gera uma obrigação de resultado e

---

[330] KFOURI NETO, 2003, p. 164.
[331] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 259.
[332] Ibid., loc. cit.
[333] HIRONAKA, 2004.
[334] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 396.
[335] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

não de meio. Isto porque o médico estaria "empenhado em atingir o resultado pretendido e, se não há como consegui-lo, não deve efetuar o ato cirúrgico". Ademais, o cirurgião estaria sujeito ao dever de aconselhar, apontando os riscos da intervenção, levando em conta as condições do próprio paciente; ao dever de assistir o paciente antes, durante e depois da cirurgia; e, por fim, ao dever de abster-se de abusos ou desvios de poder.[336]

A consequência desse entendimento é que se inverterá o ônus da prova. Obrigando-se a atingir um determinado resultado o profissional se submeterá à presunção de culpa e, consequentemente, ao ônus da prova para eximir-se de responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção. "Na hipótese de resultado negativo e oposto ao convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove a sua não-culpa ou qualquer outra causa exonerativa", expõe Kfouri Neto.[337]

O simples fato de não se ter conseguido o efeito previamente garantido pelo profissional, que é o motivo determinante da cirurgia estética, já seria razão suficiente para justificar o pleito de condenação ao pagamento de indenização por danos físicos, morais, estéticos e materiais, tendo em vista a complexidade dos efeitos gerados pelo erro médico em cirurgia plástica, ainda que estritamente estética. Bastará à vítima comprovar o dano, o "resultado prometido e não obtido, para que se presuma a culpa do profissional. Isso ocorre, pois, no geral, as próprias imperfeições ou os defeitos que resultam da cirurgia refletem a carência de perícia ou diligência por parte do profissional."[338]

Contudo, diante da descoberta de que fatores biológicos que escapam ao controle do médico podem interferir no resultado da cirurgia, surge corrente doutrinária que pretende firmar entendimento para todas as especialidades médicas, no sentido de que não poderia o profissional se comprometer a algo que está além do que permite a capacidade do homem e às condições biológicas do paciente. Trata-se de entendimento no sentido de considerar a obrigação assumida pelo médico em cirurgia plástica embelezadora uma obrigação de meio.[339] Funda-se na ideia de que a cirurgia plástica seria um ramo da cirurgia geral, e, portanto, estaria sujeita aos mesmos imprevistos e insucessos, não sendo possível, desse

---

[336] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 157.
[337] KFOURI NETO, 2003, p. 169.
[338] PIOLI, Roberta Raphaelli. A responsabilidade médica nas cirurgias plásticas. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 390, p. 38- 39, abr. 2013, p. 39.
[339] Nesse sentido, cf. AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 40; CANAL, 2000; GIOSTRI, 2001, p. 106; ANDORNO, Luis. La responsabilidad civil médica. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 224-235, nov. 1993, p. 224; DIREITO, Carlos Alberto Meneses. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 11-19, jan./abr. 1997; AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia plástica**: obrigação de meio. São Paulo: Hipócrates, 2000.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

modo, punir mais severamente o cirurgião plástico.[340] Afirma-se, ainda, que não se pode atribuir a ele a responsabilidade pelo resultado, tendo em vista a diversidade de organismos e a complexidade da fisiologia humana e que o único marco diferencial entre a cirurgia estética e a cirurgia geral é o dever do profissional de informar ao paciente acerca de possíveis resultados insatisfatórios, após o qual deverá obter o consentimento do paciente para a realização do procedimento.[341]

Ao notar a orientação predominante na França, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior admite que a obrigação a que se submete o cirurgião plástico em cirurgias embelezadoras não seria diferente daquela assumida por outros cirurgiões e que a falta de informação precisa sobre os riscos da intervenção, bem como a omissão no dever de obter o consentimento esclarecido, é que conduziria a sua responsabilidade, por descumprimento culposo da obrigação de meio.[342]

Os argumentos apresentados não seriam suficientes para classificar a cirurgia plástica embelezadora como obrigação de meio. É inegável que, "pelas regras de experiência comum, ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior", expõe Cavalieri Filho.[343] Acrescenta o autor que o "resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso- total ou parcial da cirurgia- deveu-se a fatores imponderáveis."[344]

Não obstante o racional fundamento sustentado pela doutrina minoritária, o discurso de unidade de tratamento, no sentido de que os médicos em geral se responsabilizariam apenas pela aplicação das técnicas adequadas esvazia-se, muitas vezes, pela postura dos próprios médicos cirurgiões que, utilizando-se de novas tecnologias de computação gráfica, criam imagens de "antes e depois", incutindo em seus clientes, segundo Giselda Hironaka, "uma enorme sensação de êxtase e felicidade, apenas com a revelação de sua eventual futura conformação física."[345]

Em que pese a divergência doutrinária, os tribunais se mostram refratários ao entendimento minoritário, apresentando maior rigor na análise da responsabilidade do médico em cirurgia plástica estética. Os tribunais brasileiros presumem a sua culpa, em um raciocínio

[340] ÁRIAS, 2005.
[341] Ibid.
[342] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 40.
[343] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 396.
[344] Ibid., loc. cit.
[345] HIRONAKA, 2004.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

que, segundo Kfouri Neto, corresponderia à aplicação da teoria *res ipsa loquitur*, que vem crescendo nos Estados Unidos, também aplicada no Canadá, sustentando que "a péssima aparência pós- operatória, muito pior que o mal que se pretendia sanar, 'falaria por si mesma'."[346] Pela simples ocorrência do dano, como morte, esquecimento de objetos no corpo do paciente, amputação ou paralisia de um membro, surgiria a presunção de negligência do médico. Parte-se do "direito de evidência circunstancial."[347]

Para essa especialidade o resultado não pode ser uma incógnita. Por vezes, chega-se a reconhecer a existência de responsabilidade sem culpa, ou seja, responsabilidade objetiva do cirurgião plástico, o que, em suas palavras, "é evidente equívoco", assevera Kfouri Neto.[348] Tratar a obrigação do médico em cirurgia estética como obrigação de resultado não implica em dizer que sua responsabilidade será objetiva. Para a caracterização da responsabilidade do cirurgião esteta é necessário, sim, o exame do fator subjetivo. Por isso, não há confronto com o regime do Código de Defesa do Consumidor, quando este estabelece que a apuração da responsabilidade dos profissionais liberais será baseada na culpa. Isto porque se entende que a consequência da obrigação de resultado é a inversão do ônus da prova quanto à culpa, e não a objetivação da responsabilidade.

Enfim, apesar da divergência dos Ministros Aguiar Júnior e Menezes Direito, o Superior Tribunal de Justiça sustenta que se a cirurgia plástica for de natureza reparadora a obrigação será de meio. Por outro lado, a Corte reconhece que a responsabilidade do médico, nas cirurgias estéticas, decorre de uma obrigação de resultado, fundamentando-se, consoante já explicitado, no fato de que o paciente, ao procurá-lo, deseja melhorar um aspecto físico, interessando-lhe unicamente um resultado determinado que porá fim a algum sentimento que lhe aflige.[349] Caso a cirurgia plástica tenha natureza mista, reparadora e estética, não se poderá generalizar a responsabilidade do médico. Será necessário, nessa hipótese, analisar "de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora", conforme se observa do julgamento do REsp 1097955/MG, de relatoria

---

[346] KFOURI NETO, 2003, p. 171.
[347] Ibid., p. 67.
[348] Ibid., p. 171.
[349] Vide seguintes julgados: STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp 1.344.298/ RJ, Rel. Min. Dias Trindade, de 21.06.1991; STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1132743/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, de 16.06.2009; STJ, Quarta Turma, AgRg no REsp 846.270/ SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 22.06. 2010; STJ, Terceira Turma, REsp 1180815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, de 26.08.2010; STJ, Quarta Turma, REsp 985.888/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 16.02.2012;

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

da Ministra Nancy Andrighi.[350]

Tem destaque o memorável julgamento do REsp 81.101-PR[351], pela 3ª Turma do STJ, do qual foi relator o eminente Min. Waldemar Zveiter, em 13/04/1999, em que foi reconhecida a existência de uma obrigação de resultado na cirurgia plástica embelezadora, devendo o médico "indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade" e cabível, portanto, a inversão do ônus da prova. O referido julgado, porém, trouxe o entendimento de que ensejaria a responsabilidade objetiva do médico. Consoante já exposto, mostra-se equivocado concluir que a obrigação de resultado prescinde da análise do elemento subjetivo.

Dez anos depois, a mesma Corte, no julgamento do REsp nº 236.708/MG[352], confirmou o posicionamento de que a natureza jurídica da relação estabelecida entre médico e paciente nas cirurgias estéticas é de obrigação de resultado e não de meio, mas deixou claro que, apesar da presunção de culpa, seria possível concluir que há responsabilidade objetiva.

Mais recentemente, o STJ proferiu decisão no mesmo sentido, nos autos do REsp 1180815/MG.[353] Todavia, aqui se fez menção expressamente ao art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, salientando que, nas "obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva", competindo ao profissional, "demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia", capazes de liberá-lo da responsabilidade pelos danos, na medida em que rompem o nexo causal entre estes e o serviço prestado pelo médico.

Assim como as decisões colacionadas acima, tantas outras revelam que, apesar da divergência doutrinária sobre o tema e da tese minoritária que tende à generalização no trato das especialidades de cirurgia plástica, não há que se falar em obrigação de meio em cirurgia plástica estética. Este posicionamento é, sem dúvida, aquele que proporciona maior proteção

---

[350] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.097.955/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 27 set. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 3 out. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1092790&sReg=200802398694&sData=20111003&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[351] Id. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 81.101/PR. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Brasília, DF, 13 abr. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 31 maio 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[352] Id. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 236.708/MG. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 maio 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=854757&sReg=199900990994&sData=20090518&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

[353] Id., 2010.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

ao consumidor, enquanto paciente lesado por erro decorrente da negligência ou imprudência do profissional, possibilitando-lhe, como será demonstrado a seguir, melhores condições de enfrentamento pela via judicial, com vistas à reparação dos danos que lhes forem causados.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

5 REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

A cirurgia plástica com finalidade embelezadora atribui ao médico uma obrigação de resultado, tendo em vista que o paciente, ao procurá-lo, deseja melhorar o aspecto físico que lhe desagrada, interessando-lhe unicamente o resultado assumido pelo profissional. Por consequência, o cirurgião se submete "à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção."[354] A inversão da carga probatória, em hipótese de erro médico ou de simples inadimplemento da obrigação de resultado, confere equilíbrio à relação contratual, na medida em que, por vezes, torna-se impossível ao paciente provar a culpa do cirurgião, seja pelo desconhecimento da técnica aplicada, seja pela falta de perícias conclusivas- fato que impede a identificação de erros, mesmo quando grosseiros, em razão do corporativismo que existe entre os médicos.[355]

Assim, a inversão do ônus da prova, também aplicável em função da vulnerabilidade do consumidor, aliado à extensão do prazo prescricional, nos moldes da legislação protetiva; à possibilidade de responsabilização solidária do cirurgião plástico, do hospital, do plano de saúde e, eventualmente, da equipe médica; e, por fim, da possibilidade de cumulação dos danos materiais, morais e estéticos sofridos pelo paciente, contribui para a ampla e real proteção dos seus direitos e interesses. Neste último capítulo, será demonstrada a complexidade de efeitos lesivos gerados pelo insucesso da cirurgia estética e as possibilidades existentes para a sua efetiva reparação, segundo uma análise crítica das normas vigentes.

5.1 CONCEITO DE DANO

Em acepção comum, o dano constitui um prejuízo, aniquilamento ou alteração de alguma condição favorável, decorrente da força da natureza, ou da atividade humana, afirma De Cupis.[356] Mas para que o dano tenha relevância jurídica, imprescindível que seja oriundo

---

[354] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**: responsabilidade civil do dentista, completo ementário cível e criminal, jurisprudência do CRM e planos de saúde, acórdãos cíveis na íntegra. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.
[355] HIRONAKA, 2004.
[356] DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 5-6.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

da inobservância de uma norma.[357] Por sua vez, a inobservância da norma, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, somente ensejará responsabilidade civil se resultar em dano. Assim, o dano se qualifica como pressuposto da responsabilidade civil e, sobretudo, determinante do dever de indenizar, pois sem ele nada haveria o que reparar.[358] Todavia, para que o dano seja efetivamente reparável, exige-se o preenchimento de três requisitos essenciais: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou moral, a certeza e a subsistência do dano.[359]

Antes do reconhecimento do dano imaterial, o dano era conceituado como "a efetiva diminuição do patrimônio da vítima." [360] Diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do dano moral, essa definição tornou-se insuficiente. Portanto, o dano não é apenas a subtração material, mas a "diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima", leciona Cavalieri.[361] Em outras palavras, consiste na lesão causada por ação ou omissão do sujeito infrator a algum interesse juridicamente tutelado, patrimonial ou não, incluindo, assim, os direitos personalíssimos.[362] A ofensa a direitos inatos, sem expressão pecuniária, também enseja a responsabilização civil, em um sistema atualmente centralizado na dignidade humana.[363] "A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração", assevera Edson Fachin.[364]

5.2 ESPÉCIES DE DANO

Para que se configure a responsabilidade do médico, alerta Costales, é imprescindível a existência de um dano ao paciente, de qualquer espécie- lesão a direitos como a vida, a saúde e a integridade física; lesão a interesses legítimos; os prejuízos materiais e morais.[365] Assim, os danos médicos podem ser físicos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, incluindo, ainda, as

[357] KFOURI NETO, 2003, p. 105.
[358] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73.
[359] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 84-86.
[360] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 73.
[361] Ibid., loc. cit.
[362] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 82.
[363] Ibid., p. 83.
[364] FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.51.
[365] FERNANDEZ COSTALES, 1987, p. 147 et seq.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

lesões estéticas.

Os danos físicos são aparentemente os mais relevantes, tendo em vista que a atividade médica é aplicada diretamente no corpo humano.[366] Consistem no prejuízo corporal decorrente de uma intervenção e compõem-se de "elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme a invalidez, por exemplo, seja parcial ou total, permanente ou temporária", leciona Kfouri Neto.[367] A lesão à integridade física se manifesta como dano anatômico- mutilação, cicatriz, aleijão, equimose etc-, ou perturbação funcional dele resultante- alteração da motricidade, da sensibilidade e funções vegetativas.[368] Também pode se configurar pelo agravamento do estado patológico que o paciente pretendia aliviar ou curar.[369] As demais espécies, em geral, são oriundas do próprio dano físico, em razão das repercussões que este pode causar no psicológico do paciente, na complexidade das suas relações sociais, em sua afirmação pessoal e no seu patrimônio.

A classificação dos danos pode se revelar extremamente ampla, sendo, por vezes, difícil identificar com clareza a espécie da lesão sofrida pela vítima. Somando-se às categorias tradicionais, novos tipos de dano têm sido criados, especialmente na Europa, com o intuito de ampliar a proteção do lesado.[370] Assim, surge na Itália a noção de dano biológico, admitindo o valor da própria vida humana e da integridade física, cuja ofensa enseja indenização autônoma, ultrapassando, desse modo, o conceito médico- legal, vinculado à necessidade de demonstração dos prejuízos econômicos decorrentes do dano físico que ocasionou a incapacidade para o trabalho.[371]

Na Europa, especialmente em Portugal e na Itália[372], surgem estudos acerca do chamado dano existencial, visando superar a insuficiência dos conceitos de dano físico, dano à integridade corporal, dano à identidade pessoal, dano biológico e dano à vida de relação, em face do reconhecimento de que o corpo é o suporte da própria "existência relacional."[373] O dano existencial seria derivado do dano físico, que promove a perda dos prazeres da vida.

---

[366] FERNANDEZ COSTALES, 1987, p. 147 et seq.
[367] KFOURI NETO, 2003, p. 106.
[368] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 7, p 78.
[369] KFOURI NETO, op. cit., p. 106.
[370] Ibid., loc. cit.
[371] Ibid., loc. cit.
[372] Cf. DIAS, João António Álvaro. **Dano corporal**: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios. Coimbra: Almedina, 2001; CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. **Il danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2000. No Brasil, cf. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____. (Coord.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
[373] KFOURI NETO, op. cit., p. 107.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Enquanto o dano estético configura o menosprezo à autoafirmação, o dano existencial consistiria na "privação de fruir de uma vida normal", leciona Kfouri.[374] Nesse âmbito, fala-se, ainda, em "dano pela redução da capacidade social", resultante dos danos estético e sexual. Este, por sua vez, tem se afirmado de forma autônoma na Europa, apesar da ausência de expressão patrimonial, mas envolvendo a "deterioração da auto- estima, a redução ou supressão do imaginário ligado à sexualidade, a perda do poder de sedução."[375]

Conquanto haja uma infinidade de espécies de danos passíveis de estudo, neste trabalho apenas serão analisadas aquelas que apresentam maior destaque na doutrina e jurisprudência, relativamente à cirurgia estética, embora estejam intimamente relacionadas às novas categorias, em razão da multiplicidade de efeitos que podem ser gerados por um único ato. O mesmo fato ofensivo, na atividade médica, poderá ocasionar prejuízos de diversas naturezas ao paciente, incluindo incapacidade orgânica ou funcional, doenças, morte, repercussões psíquicas, sexuais ou sociais, frustração do projeto de vida do lesado, entre outros danos que, além de afetarem o paciente, podem, ainda, atingir os seus familiares.

Quanto à cirurgia plástica estética, identificam-se prejuízos decorrentes do erro médico, como nas demais especialidades, mas também- e nisto consiste a sua peculiaridade- danos outros que são inerentes ao descumprimento do contrato, configurado pela não obtenção do resultado prometido e, portanto, igualmente indenizáveis.

5.2.1 Dano Material

O dano material é a lesão ao patrimônio, ou seja, ao conjunto de relações jurídicas de uma pessoa que são passíveis de apreciação monetária.[376] Não basta haver mera alteração do patrimônio para que se configure o dano, sendo necessário, para que tenha relevância jurídica, que a interferência tenha gerado uma efetiva diminuição do montante pertencente à vítima, seja quanto aos seus bens corpóreos ou incorpóreos.[377] Assim, podem constituir danos materiais a privação do uso e gozo do bem, a sua deterioração total ou parcial, a incapacitação do lesado para o trabalho e, inclusive, a ofensa à sua reputação, saúde e imagem, se provocar

[374] KFOURI NETO, 2003, p. 107.
[375] Ibid., loc. cit.
[376] GONÇALVES, 2007, p. 705.
[377] SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 34.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

repercussões negativas em sua vida profissional ou negócios.[378]

O seu ressarcimento visa à recomposição do patrimônio, restaurando-se o *status quo ante* ou compensando a vítima por meio do pagamento de indenização, quando for impossível restabelecer o estado anterior à prática do ato ilícito.[379] O ressarcimento pelo dano material possui como critério de avaliação o art. 402 do CC, segundo o qual "as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar", salvo as exceções expressamente previstas em lei. Isto é, são indenizáveis tanto o dano presente, que provoca a diminuição efetiva do patrimônio, quanto o futuro, que impede o seu aumento.[380] São os chamados dano emergente e lucros cessantes.[381] Podem ocorrer isolada ou simultaneamente, mas a compensação do ofendido somente deverá abranger os danos causados diretamente pelo ato ilícito praticado pelo agressor.[382]

O *damnum emergens*, ou dano positivo, consiste na efetiva e imediata diminuição econômica do patrimônio da vítima, traduzindo o empobrecimento do patrimônio do lesado no momento do evento danoso, em razão da sua destruição, deterioração ou privação do uso e gozo de seus bens, inclusive pelos gastos que teve que realizar em função da lesão sofrida.[383] A reparação, nesse caso, se dará de forma natural, através da entrega da própria coisa, ou outra de mesma espécie, ou, então, por meio de indenização em pecúnia, com o intuito de suprir a privação que a vítima sofreu em razão do ilícito.[384] A agressão ao patrimônio pode ser aferida por simples operação matemática, em que se calcula a redução do valor economicamente mensurável por meio da "aferição do montante inicial com aquele montante encontrado ao término da prática do ato ilícito."[385]

O lucro cessante, por outro lado, revela a expressão econômica que o lesado deixou de auferir em razão da ação do ofensor.[386] O lucro frustrado poderá decorrer não apenas "da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos

---

[378] DINIZ, 2006, p.71;
[379] GONÇALVES, 2007, p. 705.
[380] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 74.
[381] "Por dois modos pode um patrimônio ser prejudicado: ou sofrendo efetiva diminuição ou privando-se de valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado o obstáculo ao ganho. Na primeira hipótese, o dano é *positivo*, na outra, *negativo*", leciona Orlando Gomes. Se "a perda consiste em efetiva diminuição do patrimônio, designa-se pela expressão damnum emergens. Quando representada pela frustração do ganho, lucrum cessans. Do mesmo fato lesivo podem resultar dano emergente e lucro cessante. Não raro, porém, o dano é simplesmente positivo. Atinge o ativo do patrimônio, representado pelos direitos do seu titular, especialmente o de propriedade." Cf.: GOMES, 2011, p. 75.
[382] RESEDÁ, 2009, p. 70.
[383] Ibid., p. 68
[384] Ibid., loc. cit.
[385] Ibid., p. 67.
[386] Ibid., p. 69.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado", leciona Cavalieri.[387]

A caracterização e fixação dos lucros cessantes exigem um cuidado maior. O magistrado deverá, pois, ter atenção redobrada para diferenciar o lucro cessante do lucro hipotético, dano remoto.[388] Ao contrário dos danos emergentes, não se mostra possível ao agente restituir o *status quo ante* de modo fiel. A apuração dos lucros cessantes deve ser realizada mediante aplicação objetiva do princípio da razoabilidade e tendo por base uma situação fática concreta, não parâmetros imaginários, devendo o juiz realizar uma atividade mental, indagando se o que se pleiteia a título de lucros cessantes seria consequência esperável no desenrolar dos fatos caso o ilícito não tivesse ocorrido.[389] Na verificação dos lucros cessantes, "não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso", leciona Gonçalves.[390]

Os danos patrimoniais que ensejam a responsabilidade médica, em sua maioria, são consequências do dano físico, abrangendo os lucros cessantes pela incapacidade temporária do paciente para o exercício de suas atividades profissionais e das despesas médico-hospitalares, com medicamentos, contratação de enfermeiros e viagens, para a realização de uma nova cirurgia.[391]

Quando uma intervenção cirúrgica estética não obtém sucesso, o paciente lesado pode se lançar em nova operação, a fim de corrigir as falhas deixadas pelo médico ou para alcançar o resultado não atingido no procedimento anterior. Nesse caso, o cliente empregará novos recursos – o que, por óbvio, acarretará uma diminuição do seu patrimônio- e, eventualmente, deixará de auferir valores, em razão do período de afastamento do trabalho, restando evidente a caracterização do dano material, que deverá ser ressarcido, em conformidade com o disposto no art. 949, do Código Civil[392] e com as decisões proferidas pelos tribunais pátrios.[393]

---

[387] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75.
[388] Ibid., loc. cit.
[389] Ibid., loc. cit.
[390] GONÇALVES, 2007, p. 589.
[391] KFOURI NETO, 2003, p. 106.
[392] Conforme o art. 949 do CC: "no caso de lesão ou outra ofensa a saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, alem de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".
[393] Vide julgados: STJ, Ag: 1151306, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, de 26.10.2010; STJ, Terceira Turma, REsp 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter,de 13.04.1999; Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Quarta Câmara Cível, Apel. Cível 2404017425, Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, de 12.08.2008; Tribunal de

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Se, todavia, o paciente não tiver se submetido a uma segunda cirurgia, com fim reparador, o magistrado poderá impor ao médico a obrigação de realizar novo procedimento- ou custear cirurgia plástica a ser realizada por outro profissional, à escolha do paciente-, bem como cobrir as demais despesas hospitalares, geralmente concedidos a título de perdas e danos, embora nada impeça que seja determinado como meio compensatório dos danos estéticos sofridos.[394]

Consiste, ainda, dano material indenizável se do tratamento ou cirurgia sobrevier a morte do paciente, fato que pode ocasionar a privação de socorro dos beneficiários da renda que era por ele auferida.[395] Nessa hipótese, conquanto os beneficiários não tenham sido diretamente atingidos, é legítima a reparação civil, em razão do dano reflexo, se a certeza do prejuízo for devidamente comprovada.[396]

5.2.2 Dano Moral

O dano moral e a sua reparabilidade foram reconhecidos efetivamente no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, inciso V, assegura a todos a "indenização por dano material, moral ou à imagem". Posteriormente, o novo Código Civil, em consonância com a norma constitucional, seguindo a tendência de personalização do Direito e visando resguardar a eticidade nas relações jurídicas, acolheu formalmente, em seus artigos 186 e 927[397], o instituto do dano extrapatrimonial e a possibilidade do seu ressarcimento.[398]

Apesar da tentativa de conceituação do dano moral, a sua delimitação se revela uma árdua tarefa, devido ao subjetivismo que lhe é inerente, "afinal, os direitos que se busca proteger a partir da instituição da figura do dano moral são aquelas que protegem a paz, a

---

Justiça de Santa Catarina, Sexta Câmara de Direito Civil, Apel. Cível 239519, Rel. Des. Ronei Danielli, de 02.09.2011; Tribunal de Justiça do Amapá, Câmara Única, Rel.Des.Raimundo Vales, de 24.04.2012.

394 Vide julgados: Tribunal de Justiça de São Paulo, Décima Câmara de Direito Privado, Apel. Cível 0010653-28.2007.8.26.0451, Rel. Des. Coelho Mendes, de 24.04.2012; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Décima Quarta Câmara Cível, Apel. Cível 0026119-83.2006.8.19.0001, Rel. Des. José Carlos Paes, de 18.05.2011; Tribunal do Rio de Janeiro, Quarta Câmara Cível, Apel. Cível 0004949-26.2004.8.19.0001, Rel. Des. Mario dos Santos Paulo, de 04.12.2007.

395 KFOURI NETO, 2003, p. 106.

396 GONÇALVES, 2007, p. 591-392.

397 "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."
"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

398 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 112.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

integridade, a honradez, a saúde mental e a espiritual do ser humano", assevera Salomão Resedá.[399] Três importantes correntes foram delineadas para definir o dano moral. A primeira tinha um viés negativista, conceituando-o de modo excludente, isto é, o prejuízo moral seria o dano não classificado como patrimonial, por ser desprovido de valor econômico.[400] Restrito e insatisfatório este conceito foi rejeitado, pois não contempla a amplitude do dano de efeito moral. Construiu-se, então, uma nova ideia, voltada para o estado anímico da pessoa, identificando o dano moral a partir de sofrimentos de aspecto amplo, como tristeza, angústia, humilhação, inferioridade e vergonha.[401] Consistiria o dano moral, pois, "nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano", afirma Aguiar Dias, adepto dessa linha de pensamento.[402] A crítica que se fez a essa corrente é a limitação do dano moral às alterações psíquicas, a sentimentos negativos, restringindo as possibilidades de configuração do dano moral. Essas reações psicológicas são consequência de um abalo moral, mas não são necessários para a constituição do dano.[403]

Por fim, mudou-se o foco para compreender a espécie do direito lesado e não as consequências de sua violação, ampliando, assim, a noção de dano moral. "A proteção jurídica conferida procura assegurar a integridade aos direitos de personalidade que, diante de suas características especiais, demandam atenção muito mais efetiva por parte do legislador" e do operador do direito, assevera Resedá.[404] Esse novo posicionamento surgiu impulsionado pela repersonalização das relações jurídicas no Direito Brasileiro, com a elevação ao status constitucional dos direitos da personalidade e consequente promulgação do Código Civil de 2002.[405] A definição do dano moral como agressão aos direitos de personalidade é a que melhor se conforma a um ordenamento centrado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O dano moral, portanto, consiste na ofensa à dignidade da pessoa humana, que se traduz na violação dos direitos de personalidade do individuo. Trata-se da interferência na esfera personalíssima, que abrange atributos invioláveis, por força constitucional, como "a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas"[406], atingindo um aspecto íntimo do

[399] RESEDÁ, 2009, p. 128.
[400] Ibid., loc. cit.
[401] Ibid., p. 130.
[402] DIAS, 1997, p. 743.
[403] RESEDÁ, op. cit., p. 136.
[404] Ibid., p. 137.
[405] MARTINS-COSTA, 2002, p. 413.
[406] "Art. 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

sujeito passivo ou a sua conceituação social, ou seja, a consideração ou reputação no meio em que vive.[407]

Há que se diferenciar o dano moral do mero aborrecimento, pois as "intempéries diárias não são mais do que fatos corriqueiros que devem ser relevados pelo mundo jurídico."[408] Mensurar a agonia sofrida pela vítima, de fato, não é tarefa simples, mesmo porque não está sujeita à prova, pela característica *in re ipsa* do dano moral, razão pela qual só se exige a demonstração do fato que o originou.[409] A "dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém", ressalta Cavalieri.[410] O dano moral apenas se configura quando há uma ofensa à dignidade ou a algum atributo de sua personalidade, por mínimo que seja, não o mero aborrecimento, a mágoa e a irritação normais no cotidiano e incapazes de interferir no equilíbrio psicológico do sujeito.[411] Assim, somente será reputado como dano moral as sensações de dor, humilhação ou sofrimento que escapem à normalidade, influenciem profundamente no comportamento do indivíduo, provocando uma instabilidade em seu bem-estar.[412]

Não existem critérios seguros para identificar o dano imaterial, mas o critério do "homem médio" poderá auxiliá-lo nessa tarefa, não considerado "o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino."[413]

O dano imaterial pode ser direto ou indireto. O primeiro constitui uma lesão imediata e específica a um direito extrapatrimonial, enquanto o segundo decorre da agressão "a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial", lecionam Gagliano e Pamplona Filho.[414] O dano moral indireto, todavia, não se confunde com o dano em ricochete, haja vista que neste há repercussões na esfera personalíssima de um sujeito em razão do dano moral ou material sofrido por outrem, diferentemente do que ocorre com o dano indireto, em que se tem uma lesão imaterial

---

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;"

[407] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
[408] RESEDÁ, 2009, p. 146.
[409] Ibid., loc. cit.
[410] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87
[411] Ibid., loc. cit.
[412] Ibid., p. 97.
[413] VENOSA, 2006, p. 33.
[414] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 113.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

precedida de um dano patrimonial sofrido pelo próprio sujeito.[415]

A ofensa subjetiva, conquanto possa ser derivada de lesões materiais, é autônoma, apartada do dano patrimonial. Por isso, não mais se admite que a reparação dos danos morais sofridos pela vítima esteja condicionada à existência de eventuais prejuízos materiais a eles vinculados.[416] A lesão a direitos e interesses patrimoniais e extrapatrimoniais são realidades distintas, assim como o fundamento do seu ressarcimento, razão pela qual as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, são cumuláveis, sem configurar *bis in idem*, conforme enunciado da súmula nº 37 do STJ.

O dano moral é fixado por arbitramento judicial, isto é, compete ao juiz, "de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral."[417] O magistrado deve ter como norte o princípio da razoabilidade, estabelecendo um valor de indenização proporcional ao dano, "compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido", dentre outras circunstâncias que se fizerem presentes, leciona Cavalieri.[418]

No âmbito da cirurgia plástica estética, os danos morais decorrentes de uma operação mal sucedida, podem incluir a dor sofrida pelo paciente, o mal- estar proveniente da interferência nas relações sexuais, a frustração pela cessação da atividade profissional[419] – devido a uma lesão física que impeça o paciente de exercer suas funções, ou prejudique o seu perfil estético, requisito para o exercício de determinada profissão ou, ainda, que interfira de modo profundo na sua autoafirmação, repercutindo em suas atividades pessoais e profissionais –, dentre outras situações que revelem a ofensa aos atributos de sua personalidade, ensejando, portanto, a sua compensação.

Ademais, cumpre salientar que, em decorrência do inadimplemento da obrigação assumida pelo médico, a frustração do paciente, por não haver satisfeita a expectativa de livrar-se do mal psicológico que lhe acomete também poderá configurar dano moral indenizável. Isso porque, a solução das imperfeições físicas que profundamente lhe

[415] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 113.
[416] RESEDÁ, 2009, p. 123.
[417] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 96.
[418] Ibid., p. 98.
[419] KFOURI NETO, 2003, p. 106.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

desagradam tem "um significado relevante no âmbito de sua psique."[420]

Os tribunais brasileiros, sem maiores divergências, impõem ao médico o dever de compensar a vítima pelos danos extrapatrimoniais por ela sofridos, aplicando-se o critério da razoabilidade e, por vezes, admitindo expressamente a qualidade *in re ipsa* do dano moral[421], que dispensa a prova dos efeitos da agressão, exigindo-se, apenas a demonstração do fato que os ensejou.[422]

5.2.3 Dano Estético

O dano estético consiste em lesão corporal indelével, que se revela como cicatriz, marca, aleijão ou outro defeito físico incomum, que prejudique a aparência do indivíduo, provocando-lhe um abalo em sua autoestima, em função da alteração estética.[423] É a degradação da integridade física pelo ato ilícito que fundamenta a indenização por dano estético, não a vergonha a que a vítima possa estar exposta perante terceiros.[424] Conforme já afirmado pelo STJ, no julgamento do REsp 899869/MG, as "sequelas físicas decorrentes do ato ilícito, mesmo que não sejam visíveis de ordinário e, por isso, não causem repercussão negativa na aparência da vítima, certamente provocam intenso sofrimento."[425] Assim, não se exige que o dano estético seja exposto ou seja de grande proporção para que a sequela física seja indenizável.

Considerado o dano estético como a violação da imagem retrato do indivíduo, a sua reparação possui fundamento constitucional, tendo em vista que o art. 5º, V, da Carta Magna, garante o "direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material,

---

[420] KFOURI NETO, 2003, p. 157.

[421] Segundo Sergio Cavalieri Filho: "o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum." Cf. CAVALIERI FILHO, 2010, p. 90.

[422] Sobre o dano moral in re ipsa, conferir: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Décima Quarta Câmara Cível, Apel. Cível 0026119-83.2006.8.19.0001, Rel. Des. José Carlos Paes, de 18.05.2011; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Câmara Cível, Apel. Cível 70043504711,Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, de 28.07.2011;

[423] NADER, 2010, p. 93.

[424] Ibid., loc. cit.

[425] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 899.869/MG. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 13 fev. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 mar. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=672225&sReg=200600464423&sData=20070326&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

moral ou à imagem."[426] Não obstante o atual reconhecimento da importância do dano estético, o Código Civil vigente, não dispõe a respeito, sendo forçoso convir que tal lesão esteja incluída em seu art. 949, quando prevê a viabilidade da indenização em hipóteses de ofensa à saúde também para "algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido."[427]

Apesar das controvérsias que se travaram na doutrina e jurisprudência quanto ao enquadramento do dano estético como uma terceira espécie de dano ou como aspecto do dano moral, hoje, o STJ, superando o seu posicionamento anterior, sustenta a possibilidade da "acumulação das indenizações de estético e moral", consoante disposto na súmula 387, desde que seja viável a identificação de suas consequências separadamente, isto é, ainda que oriundos do mesmo fato, as indenizações se acumulam caso tenham fundamentos distintos.[428] Assim, as lesões estéticas e morais não se confundem, consistindo o primeiro em uma "alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa", enquanto o segundo corresponde ao "sofrimento mental- dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida", expõe Cavalieri sobre o entendimento firmado pela Corte.[429]

Embora o tema tenha sido pacificado pelo STJ, na doutrina ainda enfrenta resistência. Sergio Cavalieri Filho, por exemplo, considera que o dano estético seja modalidade do dano moral e que se trata de mera questão de arbitramento, afirmando que em face da sua "gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física."[430] Outros autores também asseveram que o dano estético implica em dano moral, ou que seria apenas um aspecto seu, razão pela qual não poderiam ser cumuláveis, sob pena de constituir *bis in idem*.[431] Além do dano moral, a lesão estética poderia ocasionar uma redução patrimonial se impedir que a vítima obtenha seus rendimentos normais, razão pela qual entendem, como dito, não se tratar de uma terceira modalidade de dano.[432]

Por se tratar de lesão à beleza física, que resulta em desarmonia das formas externas do sujeito passivo, e sendo o conceito de belo algo relativo, ao se apreciar o dano estético, deve-

---

[426] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 113.
[427] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 105.
[428] Ibid., p. 106.
[429] Ibid., loc. cit.
[430] Ibid., loc. cit.
[431] Nesse sentido, cf. GONÇALVES, 2007, p. 768; PEREIRA, 2001, p. 320; MAGALHÃES, 2004, p. 17 et seq.; DINIZ, 2004, p. 85.
[432] SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 345.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

se analisar a alteração que a vítima porventura sofreu em comparação ao que era antes.[433] Segundo Tereza Ancona Lopez, o dano estético propriamente dito somente existirá se a lesão for duradoura; caso contrário, o prejuízo estético se resolverá em perdas e danos.[434] Havendo realmente o prejuízo estético, não será imposto o seu ressarcimento "e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo, atenuem sua dor."[435] Assim como o dano moral, o estético enseja "compensação"- não reparação natural ou indenização propriamente dita-, como meio de reestabelecer a situação modificada pelo ato ilícito. No momento de fixar o valor de compensação, o magistrado deverá analisar a extensão do dano, a localização, a possibilidade de correção total ou parcial, as características pessoais da vítima, o nível de importância que a aparência exterior desempenha em suas relações sociais e laborais, bem ainda as restrições pessoais a que se submeteu em função do dano.[436]

Das cirurgias plásticas estéticas mal sucedidas podem advir danos estéticos, como feridas, quelóides, necroses, paralisia facial, extirpação de membros ou órgãos, queimaduras em procedimento com bisturi elétrico, assimetria de seios e nádegas em função de erro na implantação de próteses de silicone, deformidades que provocam a desarmonia das linhas do corpo ou outro prejuízo à beleza física. Além de acarretar um complexo de inferioridade e o sentimento de humilhação, a lesão estética decorrente do erro médico também poderá impossibilitar a continuidade de atividades profissionais que exigiam da vítima um perfil estético harmonioso, livre de deformações.

Se o médico não alcançou o resultado prometido, sem, no entanto, causar ao paciente uma lesão estética ou "enfeamento", ou seja, mantido o *status quo ante*, ao médico caberá restituir-lhe a quantia paga pelo serviço, em face do descumprimento da obrigação de resultado assumida pelo profissional. Todavia, se, além do inadimplemento, o cirurgião agravou o quadro do paciente, causando-lhe um dano físico, deverá realizar novo procedimento com vistas a repará-lo- ou custear a nova cirurgia a ser executada por outro profissional, à escolha do paciente- e, na hipótese de ser a lesão incorrigível, impõe-se-lhe a compensação em pecúnia pelos prejuízos estéticos que ele causou.[437]

---

[433] MAGALHÃES, 2004, p. 45.
[434] Ibid., p. 115-116.
[435] Ibid., loc. cit.
[436] KFOURI NETO, 2003, p. 108-109.
[437] Vide julgados: STJ, Quarta Turma, REsp: 457312 SP 2002/0096132-5, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, de 18.11.2002; STJ, Terceira Turma, REsp: 10536 RJ 1991/0008177-9, Rel.Min. Dias Trindade, de 21.06.1991; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Sexta Câmara de Direito Civil, Apel. Cível 139896 SC 2009.013989-6,

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

5.3 A PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da "perda de uma chance" sustenta a responsabilidade do ofensor fundada na perda de oportunidade pela vítima de melhorar de vida.[438] Não se tem ainda um posicionamento consolidado na jurisprudência acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, de modo que a indenização por vezes é concedida a título de danos morais, materiais ou por categoria autônoma[439]. A chance deve ser entendida como a probabilidade real de se obter um lucro ou de evitar uma perda, aplicando-se aqui, como ocorre nos lucros cessantes, o princípio da razoabilidade.[440] A "reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo", leciona Caio Mário.[441] Em face desse juízo de probabilidade, nem toda perda de uma chance é indenizável.

Cumpre salientar que a perda da oportunidade não se confunde com a perda da própria vantagem que se deixou de adquirir. A indenização é conferida não pela vantagem perdida, mas pela perda da chance de consegui-la, que possui sempre valor menor e, por isso, não corresponderá ao montante que dela era objeto.[442] A oportunidade perdida, justamente por ser única, deverá ser reparada "em valor equivalente à ocasião que não foi aproveitada, devendo ser esse valor equivalente à probabilidade de sua ocorrência ou não", assevera Resedá.[443]

A perda de uma chance, segundo a classificação apresentada por Fernando Noronha, divide-se em duas modalidades, quais sejam a"frustração da chance de obter uma vantagem

---

Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, de 09.02.2012; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, Apel. Cível 211748 SC 2003.021174-8, Rel. Des. Jânio Machado, de 22.10.2009; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nona Câmara Cível,Apel. Cível 70040122343 RS , Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, de 27.04.2011; Tribunal de Justiça de Sergipe, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Maria Aparecida Santos Gama Da Silva, de 20.06.2011;

[438] RESEDÁ, 2009, p. 69.

[439] Quanto à divergência acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, vide julgados: STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1132743/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, de 16.06.2009; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Nona Câmara Cível, Apel. Cível 8.137/2006, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, de 23.05.2006; Tribunal Regional Federal, Segunda Região, Apel. Cível 2003.51.10.001761-6 , Rel. Des. Guilherme Couto, de 05.05.2006; Tribunal de Justiça do Paraná, Apel. Cível 401.466-0, Rel. Des. Ronald Schulman, de 01.06.2007; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apel. Cível 2008.001.20957, Rel. Des. Custódio Tostes, de 06.08.2008; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apel. Cível 20040111230184, Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira, de 26.07.2007.

[440] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 77.

[441] PEREIRA, 2001, p. 42.

[442] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 78.

[443] RESEDÁ, loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

futura" e a "frustração da chance de evitar um dano que aconteceu."[444] Esta última engloba outras duas categorias, a "perda da chance de evitar que outrem sofra um prejuízo" e a "perda de uma chance por falta de informação". Considerando-se patrimonial, a frustração de uma vantagem futura traduz-se no lucro cessante, enquanto a perda da chance de evitar um dano consiste em dano emergente.[445]

A teoria passou a ser aplicada à atividade médica como "teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência". A perda da chance de se obter um resultado favorável no tratamento é que será o elemento determinante para a imposição do dever de indenizar.[446] A questão não é tão simples. Quando se discute o erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, pois ele é nítido, principalmente se o paciente falecer. "A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento", afirmou a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1254141/PR.[447] Embora haja controvérsia, sobretudo no direito francês, sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de erro médico, o STJ reconheceu a sua adequação, em consonância com a doutrina americana, que sustenta ser a chance um bem autonomamente considerado, cuja violação pode ensejar indenização pelo seu equivalente econômico, prescindindo, assim, da sustentação da teoria da causalidade proporcional.

Diante da dificuldade de se apreciar, em determinados casos, o nexo causal entre a conduta do médico e o dano, aduz Joaquim Ataz López que se deixa de buscar uma causalidade pura, para se adotar uma causalidade jurídica, que justifique a imputação do dano ao profissional.[448] Possuindo o dever de agir diligentemente e de modo eficaz, a fim de interromper o curso natural da enfermidade, e não o fez, o médico terá descumprido uma obrigação jurídica, razão pela qual a lesão decorrente de um processo natural lhe será imputável.[449]

A atividade do médico, a rigor, não é a causa da doença ou da morte do paciente, mas sua conduta desidiosa pode impedir a possibilidade de cura. Segundo Cavalieri Filho, somente

---

[444] NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 700.
[445] Ibid., loc. cit.
[446] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 80.
[447] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.254.141/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 4 dez. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1199921&sReg=201100789394&sData=20130220&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.
[448] ATAZ LÓPEZ, Joaquin. **Los médicos y la responsabilidad civil**. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 343.
[449] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

nesse caso haveria a aplicação da teoria da perda de uma chance, e não se o erro médico for a própria origem do fato de que decorreu o evento danoso.[450] Por esse raciocínio, a teoria da "perda de uma chance de cura ou de sobrevivência" não poderia ser invocada em se tratando de cirurgia plástica estética, tendo em vista que o paciente, nesse caso, não visa à cura, mas à realização de um resultado assumido pelo profissional.

Todavia, a perda de uma chance tradicional, em seu sentido genérico, é, sim, aplicável a essa especialidade médica. Não se aplica a teoria de forma restrita, mas de modo amplo, possibilitando a análise abrangente de situações em que o insucesso da cirurgia embelezadora possa frustrar oportunidades reais de uma melhor situação futura, bem ainda a responsabilização pelo dano decorrente da violação do dever de informar.

A primeira modalidade da perda de uma chance- a frustração da chance de obter uma vantagem futura-, pode se concretizar, por exemplo, na hipótese de cirurgia estética mal sucedida, da qual resultam danos físicos e estéticos ao paciente, causando-lhe a perda de certas oportunidades no âmbito profissional ou negocial, quando o perfil estético for elemento indispensável para que o sujeito logre êxito, como é o caso dos modelos e, por vezes, dos atores.

A perda de uma chance decorrente da falta ou da inadequada informação também é aplicável à cirurgia embelezadora. Essa subcategoria da perda de uma chance se verifica quando o indivíduo sofre um dano por não ter adotado a melhor decisão, devido à omissão do sujeito que tinha o dever de informar e aconselhar.[451] O dever de informar, segundo Noronha, surge em diversas situações, principalmente nas relações negociais[452]. Na relação médico-paciente, o dever de informar, mais do que uma obrigação, é derivação da cláusula geral de boa-fé e essencial para a obtenção do consentimento esclarecido do paciente, sem o qual não pode ser submetido a procedimentos cirúrgicos nessa natureza. O direito à informação correta, precisa, clara e ostensiva sobre os serviços, inclusive sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança, é direito básico do consumidor. Detalhes sobre as chances de sucesso e os riscos dos procedimentos disponíveis devem ser expostos ao paciente, para que escolha, de modo consciente, se deseja se submeter à intervenção.

---

[450] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 81.
[451] NORONHA, Fernando. Responsabilidade por Perdas de Chances. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 23, p. 28-46, 2005, p. 44.
[452] Ibid., p. 45.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

5.4 A NECESSÁRIA E EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Após o estudo da responsabilidade do médico em cirurgia plástica estética, da natureza da obrigação por ele assumida e das faces do dano causado ao paciente em função do erro ou do inadimplemento contratual, faz-se mister analisar criticamente as disposições legais, os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do tema, com o fito de apresentar instrumentos de efetivação dos direitos dos consumidores lesados, para a proteção dos seus interesses- exame que figura como proposta central deste trabalho.

5.4.1 Os Prazos Prescricionais

O Código Civil de 2002 prevê, em seu art. 206, § 3º, V, o prazo prescricional de três anos para propor demandas de reparação civil. O termo inicial de contagem do lapso temporal deve ser o momento em que o dano se tornar conhecido, tendo em vista que os malefícios à saúde nem sempre são perceptíveis de imediato.[453] Se tratar de responsabilidade civil *ex delicto*, o prazo prescricional começa a fluir a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se a demanda, todavia, for proposta contra a Administração Pública- nas hipóteses em que o atendimento ou intervenção cirúrgica for realizado em estabelecimentos da rede pública de saúde-, a prescrição ocorre em cinco anos, conforme disposto no art. 1º, do Decreto 20.910, de 1932.[454]

Se o dano resultante do ato ilícito se configurar como fato do produto ou do serviço, isto é, como acidente de consumo, o prazo prescricional aplicável será o previsto no Código de Defesa do Consumidor. Conforme seu art. 27, prescreve "em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço", contados "a partir do conhecimento do fato e de sua autoria". Essa norma prevalece em relação ao disposto no diploma civil, pois o CDC, apesar de posterior, "é lei especial em relação ao Código Civil, e pelo princípio da especialidade a lei geral não derroga a especial."[455] Ademais, a norma consumerista somente se aplica quando configurada a relação de consumo; do contrário, aplica-se o Código civil.

---

[453] KFOURI NETO, 2003,p. 133.
[454] Ibid., loc. cit.
[455] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 521.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Consoante já examinado no primeiro capítulo, a relação travada entre médico e paciente em cirurgia estética, desde que remunerada, consiste em relação de consumo, porquanto restam caracterizados os requisitos exigidos para a sua configuração, relativos aos sujeitos e à atividade desenvolvida. Assim, o prazo prescricional a ser aplicado em caso de lesões provocadas pelo médico é o de cinco anos, estabelecido no código protetivo do consumidor. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da aplicação do CDC aos serviços médicos, inclusive quanto ao prazo prescricional quinquenal, não havendo que se falar, para os casos posteriores à vigência do CDC, no prazo de três anos para a relação médico- paciente firmada mediante remuneração.[456]

5.4.2 A Solidariedade Passiva na Obrigação de Indenizar

Para além da discussão acerca da responsabilidade subjetiva ou objetiva dos hospitais pelo dano médico, é de grande relevância o reconhecimento da responsabilidade solidária entre o estabelecimento e o profissional para a efetiva proteção dos interesses do paciente lesado que figura como consumidor. O cerne da questão é saber até que ponto o tipo de relação firmada entre médico e o estabelecimento é imprescindível para determinar a responsabilidade solidária entre ambos. Em função da vulnerabilidade do consumidor, ampla deve ser a possibilidade de solidarização da responsabilidade pelo dano médico, visto que lhe importa a efetiva reparação e compensação dos prejuízos sofridos, e não uma condenação que não ultrapase a formalidade da sentença.

Conforme analisado em capítulo anterior, é assente na doutrina e na jurisprudência que, havendo erro médico e sendo o profissional empregado ou preposto do estabelecimento hospitalar, ambos respondem solidariamente em função dos prejuízos sofridos pelo paciente. Aplica-se, nessa hipótese, a Súmula nº 341 do STF, segundo a qual "é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". Assim, não afastada a culpa do médico, responderá o hospital solidariamente com aquele. O fato exclusivamente de terceiro, previsto nos artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II do CDC, não é aplicável ao caso, tendo em vista que o vínculo existente entre médico e hospital promove a absorção da atividade do

[456] Vide julgados: STJ, Terceira Turma, REsp 841.051, Rel. Min. Nancy Andrighi, de 18.12.2009; STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1229919/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, de 15.04.2010; STJ, Quarta Turma, REsp 704.272/SP, Rel. Min. Honildo Amaral De Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), de 18.05.2010; STJ, Terceira Turma, REsp 731078/SP, Rel. Ministro Castro Filho, de 13.12.2005.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

profissional pela empresa, de modo que o estabelecimento não poderia se eximir de responsabilidade pelo fato do serviço prestado pelo médico. Assim, é plena a incidência do art. 932, III, do Código Civil[457], bem ainda o art. 34, do CDC.[458]

O hospital deve responder pelos atos do seu pessoal, dos médicos que o administram e que sejam seus empregados.[459] Todavia, segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr., em consonância com o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência[460], a casa de saúde não responderia pelos atos do médico que somente utiliza de sua infra- estrutura para o internamento e tratamento de seus pacientes particulares.[461] Quanto aos médicos que compõem o seu quadro clínico sem, no entanto, serem assalariados, haveria a necessidade de questionar se o paciente foi ao hospital e lá foi atendido por algum dos médicos disponíveis ou se procurou diretamente o profissional, que o encaminhou ao nosocômio. No primeiro caso, "responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este", ainda que não seja empregado, pois a norma do art. 932, III, do Código Civil, também inclui aquelas situações em que determinada pessoa jurídica utiliza os serviços prestados por outra por intermédio de uma relação em que haja subordinação, malgrado não exista uma relação de emprego.[462] "É o caso do hospital que para seu funcionamento necessita do serviço do médico, o qual por sua vez, fica subordinado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição", leciona Aguiar Jr.[463] Na segunda hipótese, o hospital responderia "apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos", não pela culpa do profissional, pois, nesse caso, o contrato seria firmado entre o paciente e o médico.[464]

Não se compartilha, nesse trabalho, do entendimento perfilhado pelo ministro no que tange à ausência de responsabilidade do hospital na circunstância em que o médico não seja seu empregado ou preposto ou que o paciente tenha buscado diretamente o profissional. Nesses casos, ainda assim, o hospital poderá ser demandado para responder solidariamente

---

[457] "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
II - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"

[458] "Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos."

[459] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 132-133.

[460] Vide 3.2.3.

[461] AGUIAR JUNIOR, loc. cit.

[462] Ibid., loc. cit.

[463] Ibid., loc. cit.

[464] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

com o médico.[465] Afinal, seja como empregado do estabelecimento, seja utilizando-se apenas de suas instalações, o profissional fornece os seus serviços especializados no hospital, sendo todos beneficiados com a atividade desenvolvida, razão pela qual estão incluídos na mesma cadeia de fornecimento de serviços médico- hospitalares.

Somando-se, ainda, a atuação de terceirizados e dos planos/seguros de saúde, forma-se uma complexa rede de fornecimento, na qual todos são solidariamente responsáveis. Em face do consumidor, a responsabilidade da operadora de saúde, do estabelecimento hospitalar e do médico é concorrente e, entre eles, cada um responde no limite de sua culpa, assevera Kfouri Neto.[466] Nada mais lógico diante da vulnerabilidade do consumidor, que sequer conseguiria delimitar a atuação de cada integrante dessa cadeia, a sua contribuição para a ocorrência do dano e a natureza da relação existente entre o médico e o hospital. Ademais, por vezes, nesse vínculo, é forjada uma locação das instalações do nosocômio, ou uma espécie de terceirização, por meio da "pejotização" da atividade do médico, com o fito de se eximir, inclusive, da responsabilidade pelos atos de seus empregados.

Interessante fundamentação foi exposta pela Quarta Turma Cível, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível nº 52.276/99, em que foi reconhecida a responsabilidade solidária do hospital, até mesmo quando não existir relação de emprego entre este e o profissional, pois "a relação de preposição de que cuida o art. 932, III, CC é perfeitamente suscetível de interpretação *lato sensu*", sendo suficiente a "satisfação do interesse econômico do preponente, na ação do preposto." [467] Desse modo, mostra-se inafastável a incidência da Súmula nº 341, do STF e, por conseguinte, a legitimidade passiva do hospital. Ademais, o estabelecimento hospitalar, é fornecedor de equipamentos, medicamentos e serviços ao consumidor, mediante remuneração, conforme a delimitado no art. 3º do CDC. Assim, a conta paga pelo cliente inclui o fornecimento de todos esses itens que, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC, impõe ao fornecedor o dever de reparar os danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, ao fornecimento de pessoal, material e equipamentos.

Aliás, segundo o julgado, quando o médico realiza a cirurgia nas dependências do hospital, também se evidencia o interesse econômico deste, pois lucra com a atividade

---

[465] Persiste a responsabilidade do hospital quando não houver vínculo empregatício com o médico que utiliza de seus aparatos para as atividades profissionais. Cf. GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 275; VENOSA, 2006, p. 129; NADER, 2010, p. 409.
[466] KFOURI NETO, 2010, p. 121.
[467] BRASIL, 2001.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

desenvolvida pelo profissional, ainda que sob a roupagem de contrato de locação. Por fim, ressaltou-se que "o médico não atua sozinho. Toda cirurgia envolve equipe médica e auxiliar, medicamentos, equipamentos, aparelhos, serviços que, fornecidos pelo hospital, fixam a responsabilidade deste."[468] Portanto, o fato de a lesão haver decorrido exclusivamente da atuação do médico, sem qualquer participação direta do hospital, não possui o condão de afastar a responsabilidade do hospital, mesmo que inexista o vínculo empregatício ou de preposição entre eles.

Além da responsabilidade solidária do estabelecimento hospitalar, há de ser analisada a atuação dos demais componentes da equipe médica que possa ensejar eventual responsabilidade pelos prejuízos causados ao paciente. Com espeque nos artigos 7º e 25, do CDC[469], existe solidariedade passiva entre todos os que derem causa ao dano. Se a lesão decorreu de erro conjunto da equipe médica e dos auxiliares, não sendo possível distinguir a contribuição de cada um para o evento danoso, responderão solidariamente.[470]

Assim, o consumidor lesado poderá exigir a reparação do dano a qualquer dos indivíduos responsáveis, tendo em vista que, havendo pluralidade de devedores, responde cada um pela dívida inteira. O "credor pode exigir dos devedores individualmente considerados não só o pagamento da totalidade da dívida comum, mas também, que cada qual, ou alguns deles, concorra parcialmente para saldá-la", leciona o ilustre Orlando Gomes.[471] Embora se trate de lição no campo do Direito das Obrigações, tal premissa se aplica às relações de consumo, de modo que o consumidor lesado poderá exigir a reparação integral dos danos de qualquer dos responsáveis, à sua escolha, ou de todos, na parte que lhe couber, facilitando-se, assim, a satisfação dos seus interesses.

5.4.3 O Ônus da Prova

---

[468] BRASIL, 2001.

[469] "Art. 7°. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.
Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."
"Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.
§ 1° Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores."

[470] KFOURI NETO, 2010, p. 110.

[471] GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed., revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 75.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

O médico, ao agir com culpa, profissional ou não, e independentemente da gravidade, deverá ser responsabilizado pelos danos que causar. Todavia, a imposição do dever de indenizar somente ocorrerá se a culpa for devidamente provada, lecionam Mazeaud e Tunc.[472] É entorno desse aspecto que gira a maior complexidade dos casos de responsabilização por erro médico, motivo pelo qual se discutiu a natureza da obrigação assumida pelo profissional da Medicina.

Em se tratando de obrigações de meio, a demonstração da culpa cumpre ser realizada pelo demandante. Por outro lado, quando o profissional assume uma obrigação de resultado e esta não é adimplida, compete àquele provar a ausência de negligência, imprudência e imperícia, ou, ainda, a ocorrência de alguma causa excludente de responsabilidade. Conforme estudado no capítulo anterior, em se tratando de cirurgia plástica estética, o médico assume uma obrigação de resultado e, como consequência, surge a presunção de culpa do profissional e se inverte o ônus da prova.[473] Assim, ante o insucesso da cirurgia embelezadora, ao paciente lesado cabe demonstrar a ocorrência de evento lesivo ou que o resultado prometido não foi alcançado, enquanto ao profissional compete provar que sua conduta não deu causa ao dano, ou que o resultado pretendido não se realizou por fatores adversos, imprevisíveis, que escapam às forças do homem e à arte da médica.

Não obstante seja pacífico entre os tribunais que a cirurgia estética configura obrigação de resultado, tal entendimento, como visto, encontra resistência por parte de alguns autores, que insistem em afirmar que essa especialidade encontra-se sujeita às mesmas regras e intempéries da cirurgia geral, não havendo motivo para tratar com maior rigor a responsabilidade do médico em cirurgia embelezadora. Todavia, os fundamentos através dos quais visam sustentar a divergência não são suficientes para afastar a presunção de culpa, visto que "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova"

---

[472] MAZEAUD, Henri et Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual**. Buenos Aires: Ejea, 1977, p. 160 et seq.

[473] Ao discorrer acerca da presunção de culpa e inversão do ônus da prova, Dias já admitia a sua possibilidade, em determinadas situações, quando o prejudicado tivesse dificuldade para comprovar a existência de culpa do ofensor: "Sem dúvida nenhuma, o que se verifica em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra *actori incumbit probatio*, no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que a prova incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto na apuração de culpa como para a verificação da causalidade. À noção de normalidade se juntam, aperfeiçoando a fórmula, as de probabilidade e de verossimilhança que, uma vez que se apresentem em grau relevante, justificam a criação das presunções de culpa." DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 1, p. 115.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

é direito básico do consumidor, previsto no art. 6º, VIII, do CDC.[474] Assim, independente da análise da natureza da obrigação assumida pelo médico em cirurgia estética, o paciente, havendo remunerado o profissional pelo serviço, é considerado consumidor, nos parâmetros da legislação protetiva, e, como tal, possui o direito *ope judicis* à inversão probatória, se o juiz considerar verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente. Este critério legal, todavia, é de certo modo restritivo, havendo de ser ampliado para alcançar a plenitude da vulnerabilidade do consumidor, abrangendo os aspectos cognoscitivo, intelectual, biopsíquico, cultural, sócio- político e jurídico, não se restringindo à precariedade econômica.[475]

Com efeito, diversas são as circunstâncias que revelam a vulnerabilidade do paciente, ensejando uma maior proteção de seus direitos. Essa vulnerabilidade ultrapassa o momento de execução contratual, sendo expressiva também durante a defesa de seus interesses em litígio judicial. Já "faz parte da tradição e do espírito dos brasileiros não acreditar em ações indenizatórias, suas vítimas não se sentem suficientemente seguras para movimentar a máquina judiciária pedindo o ressarcimento dos danos sofridos", assevera Teresa Ancona Lopez.[476] Assim, torna-se imperiosa a facilitação de sua defesa, inclusive por meio da inversão do ônus da prova, conferindo equilíbrio à relação contratual, visto que, muitas vezes, torna-se impossível ao paciente provar a culpa do médico.

A dificuldade do paciente em provar a existência da culpa do profissional existe, sobretudo, em sua falta de conhecimentos específicos na área, de modo que não possui condições para avaliar causa e efeito, pois sequer entende os procedimentos e o significado dos termos técnicos.[477] Somada à vulnerabilidade cognoscitiva, tem-se, ainda o fato de o atendimento e a cirurgia serem realizados em ambientes reservados; o silêncio dos demais médicos e auxiliares que participaram do procedimento; e o corporativismo que existe entre os médicos, o que dificulta a lisura da prova pericial.[478] Nesse sentido, assevera o ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. que a "perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre

---

[474] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

[475] Segundo José Geraldo Brito Filomeno, por "vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica." Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 12-13.

[476] MAGALHÃES, 1984, p. 310.

[477] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 38.

[478] Ibid., loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e, na maioria das vezes, impede a isenção e a imparcialidade",[479] A categoria médica é bastante unida entorno dos interesses da classe, motivo pelo qual dificilmente produziriam uma prova a favor do paciente e em prejuízo do profissional, numa espécie de "conspiração do silêncio" ou "confraternização profissional."[480]

Interessante notar a importância da aplicação da Teoria da Carga Probatória Dinâmica em casos de provas mais complexas, como o que se apresenta. O dinamismo na distribuição do ônus da prova é amplamente utilizado na Argentina, onde predomina o entendimento que "em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever", afirma Luis Andorno[481]. Essa teoria se baseia na obrigação que têm as partes de levar ao juiz o maior volume de informações necessárias à solução da lide, cumprindo o seu dever de boa-fé. Cada uma, entretanto, encontra-se obrigada a demonstrar os elementos que estejam ao seu alcance. Nas relações firmadas entre médico e paciente, "é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento."[482]

Recaindo sobre o cirurgião o ônus de provar que não agiu com culpa, apenas se exige dele que demonstre haver feito o correto diagnóstico, que indicou a medicação adequada, que empregou os conhecimentos e técnicas indicados às circunstâncias, ou seja, que agiu com as cautelas devidas.[483] Já o paciente limita-se ao dever de provar "que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato" o que não se confunde com a demonstração de um erro de técnica profissional, recorrendo-se às leis Medicina, ou com a verificação de que o médico, naquelas circunstâncias, poderia ter agido de outra forma. "A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ônus."[484]

No caso da cirurgia estética, essa regra dever ser adaptada, visto que o profissional assume uma obrigação de resultado, cabendo "ao autor da ação demonstrar o descumprimento do contrato por parte do prestador dos serviços médicos, mediante a prova de que o objetivo

---

[479] Ibid., loc. cit.
[480] MAGALHÃES, 1984, p. 310.
[481] ANDORNO, 1993, p. 224.
[482] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 38.
[483] ANDORNO, op. cit., p. 233.
[484] DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade médica em Portugal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 289, p. 53-76, jan./mar. 1985, p. 53.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

proposto não foi alcançado"[485], enquanto ao médico não bastará a prova de que agiu diligentemente para que se exima de responsabilidade.

Cumpre notar que, no deslinde do feito, o juiz deve lançar mão de todos os meios de prova válidos e disponíveis, inclusive o depoimento de testemunhas; todos os registros, dentre eles prontuários e exames, que estejam no consultório ou no hospital; laudos; e principalmente as perícias técnicas.[486] Em regra, todas as provas, inclusive a pericial, têm valor relativo. Embora tenha caráter técnico- científico, o laudo pericial pode conter defeitos e inexatidões, podendo o juiz desprezá-lo, segundo o princípio da livre convicção, se assim considerar adequado.[487] Quanto ao prontuário, é dever do médico elaborá-lo e direito do paciente a ele ter acesso.[488] A sua exibição em juízo, se necessária para solucionar a causa, é plenamente possível e, se o profissional se recusar ilegitimamente, poderá o juiz considerar verdadeiros os fatos que estariam sujeitos à prova, segundo a regra dos artigos 355 e 359, do Código de Processo Civil.[489]

O excessivo tecnicismo na análise das provas torna rigoroso o exame da culpa médica, reduzindo a possibilidade de ressarcimento do dano. Para que a reparação das lesões resultantes de erro médico se tornem mais frequentes no Brasil, "é mister que nossos juízes e tribunais amenizem as exigências para a aferição da culpa- e verificação do nexo de causalidade", sugere Kfouri Neto.[490] Não raro os magistrados negam o pleito do paciente lesado por não haver sido a culpa suficientemente demonstrada, mesmo sendo verificado o nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o dano.[491] "O julgador deve ampliar seus limites ao examinar o conjunto probatório", analisar as provas periciais e estudar os fatos que lhe são postos de modo singelo, eliminando o excessivo rigor técnico da prova.[492]

---

[485] AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 38-39.
[486] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 38.
[487] LOPES, João Batista. **Manual das provas no processo civil**. Campinas: Kennedy, 1974, p. 59.
[488] Segundo o Código de Ética Médica, é vedado ao médico:
"Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente."
"Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros."
"Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.
§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz."
[489] AGUIAR JUNIOR, loc. cit.
[490] KFOURI NETO, 2003, p. 86.
[491] MAGALHÃES, 1984, p. 309-331.
[492] KFOURI NETO, loc. cit.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

5.4.4 A Indenização

O termo “indenização” é usado genericamente para definir a reparação do dano causado à vítima, de forma integral e, preferencialmente, restabelecendo o *status quo ante*. Quando, todavia, não for possível restaurar o estado anterior ao ato ilícito por meio de uma reposição natural, a indenização monetária será uma forma de compensação[493], como ocorre, por exemplo, no caso de danos morais. Embora seja possível distinguir indenização, de ressarcimento e compensação, ou reparação, a Constituição Federal, ao assegurar a indenização por danos morais e materiais, utilizou o termo como gênero, do qual os demais seriam espécies, conforme se depreende do seu art. 5º, V e X.[494]

A imposição do dever de indenizar reflete as funções da reparação civil, quais sejam a compensação do dano causado à vítima, a punição do ofensor e a desmotivação social à prática da conduta lesiva. [495] A função compensatória é o objetivo primordial da responsabilidade civil, tendo em vista que se pretende, por meio dela, garantir que à vítima seja devolvido o estado anterior das coisas e, sendo impossível, que haja o ressarcimento pelo equivalente ou que lhe sejam compensados os danos insuscetíveis de redução pecuniária.[496] Em segundo plano, mas também importante, a função punitiva do agressor visa sancioná-lo pela desídia, induzindo- o a não mais proceder desse modo e, consequentemente, assumindo caráter socioeducativo, para permitir o restabelecimento da segurança e equilíbrio almejados pelo sistema jurídico.[497]

Quanto às espécies de dano indenizáveis, a obrigação de reparar qualquer delas não exclui as demais, haja vista que “um único fato pode gerar diversas consequências lesivas, tanto no patrimônio materializado do indivíduo quanto na sua esfera extrapatrimonial de interesses”, lecionam Gagliano e Pamplona Filho.[498] A controvérsia jurisprudencial de outrora foi suplantada pelas súmulas 37 e 387, do Superior Tribunal de Justiça, que permitem a acumulação das indenizações impostas em função dos danos materiais, morais e estéticos,

---

[493] GONÇALVES, 2007, p. 588.
[494] Segundo Carlos Roberto Gonçalves: “*Ressarcimento* é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do dano decorrente de ato ilícito do Estado, lesivo ao particular, como ocorre nas desapropriações.” Cf. Ibid., p. 592.
[495] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 65.
[496] Ibid., loc. cit.
[497] Ibid., p. 66.
[498] Ibid., p. 125.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

ainda que oriundos do mesmo fato, sem, no entanto, constituir *bis in idem*. Conquanto possam derivar do mesmo evento, esses tipos de dano são realidades distintas, autonomamente indenizáveis.

Para a fixação do *quantum* indenizatório, critérios diversos dever ser utilizados, conforme a espécie do dano. Consoante já afirmado, a indenização por dano material é valorada segundo o art. 402 do CC, abrangendo o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar. O dano emergente pode ser aferido por simples operação matemática, em que se calcula a redução do valor economicamente mensurável.[499] Já os lucros cessantes são examinados à luz do princípio da razoabilidade e partindo-se de uma situação fática concreta, não de parâmetros imaginários, questionando se o que foi pleiteado a título de lucros cessantes seria ou não consequência esperável no desenrolar normal dos fatos.[500]

Os danos morais e estéticos também serão analisados sob a ótica da razoabilidade, que guiará o magistrado no arbitramento da indenização, atentando para a repercussão do dano, a intensidade e duração do sofrimento sofrido pela vítima, a possibilidade econômica do ofensor e demais circunstâncias que verificar.[501] Quanto à lesão estética, especificamente, o juiz deve considerar, ainda, a extensão do dano, a sua localização, a possibilidade de correção total ou parcial, as características pessoais da vítima, o nível de importância que o perfil estético desempenha em suas relações sociais e laborais, bem como as restrições pessoais a que se submeteu em função do dano.[502]

Nesse particular, deve-se ressaltar que o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, viabiliza o abrandamento da indenização pelo juiz, caso se verifique a "excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano." Ao que parece, a extensão do dano deixou de ser o único critério legal determinante para a fixação do *quantum* indenizatório.[503] Possibilitar a redução desse montante proporcionalmente à gravidade da culpa do ofensor implica em desconsiderar o sofrimento da vítima, revelando uma preocupação muito maior com o autor do dano.[504] Essa norma, "posto possa se afigurar justa em determinado caso

---

[499] RESEDÁ, 2009, p. 67
[500] CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75.
[501] Ibid., p. 98.
[502] KFOURI NETO, 2003, p. 108-109.
[503] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 177
[504] Correspondente ao parágrafo único do art. 946, do Anteprojeto do Código Civil. Cf. CHAVES, 1995, p. 57-64.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

concreto, rompe definitivamente com o princípio de ressarcimento integral da vítima.”[505] Saliente-se, ainda, que o ilícito pode ensejar a responsabilidade objetiva, caso em que a norma do art. 944 se torna questionável, afinal, não haveria sentido em dispensar a análise da culpa para reconhecer a responsabilidade e invocá-la para beneficiar o causador do dano no momento de fixação da indenização.[506] Portanto, o referido dispositivo deve ser utilizado com cautela, atentando-se para a natureza da responsabilidade e levando-se em conta todas as circunstâncias capazes de influenciar na “valoração” do dano.

Além da típica indenização pecuniária, no caso de lesão decorrente de erro ou inadimplemento contratual em cirurgia plástica estética, ao médico poderá ser imposta a obrigação de realizar novo procedimento com vistas a reparar o dano físico ou promover o resultado anteriormente prometido, de cunho embelezador. Todavia, deve-se possibilitar ao consumidor lesado que a nova cirurgia seja executada por outro profissional, de sua escolha, a ser custeada pelo causador do dano. Na hipótese de ser incorrigível, além de se exigir a devolução do valor pago pelo procedimento e a reparação das demais lesões, impõe-se-lhe a compensação em pecúnia pelos prejuízos morais e estéticos que causou, considerando todos os efeitos que possam gerar no psicológico do paciente, bem como em sua vida social e profissional.

Vale relembrar que as denominadas cláusulas de não indenizar, ocasionalmente previstas em contratos de prestação de serviços médicos, especialmente em cirurgias, não possuem o condão de afastar o dever do médico de reparar o dano por ele causado, consequente ao reconhecimento de sua responsabilidade. Como dito anteriormente, não é possível, por meio desse instrumento, afastar a aplicação de preceitos de ordem pública e a noção de equilíbrio contratual.[507] Tais cláusulas são nulas de pleno direito, na medida em que visam exonerar a responsabilidade do fornecedor e implicam, necessariamente, em renúncia de direitos dos consumidores, sendo, portanto, inaplicáveis.

---

[505] GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade extracontratual no novo Código civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 19, p. 528-533, out. 2002, p. 529.
[506] GAGLIANO, 2002, p. 529.
[507] Id.; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 168.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reparação dos danos causados à vítima deve ser o cerne na responsabilidade civil, pois este é o fundamento de toda sua estrutura. Entretanto, a complexidade que se verifica em determinados casos promove a visibilidade da análise da culpa do ofensor, ofuscando o sofrimento do indivíduo lesado. Ainda que os danos sejam expressivos, por vezes, a sua reparação não ocorre, em função do não reconhecimento de lesões, da ausência de prova da culpa ou da incidência de determinadas causas excludentes de responsabilidade. Com o intuito de contornar essa problemática no âmbito da cirurgia plástica estética, de cujo insucesso podem advir diversos danos, dentre eles os prejuízos físico, material, moral e estético, buscou-se, neste trabalho, realizar um exame crítico do sistema de responsabilidade civil vigente, aplicado às relações de consumo, com vistas a delimitar mecanismos favoráveis à mais ampla e efetiva proteção do paciente lesado. Da minuciosa análise desenvolvida, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) primeiramente, identificou-se no vínculo formado entre o médico e o paciente, para a execução de cirurgia embelezadora remunerada, a existência de uma relação de consumo, nos moldes da Lei 8.078/90, tendo em vista que figuram, de um lado, um fornecedor, que presta serviços mediante remuneração e, de outro lado, um consumidor, destinatário final desses serviços. Portanto, são prerrogativas do paciente todos os direitos básicos previstos no CDC e a proteção conferida pela CF-88, concebidos em face da sua vulnerabilidade, dentre eles o direito à vida, saúde, segurança; o direito de informação; a transparência e boa-fé; a proteção contratual; o direito à prevenção e reparação de danos morais e materiais; o pleno acesso à justiça e a inversão do ônus da prova; e o foro privilegiado. Embora o Código de Ética Médica pretenda afastar a relação de consumo do exercício da Medicina, tal não se concretiza, pois são de ordem pública as normas contidas no CDC. Aceitar o seu afastamento consistiria na negação da vulnerabilidade do consumidor e, ainda, uma afronta à Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo, dentre outros, o respeito à saúde e à qualidade de vida do consumidor;

b) dentre os direitos mencionados, notou-se que o direito à informação ganha maior expressividade e rigor no âmbito da cirurgia estética, visto que, nesta, o ponto central é o que foi informado ao paciente. Tal direito corresponde ao dever do fornecedor de prestar informações corretas, precisas, claras e ostensivas acerca dos

produtos e serviços, bem ainda sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores – informações sem as quais não será possível ao consumidor conceder o seu consentimento informado. É expressão do princípio da boa-fé objetiva, pautado na lealdade, na correção, na cooperação, na transparência e na confiança, que devem nortear a relação de consumo e a aplicação das normas protetivas. Assim, é dever do cirurgião alertar o paciente acerca das reais possibilidades de se atingir o resultado por ele almejado e dos eventuais efeitos negativos da intervenção, sob pena de violar o seu dever de informar, suficiente para respaldar a sua responsabilidade pelo insucesso do procedimento;

c) quanto à discussão acerca da natureza da obrigação assumida pelo cirurgião em procedimentos estéticos, perfilha-se do entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de tratar-se de uma obrigação de resultado, cujo efeito é a presunção de culpa do profissional, invertendo-se, por conseguinte, o ônus da prova, o que, sem dúvida, promove considerável ampliação da proteção conferida ao consumidor em juízo. Malgrado existam fortes divergências, outra conclusão não poderia haver, já que o objetivo precípuo da cirurgia embelezadora é justamente a obtenção de um determinado resultado, almejado pelo paciente e prometido pelo médico;

d) seguindo a premissa da vulnerabilidade do consumidor e pretendendo reestabelecer o equilíbrio na relação de consumo, o CDC prevê a responsabilidade de natureza objetiva para o fornecedor, tanto pelo vício, quanto pelo fato do produto ou serviço. Quanto aos profissionais liberais, a exemplo dos médicos, a regra foi excepcionada, admitindo-se para estes a responsabilização mediante culpa, em função da relação de confiança que se estabelece entre eles e seus clientes, o que atenua consideravelmente a desigualdade que impera em outros contratos de consumo. Portanto, na relação médico- paciente, mesmo sob a proteção do CDC, existem dificuldades para a reparação dos danos sofridos pelo consumidor, haja vista ser necessária a análise de culpa do profissional;

e) conquanto seja mais eficiente na busca pela reparação dos danos causados ao paciente considerar que a obrigação de resultado assumida pelo profissional liberal induz responsabilidade objetiva, conforme sustentado por parcela da doutrina, em sentido contrário ao posicionamento dos tribunais pátrios, não se perfilha de tal argumento neste trabalho, tendo em vista que:

- a norma protetiva não diferencia a responsabilidade do profissional liberal que exerce atividade de meio daquele que assume obrigação de resultado;
- a obrigação de resultado apenas determina a inversão da carga probatória, em face da presunção de culpa, e esta, por si só, não é capaz de tornar objetiva a responsabilidade do profissional liberal, tratando-se apenas de questão afeita ao processo;
- a objetivação da responsabilidade do profissional liberal, ou ainda a assunção da responsabilidade pressuposta, demandaria uma revolução nas bases da responsabilidade civil, o que se revela prematuro hodiernamente. Tal não se afigura como proposta desta pesquisa. Portanto, diante do estágio atual da responsabilidade civil, defende-se a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, independentemente da natureza da obrigação por ele assumida ser de meio ou de resultado. Entende-se, todavia, que o rigor técnico na aferição da culpa profissional deve ser amenizado, buscando eliminar a complexidade do caso apresentado, para que se possa ampliar a proteção do consumidor lesado;

f) registre-se que ao cirurgião é legítimo demonstrar a existência de causas excludentes de responsabilidade. Dentre elas, maior atenção foi conferida à culpa exclusiva da vítima, ao caso fortuito e à força maior. Nos casos de culpa concorrente, concluiu-se que poderá haver repartição de responsabilidade, na proporção de culpa respectiva, amenizando a indenização imposta ao fornecedor. Afinal, não seria compatível com o princípio da boa-fé exigir do médico a reparação integral do dano se o paciente também contribuiu para sua constituição. Quanto ao caso fortuito e à força maior, embora não constem na norma protetiva, concluiu-se pela sua aplicação à atividade médica. Revelam-se quando o profissional, apesar de ter agido diligentemente, não obtém o resultado prometido, devido à alguma característica peculiar do paciente impossível de ser detectada. Ressalva-se, porém, que é dever do médico avaliar os riscos da intervenção cirúrgica, razão pela qual não poderá se eximir de responsabilidade se o dano for inevitável, mas previsível em face do atual estágio da Medicina e, ainda assim, optar por realizar o procedimento;

g) notou-se que, apesar de consistir em responsabilidade contratual, a reparação pelo insucesso da cirurgia estética remunerada subsiste ainda que tenha sido firmada cláusula exonerativa da obrigação de indenizar. Isto porque a *pacta sunt servanda* é

limitada em face do princípio da solidariedade social; do dever do médico de se recusar a executar procedimento que saiba ser desaconselhável em função dos riscos; e, principalmente, por se tratar de cláusula abusiva, nula de pleno direito, conforme disposto no CDC, cujas normas são imperativas e inafastáveis pela vontade das partes, servindo como instrumento jurídico de promoção do equilíbrio contratual e de restabelecimento das expectativas do consumidor, de modo a compensar a sua vulnerabilidade fática.

h) após o estudo das peculiaridades da responsabilidade civil do médico pelo insucesso da cirurgia embelezadora, adentrou-se no objetivo principal deste estudo, consistente na investigação do atual sistema de responsabilidade civil para identificar instrumentos que permitam a ampla e efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Importante aliado na defesa do paciente é a inversão do ônus de provar a culpa, pois ao consumidor caberá tão somente demonstrar a existência do dano e do nexo de causalidade. Esse instrumento confere equilíbrio à relação, na medida em que, por vezes, torna-se impossível ao paciente provar a culpa do profissional, tanto pelo desconhecimento da técnica aplicada, quanto pela falta de perícias conclusivas- fato que impede a identificação de erros, mesmo quando grosseiros, em razão do corporativismo existente entre médicos. Despiciendo, pois, é o exame pelo magistrado dos critérios previstos no CDC para a concessão do benefício da inversão da carga probatória;

i) a esse mecanismo devem ser somados outros instrumentos previstos no ordenamento jurídico, de modo a suplantar as intempéries enfrentadas até a efetiva satisfação do consumidor. Como relevante meio para atingir esse desiderato, tem-se a aplicação do prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do conhecimento do fato e de sua autoria, conforme previsto no CDC, afastando-se o prazo de três anos do Código Civil;

j) restou evidente, ainda, a importância de se reconhecer a responsabilidade solidária entre todos os componentes da cadeia de fornecimento de serviços médico-hospitalares – o cirurgião, o hospital, o plano de saúde e, eventualmente, a equipe médica- para a satisfação dos interesses do paciente. Neste aspecto, cumpre fazer algumas considerações:

   – notou-se que o cerne da questão é saber até que ponto o tipo de relação firmada

entre médico e hospital é relevante para determinar a responsabilidade solidária entre ambos. Conforme demonstrado, havendo erro do médico empregado ou preposto do estabelecimento, aplica-se a Súmula nº 341 do STF. Não afastada a culpa do médico, responderão solidariamente e o fato exclusivamente de terceiro não poderá ser invocado, tendo em vista que o vínculo existente entre eles promove a absorção da atividade do profissional pela empresa;

- em sentido diverso do posicionamento majoritário, entende-se que, mesmo na circunstância em que o cirurgião não é empregado do hospital, utilizando-se apenas da sua infraestrutura para internar o paciente particular, ou quando este tenha buscado diretamente o profissional, existirá a responsabilidade solidária, visto que há o interesse econômico da casa de saúde na atividade desenvolvida pelo médico, ainda que sob a roupagem de contrato de locação, suficiente para respaldar a interpretação extensiva da relação de preposição. Ressalta-se que a cirurgia envolve uma equipe médica e auxiliar, medicamentos, equipamentos e serviços que, fornecidos pelo hospital, fixam a responsabilidade deste;
- considerando que existe solidariedade passiva entre todos os que derem causa ao dano, quanto à equipe médica, responderão solidariamente, se a lesão decorreu de erro conjunto e não for possível distinguir a contribuição de cada um. Nada mais lógico diante da vulnerabilidade do consumidor, que sequer conseguiria delimitar a contribuição de cada integrante da cadeia de fornecimento para a ocorrência do dano e a natureza da relação existente entre eles;
- enfim, o consumidor lesado poderá exigir a reparação do dano a qualquer dos responsáveis, tendo em vista que, havendo pluralidade de devedores, responde cada um pela dívida inteira;

k) ressaltou-se, por oportuno, que a imposição do dever de indenizar reflete as funções da reparação civil, sendo que a função compensatória é o seu objetivo primordial, tendo em vista que se pretende, por meio dela, garantir que à vítima seja devolvido o *status quo ante* e, sendo impossível, que haja o ressarcimento pelo equivalente ou que lhe sejam compensados os danos insuscetíveis de redução pecuniária. Em segundo plano, mas também importante, a função punitiva do agressor visa sancioná-lo pela desídia, induzindo-o a não mais proceder desse modo e,

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

consequentemente, assumindo caráter socioeducativo, para permitir o restabelecimento da segurança e equilíbrio almejados pelo sistema jurídico;

l) por fim, no que tange aos danos suscetíveis de reparação, registra-se que a CF-88, ao reconhecer a proteção de direitos de personalidade, assegura também a indenização por danos morais. Aliás, a controvérsia de outrora, no tocante à viabilidade de cumulação dos danos sofridos, foi suplantada pelas súmulas 37 e 387, do STJ, que permitem a acumulação das indenizações impostas em função dos prejuízos materiais, morais e estéticos, ainda que oriundos do mesmo fato, sem, no entanto, constituir *bis in idem*, por constituírem realidades distintas, autonomamente indenizáveis.

Ante as conclusões acima delineadas, observa-se que a análise desenvolvida neste trabalho, tomando por base o sistema vigente de responsabilidade civil, à luz do sistema protetivo do consumidor, revela-se de grande valia para a proteção dos interesses do paciente lesado em face do insucesso da cirurgia estética, tendo em vista que as ferramentas apresentadas são úteis e plenamente aplicáveis para a promoção da efetiva reparação do dano sofrido, em todas as suas faces.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil dos médicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDORNO, Luis. La responsabilidad civil médica. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 224-235, nov. 1993.

ANUNZIATO, Luis. **El conflicto en la relación médico- paciente**: de la actuación profesional a la mala praxis. Buenos Aires: Centro Norte, 2001.

ÁRIAS, Elisangela Fernandez. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 8, n. 23, nov. 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_ link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142>. Acesso em: 11 abr. 2013.

ATAZ LÓPEZ, Joaquin. **Los médicos y la responsabilidad civil**. Madrid: Montecorvo, 1985.

AVECONE, Pio. **La responsabilitá penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981.

AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia plástica**: obrigação de meio. São Paulo: Hipócrates, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio de Janeiro, 1984. v. 4.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da]**

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 605.435/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, DF, 14 set. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 nov. 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1088609&sReg=201100414220&sData=20121128&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.097.955/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 27 set. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 3 out. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1092790&sReg=200802398694&sData=20111003&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.180.815/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 19 ago. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=996199&sReg=201000255310&sData=20100826&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.254.141/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 4 dez. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1199921&sReg=201100789394&sData=20130220&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 236.708/MG. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 maio 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=854757&sReg=199900990994&sData=20090518&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 258.389/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 jun. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 ago. 2005a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=540244&sReg=200000445231&sData=20050822&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 419.026/DF. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Brasília, DF, 26 out. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 fev. 2005b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=376976&sReg=200200271013&sData=20050221&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 605.435/RJ. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, DF, 22 set. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 nov. 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=752264&sReg=200301675641&sData=20091116&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 81.101/PR. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Brasília, DF, 13 abr. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 31 maio 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 899.869/MG. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 13 fev. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 mar. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=672225&sReg=200600464423&sData=20070326&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 908.359/SC. Relator para acórdão: Min. João Otávio Noronha. Terceira Turma. Brasília, DF, 27 ago. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=766053&sReg=200602569898&sData=20081217&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 985.888/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 fev. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1123401&sReg=200700887761&sData=20120313&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Brasília, DF, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº. 52.276/99. Relator: Des. Mario Machado. Quarta Turma Cível. Brasília, DF, 18 dez. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1. mar. 2001. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/134135/134358.doc>. Acesso em: 15 jul. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANAL, Raul. **O exercício da medicina e suas implicações legais**. Brasília: Bárbara Bela, 2000.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

CARVALHO JÚNIOR, Paulo Rangel de. Responsabilidade civil médica. **DireitoNet**, [s.l.], 15 set. 2009. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5232/Responsabilidade-civil-medica>. Acesso em: 16 abr. 2013.

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

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **Responsabilidade por fato do produto no Código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. **Il danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2000.

CERECEDO CORTINA, Vicente B. Iatrogenia y erro médico. **Revista Médica del Hospital General de México**, Cidade do México, v. 60, n. 2, abr./jun. 1997.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995. v. 3.

COLTRI, Marcos. Responsabilidade médica: o "erro médico" e suas consequências. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 390, p. 30-32, abr. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 15 jul. 2013.

COSTA JUNIOR, João Batista de Oliveira e. **Aspectos médico-legais da anestesia**. São Paulo: São Camilo, 1962.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____; _____. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica, teoria da eleição procedimental, iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Milano: Giuffrè, 1954.

DEMOGUE, René. **Droit des obligations**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923a.

_____. **Traité des obligations en general**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923b.

DENARI, Zelmo. Da qualidade dos produtos e serviços: da prevenção: da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

DIAS, João António Álvaro. **Dano corporal**: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade médica em Portugal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 289, p. 53-76, jan./mar. 1985.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não- indenizar**: chamada clausula de irresponsabilidade. 4. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 1.

_____. _____. 7. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. _____. 10. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

DIREITO, Carlos Alberto Meneses. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 11-19, jan./abr. 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDEZ COSTALES, J. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid: La Ley, 1987.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de processo ético-profissional dos conselhos de medicina do Brasil**. São Paulo: Lumen Juris, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade extracontratual no novo Código civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 19, p. 528-533, out. 2002.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro:

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Renovar, 2000.

GAUDERER, Ernst Christian. **Os direitos do paciente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 101-116, jan./mar. 2001.

_____. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2002. v. 5.

GOMES, Julio Cezar Meireles; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. Montes Claros: Unimontes, 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed., revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONZALEZ MORÁN, Luis. **La responsabilidad civil del médico**. Barcelona: Bosch, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

HARGER, Márcio Roberto . A natureza jurídica da relação jurídica médico-paciente. **Revista Jurídica de São José**, São José, SC, v. 6, 2002. Disponível em: <http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.doc>. Acesso em: 5 maio 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, Bauru, n. 39, p. 503-512, jan./abr. 2004.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 5.

INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGERY. **ISAPS international survey on aesthetic/cosmetic procedures performed in 2011**. [Hanover, NH, USA]: ISAPS, 2012. Disponível em: <http://www.isaps.org/files/html-contents/Downloads/ISAPS%20Results%20-%20Procedures%20in%202011.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2013.

INTRONA, F. **La responsabilità professionale nell'esercizio dele arti sanitarie**. Padova:

Cerdam, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**: responsabilidade civil do dentista, completo ementário cível e criminal, jurisprudência do CRM e planos de saúde, acórdãos cíveis na íntegra. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. _____. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código civil e Código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. Por uma nova responsabilidade civil na área de saúde: uma crítica ao regime reservado às atividades com células- tronco. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de direito civil contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica: análise dogmática. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, v. 6, set./dez. 1996.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações e consumo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **Manual das provas no processo civil**. Campinas: Kennedy, 1974.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 5.

LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo. **Defensas en las negligencias médicas**. Madrid: Dykinson, 1991.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Youssef Said (Coord.). **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no Código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Maria Clara Vergara. **Responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica embelezadora**. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/maria_marques.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____. (Coord.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

MAZEAUD, Henri et Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual**. Buenos Aires: Ejea, 1977.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do dano**: como fundamento da responsabilidade civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MEYER, Philippe. **A irresponsabilidade médica.** São Paulo: UNESP, 1993.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 22.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Astrea, 1979.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Responsabilidade por Perdas de Chances. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 23, p. 28-46, 2005.

NORRIS, Roberto. **Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Stênio Rolim de. A responsabilidade civil do médico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_d=9481>. Acesso em: 16 abr. 2013.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **OPAS/OMS Brasil**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://new.paho.org/bra/>. Acesso em: 9 jun. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1997.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. _____. 9. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOLI, Roberta Raphaelli. A responsabilidade médica nas cirurgias plásticas. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 390, p. 38- 39, abr. 2013.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Lisboa: Almedina, 2005.

REIS, Leandro Roberto de Paula. **A responsabilidade civil dos médicos nas cirurgias plásticas estéticas**. [Pouso Alegre], 2005. Disponível em: <http://www.evandroreis.adv.br/responsabilidade.doc>. Acesso em: 16 abr. 2013.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito, 2009.

RIBEIRO, João Bosco Araújo. Excludentes de responsabilidade civil do profissional médico. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 390, p. 34-35, abr. 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2004.001.11913. Relator: Des. Jose Carlos Maldonado de Carvalho. Nona Câmara Cível. Rio de Janeiro, 26 abr. 2005. **Diário da Justiça**, Rio de Janeiro, 4 ago. 2005. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031EC7FF76A57D642BA2516D13E8A0970F1446C31D5025>. Acesso em: 15 jul. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **A reparação nos acidentes de trânsito**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Responsabilidade civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROLLO, Arthur Luiz Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e punitive damages nas relações de consumo: distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El médico ante el derecho**. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

SANCHES, Sydney. **Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANT'ANNA, Guilherme Chaves. **Responsabilidade civil dos médicos anestesistas**. in: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 2004.029402-5. Relator: Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil. Terceira Câmara de Direito Civil. Florianópolis, 4 mar. 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, Florianópolis, 11 abr. 2005. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/integra.do?rowid=AAAbmQAAAAAOMpBAAA&tipo=acórdão>. Acesso em: 15 jul. 2013.

SANTOS BRIZ, Jaime. **La responsabilidad civil**: derecho sustantivo y derecho procesal. 3. ed. Madrid: Montecorvo, 1981.

_____. _____. 4. ed., actual. y rev. Madrid: Montecorvo, 1986.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista pratico. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos., 1981. v. 21.

SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile**: en Droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica**: civil, criminal e ética. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Nise. **Jung**: vida e obra. 16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. **Tribuna da Magistratura**, São Paulo, n. 75, p. 65-73, set. 1996.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao código civil de 2002. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 311, p. 18-43, set. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 6, p. 3-19.jun. 2001.

VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. 3. ed. Campinas: E. V., 1995.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1.

VELOSO, Genival. **Direito médico**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 4.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

_____. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.