

MARCELLA PATRÍCIA DEZZEN BORGES

ERRO MÉDICO:

Responsabilidade civil do cirurgião plástico

MARCELLA PATRÍCIA DEZZEN BORGES

ERRO MÉDICO:

Responsabilidade civil do cirurgião plástico

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Me. Rivaldo Jesus Rodrigues.

MARCELLA PATRÍCIA DEZZEN BORGES

ERRO MÉDICO:
Responsabilidade civil do cirurgião plástico

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível, que iluminou meu caminho em busca da realização dessa nova fase da minha vida, concluir com êxito a faculdade. Logo aos meus pais, Marcelo Jacob Borges e Patrícia do Prado Dezen Borges que, através dos incentivos, pelo carinho, atenção, estímulo, motivação e compreensão durante a realização desta construção teórica, contribuíram para o meu sucesso acadêmico. Ao meu noivo Matheus Rodrigues da Cruz que foi um grande parceiro nessa etapa nada fácil, sempre esteve ao meu lado com muita paciência e carinho, compartilhando os inúmeros momentos de ansiedade e estresse. Ao Prof. Me. Rivaldo Jesus Rodrigues, meu orientador, pela disponibilidade e atenção, apoio e pela orientação segura e competente. Ao corpo docente de professores que compartilharam seus conhecimentos, possibilitando enriquecer meus estudos. E todos que de alguma maneira, seja direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta o tema: responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. Sua evolução histórica até os dias atuais, seu progresso em nosso país, suas pressuposições e suas espécies. No entanto, prioriza-se o estudo a respeito da responsabilidade civil do médico no exercício de suas funções. A classificação de sua obrigação com paciente, o erro médico e seus deveres, assim como as suas aplicações no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor são assuntos tratados nessa pesquisa. O foco do estudo baseia-se na diferença entre a cirurgia plástica reparadora e estética, bem como o tipo de responsabilidade e os efeitos jurídicos penais, civis e administrativos sofridos pelo cirurgião. São explanados os requisitos da responsabilidade civil, a relação do Direito com a Medicina, assim como a relação do médico com o paciente ante a ética médica que deve ser seguida. Por fim, foi dissertado sobre o tipo de responsabilidade que o envolve e a obrigação assumida nas cirurgias plásticas.

Palavras-chave: Cirurgia Plástica Reparadora; Cirurgia Plástica Estética; Obrigação de Resultado do Médico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL	03
1.1 Evolução histórica.....	03
1.2 Conceito.....	05
1.2.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	06
1.2.2 Responsabilidade contratual.....	07
1.2.3 Responsabilidade extracontratual.....	09
1.3 Consequências.....	11
1.3.1 Estado de necessidade.....	12
1.3.2 Legítima defesa.....	12
1.3.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.....	13
1.3.4 Caso fortuito e força maior.....	14
1.3.5 Culpa exclusiva da vítima.....	15
1.3.6 Fato de terceiro.....	15
1.3.7 Cláusula de não indenizar.....	16
CAPÍTULO II – DA ATIVIDADE MÉDICA	17
2.1 Contexto histórico.....	17
2.2 Da responsabilidade médica: contratual e extracontratual.....	21
2.3 Relação médico e paciente.....	24
2.4 Erro médico.....	26
2.5 Natureza da responsabilidade médica.....	27
2.6 Dos deveres do médico.....	28
CAPÍTULO III – DA CIRURGIA PLÁSTICA	29
3.1 Responsabilidade do médico cirurgião plástico.....	29
3.2 Obrigação de meio ou resultado.....	30
3.2.1 Obrigação de meio.....	30
3.2.2 Obrigação de resultado.....	33
3.3 Do ônus da prova.....	34
3.3.1 Inversão do ônus da prova e o código de defesa do consumidor.....	36
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

O instituto da Responsabilidade Civil Médica teve seu início no primórdio dos tempos. Desde o Código de Hamurabi, primeiro documento que regravava a respeito da atuação médica e o exercício da profissão, comprovando assim que os mundos jurídicos e médico sempre estiveram e progrediram lado a lado. Da concepção desse código até os dias atuais ocorreram várias mudanças e adequações referentes às legislações que regulam o erro médico.

As lesões e resultados negativos, não almejado pelos pacientes submetidos à cirurgia plástica devido as expectativas diversas por parte dos contratantes dos serviços médicos ou ainda, expectativas frustradas, de fato, é um problema que vem crescendo nos dias atuais e são causas frequentes de processos de indenização civil e em alguns casos, os médicos são responsabilizados até mesmo penalmente.

Nasce no campo do direito, o embate entre médico e paciente no tocante a obrigação, se de meio ou de resultado, e a responsabilidade do médico cirurgião, considerado profissional liberal. Não há consenso se o exercício da medicina promete cura ou exige apenas que o profissional exerça seu trabalho com perícia e diligência seguindo o padrão de conduta ética e o comprometimento por parte do profissional em favor da melhora de seu paciente. Por esse motivo nasce a preocupação do Direito em judicializar a conduta do médico.

Justifica-se o trabalho visto que o ramo da medicina estética é cada vez mais explorado, uma vez que as pessoas procuram por padrões de beleza impostos pela sociedade, havendo um crescimento considerável de demandas a respeito do erro médico na cirurgia plástica. Como toda ciência do século XXI, a medicina caminha

com uma velocidade imensurável, deparando-se com diversas descobertas e tecnologias que a auxiliam para um melhor desempenho.

No primeiro capítulo objetiva-se abordar como se deu a evolução histórica, características e consequências da Responsabilidade Civil, a fim de melhor compreender sobre a temática dessa pesquisa.

No segundo capítulo, o assunto abordado diz respeito à natureza jurídica da atividade médica, como se dá a responsabilidade médica contratual, extracontratual; objetiva e subjetiva ante o ordenamento jurídico nacional e a conceituação do que vem a ser o erro médico diante das leis e código que rege a área da medicina.

Já no terceiro capítulo, trata-se acerca da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, bem como do tipo de obrigação assumida pelo, se de meio ou de resultado e o ônus da prova, expondo-se os fundamentos trazidos pelo direito pátrio sobre o tema.

Diante deste panorama, discute-se os fins e os meios da cirurgia plástica, tendo defensores doutrinários da cirurgia plástica estética como uma obrigação de resultado, em sua maioria, e outros que defendem ser uma obrigação de meio, visto a imprevisibilidade do comportamento natural do corpo humano. Este é o objetivo do presente projeto, a análise da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, com o estudo da responsabilização por atividade de meio e por atividade de resultado, visto que cabe ao operador do Direito reconhecer os requisitos para inserir o caso em concreto em cada linha de defesa ou acusação, as leis que asseguram os direitos dos médicos e pacientes.

A pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão planteada, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, entidade presente no direito dos diversos sistemas jurídicos, em nível mundial, continua tendo como imprescindíveis na sua abordagem jurídica os conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva, ou seja, a presença, ou não, de culpa na conduta do agente causador do dano. Essa responsabilidade caracteriza-se, necessariamente, no caso do médico, pela presença de culpa no agir do profissional. Portanto, faz-se imprescindível abordar como se deu a evolução histórica, características e consequências da Responsabilidade Civil, a fim de melhor compreender sobre a temática dessa pesquisa.

1.1 Evolução Histórica

Nos primórdios da civilização humana, o sentimento de justiça e de vingança era característica marcante dos indivíduos que viviam em pequenos grupos. Quando um membro do grupo sofria algum dano, todos os demais se revoltavam e a vingança se tornava coletiva em relação aos demais. O responsável pelo prejuízo era banido do grupo e em alguns casos, poderia até mesmo ser morto.

Após esse período, passou-se para a fase da vingança privada, onde o sujeito que era vítima de agressão, revidava com outra agressão, era a famosa Lei de Talião, mais conhecida como “olho por olho, dente por dente”. (DINIZ, 2003).

Tempos depois, evoluiu-se para uma forma de reparação do dano através do direito com a intervenção do poder público, em casos em que se fazia necessário, através da Lei das XII Tábuas, onde era aplicado um valor da pena que deveria ser pago pelo causador do prejuízo. Nesse período após analisar que a vingança não era

o meio mais adequado para se conseguir a reparação do dano, houve um importante marco histórico da responsabilidade civil, a edição da Lex Aquilia (VASCONCELOS, 2007).

DINIZ (2011, p. 27) entende que:

"A Lex Aquilia de Damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa."

Nessa fase começou a haver a interferência do Estado nos conflitos privados, onde o indivíduo era obrigado a renunciar à vingança e a vítima era obrigada a aceitar.

O causador do prejuízo era obrigado a responder pela reparação pecuniária do dano que era suportado por seu patrimônio (DINIZ, 2003).

Foi apenas com aperfeiçoamento das ideias românicas realizada pelo direito francês que se estabeleceu um princípio geral de responsabilidade civil, nesse período houve a separação da responsabilidade penal e civil e o surgimento de uma responsabilidade contratual e extracontratual. Conforme GONÇALVES:

Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante à vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *In Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. (2012, p.25)

Com o desenvolvimento industrial e tecnológico, surgiram novas teorias que buscavam a reparação dos prejuízos suportados pela vítima, e conseqüentemente houve um aumento de danos. A partir de então, a responsabilidade civil passou a ter novos fundamentos que se baseavam no dever de reparação fundada na ideia de culpa (subjéctiva), assim como na reparação baseada no risco (objéctiva) (VENOSA, 2006).

1.2 Conceito

A expressão responsabilidade teve sua origem no latim com a palavra *respondere*, que remete a ideia de compensação, restituição, isto é, de responsabilizar determinado indivíduo pelas práticas danosas que der causa (STOCO, 2004). Gagliano e Pamplona Filho destacam que:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano). (2011, p. 46)

A responsabilidade civil versa sobre as possíveis chances de uma pessoa ser responsabilizada quando causar dano a outrem, e como será executada essa responsabilização, isto é, quais as medidas de reparação serão adotadas em relação a vítima. É um guia para a vida em sociedade, na medida em que disciplina e cria regras determinando como deverá ser o comportamento do ser humano, evitando, inclusive, situações de ações ou omissões que possam gerar certo prejuízo a alguém.

Segundo STOCO:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (2007, p. 114)

Quando determinadas normas de conduta não são observadas, ou caso a prática destas, causem qualquer dano a vítima, seja pela ação ou omissão de determinado indivíduo, esta terá o dever de ressarcir o prejuízo a qual deu causa. Conforme Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (2017) a reparação civil possui três funções que são: a compensação do dano à vítima, a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.

A primeira função da responsabilidade civil se baseia em medidas de reparação do dano, o qual é causado por um indivíduo à determinada pessoa. Tais

normas buscam trazer a vítima ao seu *status quo ante*, garantindo, assim, o equilíbrio nas relações jurídicas. Não sendo possível reparar o bem perdido, ou, não sendo possível tal situação, determina-se o pagamento de um *quantum* indenizatório.

Como segunda função, embora não seja o objetivo, a obrigação imposta ao ofensor também constitui um efeito punitivo pela ausência de cautela que o indivíduo deveria ter na prática de seus atos e assim não o fez, induzindo-o a não mais lesionar.

Por fim, tem-se a terceira função, que podemos destacar como a de caráter socioeducativo, onde condutas semelhantes se tornarão públicas, a fim de mostrar que as mesmas não serão toleradas, alcançando assim, mesmo que por via indireta, a sociedade, e resgatando-se a harmonia e a segurança almejadas pelo direito.

1.2.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil possui suas próprias características, e uma delas é sua divisão em responsabilidade subjetiva e objetiva. Determinada classificação não está relacionada as suas diferentes classificações e espécies, mas sim aos modos distintos de se distinguir a obrigação de indenizar.

A doutrina subjetiva traz um princípio fundamental para classificar a responsabilidade civil, que determina que cada indivíduo responderá pela sua própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet* – cabendo ao autor o ônus de provar a culpa do agente infrator (GAGLIANO, 2007).

Diante disso, existem circunstâncias onde a lei impõe essa responsabilidade a uma pessoa que não causou diretamente o dano, mas sim por alguém com quem possui alguma relação jurídica. Refere-se, portanto, a uma responsabilidade civil indireta, onde o elemento culpa é presumido, em razão do dever legal de cautela que a esta deveria ter.

Contudo, há contextos onde o elemento culpa torna-se irrelevante para que ocorra a caracterização da responsabilidade civil. Nessas hipóteses estaremos diante da responsabilidade objetiva que possui como requisitos o dano, a conduta e o nexos

causal, isto é, o agente causador do dano deverá indenizar a vítima mesmo que não seja comprovada sua culpa (ALVIM, 2013).

O Código de Defesa do Consumidor, estipula que o fornecedor de serviços ou produtos, possui responsabilidade objetiva quando for demonstrada a relação de consumo, exceto nas hipóteses que se tratam de profissionais liberais, vejamos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)

Já o Código Civil, dispõe que a obrigação de reparar o dano não exige o elemento culpa quando assim estabelecer a lei ou quando a atividade desenvolvida pelo agente, causador do dano, oferecer risco para os direitos de terceiros:

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. (BRASIL, 2002)

Portanto, na responsabilidade civil subjetiva é de suma importância que haja a comprovação da culpa do agente causador do dano, em contrapartida a responsabilidade civil objetiva é irrelevante a demonstração da culpa do indivíduo.

1.2.2 Responsabilidade contratual

A estipulação de um contrato prevê que ambas as partes devem cumprir as obrigações que se comprometeram. Este tipo de responsabilidade é conhecida como contratual. O não cumprimento do acordado no contrato gera o dever de indenização à parte que foi prejudicada.

Essa modalidade de responsabilidade encontrava-se presente no Código Civil de 1916, contudo, ela persistiu na elaboração da nova legislação civil. Silvio Venosa faz um paralelo relacionando os artigos correspondentes de ambas legislações:

Nosso Código de 1916, fiel à tradição, trata da responsabilidade contratual nos artigos 955 a 963 (novo, artigos 389 ss), 1056 a 1064; e da responsabilidade extracontratual nos artigos 159 e 160 (novo, artigos 186 a 188) e 1518 ss (novo artigos 927 ss). Como se percebe, a mesma sistemática é mantida no Código Civil de 2002, embora muitos dispositivos sejam alterados e outros acrescentados (VENOSA, 2003, p.21 e 22).

Várias são as conceituações encontradas a respeito da responsabilidade contratual. Silvio Rodrigues conceitua a responsabilidade contratual da maneira mais didática possível, fundamentando que "A responsabilidade contratual é a que deriva de um contrato que pressupõe válido, assim ocorrendo o inadimplemento de uma das partes, que cause prejuízo, fica o causador obrigado a reparar as perdas e danos experimentados pelo prejudicado" (2002, p.09).

Regido por um contrato onde as partes acordam cumprir suas obrigações, não se pode admitir que nenhuma parte haja de maneira diferente do estipulado no contrato. Por esse motivo, havendo prejuízos a outra parte, seguirá o dever de indenização ao causador do prejuízo.

Sobre a indenização na responsabilidade contratual, o Silvio Rodrigues observou que:

Na responsabilidade contratual a indenização, em muitos casos, é, por igual, um substitutivo da prestação contratada. Quando um artista, contratado para uma série de apresentações, recusa-se a dar um ou mais dos recitais combinados, fica ele sujeito a reparar as perdas e danos experimentados pelo empresário. A indenização abrangerá o prejuízo efetivo, tais o aluguel do teatro, a publicidade feita, a impressão das entradas etc., bem como o lucro cessante, ou seja, o proveito que o empresário razoavelmente poderia ter tido. Mas a cifra arbitrada em dinheiro, que será paga pelo artista inadimplente, não é a prestação prometida, mas apenas um sucedâneo dela (2002, p.09).

Na responsabilidade contratual as provas deverão ser demonstradas por aquele que descumpriu o avençado no contrato. Silvio Rodrigues em seus

ensinamentos respalda desta forma, "[...] o ônus *probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente de responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar" (2002, p.10).

Várias são as situações de responsabilidade civil. Maria Helena Diniz cita a atividade médica e exemplifica uma situação pertinente ao trabalho ora em estudo, que é a quebra de um contrato e o surgimentos do dever de indenização:

É o que acontece com os danos oriundos da atividade médica, quando o médico responderá contratualmente pela *mala praxis* (ou má prática da medicina). P. ex.: se o médico, imprudentemente. Provocar lesões no paciente, ter-se-á dano patrimonial indireto, consistentes gastos com tratamento e em lucro cessante pelo doente deixou de auferir durante sua convalescência. Mas esse dano é indireto por ser originário de lesão à integridade corporal, que é um *interesse não econômico* do paciente (2003, p.127).

Em nosso ordenamento jurídico a distinção da responsabilidade contratual da extracontratual já está bem caracterizada, inexistindo vínculo jurídico entre o autor e a vítima do dano na responsabilidade extracontratual. O ilustre Doutrinador Carlos Gonçalves diferencia os dois tipos de responsabilidade com maestria da seguinte maneira:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito (GONÇALVES, 1996).

Esta distinção entre ambas responsabilidades está reforçada inclusive na legislação brasileira, destinando um artigo para responsabilidade extracontratual (artigo 180) e alguns artigos para responsabilidade contratual (389 e ss).

1.2.3 Responsabilidade extracontratual

A responsabilidade que não é originada de um contrato é chamada de extracontratual, podendo ser conhecida também como aquiliana. Esta responsabilidade é derivada de um ato ilícito extracontratual, um evento danoso resultante da inobservância das normas jurídicas.

A professora Maria Helena Diniz conceitua esse tipo de responsabilidade:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana é a resultante de violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado (2003, p.460).

Lembra-se que é necessário para caracterizar a responsabilidade extracontratual a infringência de um dever legal, e que nenhum vínculo jurídico exista entre a vítima e o causador do dano.

O professor Silvio Rodrigues caracteriza a responsabilidade extracontratual assim, "Na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar" (2002, p.10).

A responsabilidade extracontratual poderá ser fundada na culpa (teoria subjetiva) ou no risco (teoria objetiva). Quando estiver presente o elemento da culpa nesse tipo de responsabilidade o professor Caio Mário respalda:

Na culpa extracontratual, o lesado é quem deve demonstrar todos os elementos da responsabilidade, quais sejam, o dano, a infração da norma e o nexos de causalidade, já na culpa contratual, inverte-se o ônus probatório, ficando o lesado em uma posição mais vantajosa (1999, p.247).

Assim conforme foi salientado a culpa extracontratual é a violação de um direito de outrem, sendo que tal direito resulta da lei e não do contrato, como no caso da responsabilidade contratual.

Tornando o estudo da responsabilidade extracontratual mais dinâmico, cita-se o exemplo que Carlos Gonçalves menciona em seus ensinamentos:

Se a responsabilidade for extracontratual, (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, por que não precisa provar a culpa. Basta provar que o

contrato que não foi cumprido e, em consequência, houve o dano (1996, p.23).

Como fora explanado anteriormente, a responsabilidade contratual deriva de uma autonomia da vontade, um contrato, enquanto que a responsabilidade extracontratual independe desta vontade. Portanto, há a presunção de culpa na responsabilidade contratual, em contrapartida, na responsabilidade extracontratual, a demonstração de culpa deverá recair sobre a vítima do ato ilícito.

1.3 Consequências

Entende-se que quando o contratante descumpre sua parte no contrato, pode ser obrigado a adimpli-lo judicialmente, tanto que o estatuto processual tem normas específicas de procedimento para as obrigações de dar, fazer e de não fazer (VENOSA, 2009).

Para William Miyada (2010), antes de firmar o contrato, existem negociações subjetivas, e tais relações, em alguns casos podem gerar danos aos contratantes, como nos casos de recusa de contratar, ou seja, quem injustificadamente desiste de contratar após iniciar eficientes tratativas, pode ser obrigado a indenizar, ou no rompimento de negociações preliminares, pois há de se acreditar que nas preliminares da contratação já se tenha atribuído espírito dos postulantes da verdadeira existência do futuro contrato. Silvio de Salvo Venosa, afirma que responsabilidade civil decorre primordialmente do complexo geral da boa-fé objetiva em torno dos negócios jurídicos. “Trata-se de um dever acessório de conduta dos contratantes, depois do término das relações contratuais, que se depreendendo sentido individualista do contrato” (2009, p. 475).

Existem causas Excludentes de Responsabilidade Civil. As causas excludentes são situações que atingem um dos pressupostos da responsabilidade civil rompendo o nexos causal. São causas que isentam ou exoneram o autor da responsabilidade e por fim, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória. As exceções são em relação a culpa da vítima (que pode ser exclusiva ou concorrente), caso fortuito e a força maior. Tem por objetivo quebrar o liame entre a conduta do agente e o dano. Para melhor compreensão, segue cada uma das espécies de excludentes de responsabilidade.

1.3.1 Estado de necessidade

Prevista no Código Civil em seu artigo 188, inciso II, o estado de necessidade é uma situação de agressão a um direito alheio, é quando se causa um dano a outra pessoa no qual te fez agir em estado de necessidade. (BRASIL, 2002)

Artigo 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Pode-se perceber que a lei menciona que o estado de necessidade não constitui ato ilícito, mas, toda vez que causar dano injusto a uma pessoa inocente o mesmo será chamado a indenizar, conforme o artigo 929 do Código Civil, que dispõe: “Se a pessoa lesada, ou dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito a indenização do prejuízo que sofreram.” (BRASIL, 2002)

O agente mesmo atuando em estado de necessidade, será responsabilizado por qualquer excesso que venha a cometer, pois, o mesmo não está isento de atuar nos limites de sua necessidade. Em caso de terceiro atingido, o mesmo tem direito de exigir indenização daquele que ocasionou o dano. E no caso, se esse que ocasionou o dano assim o fez para evitar um dano maior, quem responderá foi quem provocou a situação de perigo.

1.3.2. Legítima defesa

Também com fundamento no artigo 188 de Código Civil, I, a legítima defesa ocorre quando o agente faz uma injusta agressão a direito seu ou de outrem. É necessário também que essa agressão seja atual ou eminente, ou seja, que esteja ocorrendo ou prestes a acontecer. Só quando existir o perigo é válido o estado defesa, e a necessidade da mesma. (BRASIL, 2002)

No artigo 188, I, primeira parte, e art. 160, I, do CC, diz a respeito da legítima defesa real, onde pressupõe a reação proporcional a agressão sofrida e não exceder os limites do necessário, pois, caso contrário, os danos praticados com excesso na legítima defesa tornam-se indenizáveis. (BRASIL, 2002)

O Código Civil nos diz que os atos praticados em legítima defesa não 11 constituem ato ilícito, assim, o dano que foi causado pelo agente acobertado por essa causa de isenção, não será indenizável. (BRASIL, 2002)

Artigo 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Se o agente na prerrogativa de defesa, atingir um terceiro inocente, o mesmo será responsável por indenizá-lo, cabendo assim ação regressiva contra o verdadeiro agressor, conforme os artigos 929 e 930 do Código Civil:

Artigo 929. Se a pessoa lesada, ou dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito a indenização do prejuízo que sofreram.

Artigo 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Em relação a legítima defesa putativa, que é quando o agente, em face de outra pessoa repele-a, utilizando dos meios necessários para sua defesa em detrimento de uma suposta agressão, essa conduta não deixa de ser considerada ilícita, portanto, não isenta o autor da obrigação de indenizar, ou seja, deverá ressarcir o sujeito atingido.

1.3.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal

Nesse caso o autor causador do dano age em detrimento por dispositivo de lei que permite que o mesmo realize sua atividade, conforme o artigo 188, I, segunda parte. Mas, quando há a caracterização do abuso de direito, ou seja, quando

o sujeito extrapola seus limites - teoria do célebre caso de Clement Bayard – essa situação é desautorizada pela ordem jurídica, podendo repercutir na esfera criminal. (BRASIL, 2002) Pondera Silvio Rodrigues:

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há o abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz esse jurista, os direitos são 12 conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo a sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (2002, p. 314)

Portanto, para a identificação do abuso de direito adotou-se o critério finalístico. No artigo 37, § 6º da CF, diz que se o agente tiver causado o dano com culpa ou dolo, o Estado indenizará a vítima e terá direito de regresso em face do causador do dano. (BRASIL, 1988)

1.3.4 Caso fortuito e força maior

Com fundamento legal no artigo 393, parágrafo único do Código Civil, tanto o caso fortuito quanto a força maior é um fato necessário cujos efeitos são impossíveis evitar ou prevenir. (BRASIL, 2002) Segundo Maria Helena Diniz:

Na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. [...] o caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte. (2002, p. 347)

Pode-se entender então que caso fortuito é um evento imprevisível e a força maior pode ser previsível, porém, inevitável. Em relação a responsabilidade civil objetiva, a questão é meio complexa, pois, o elemento culpa é irrelevante e o que na verdade se ataca é justamente o nexu causal. O caso fortuito se divide em fortuito interno e fortuito externo. (DINIZ, 2002)

O caso fortuito interno ocorreria a partir da atividade da própria administração. Seria um fato imprevisível, mas atrairia responsabilidade civil ao

Estado. Isto porque deve-se entender que atividade estatal criou um risco. Se a administração se coloca no mundo físico, guiando um carro, construindo um edifício, fez surgir, pelo só fato da sua atividade, um risco para os demais. Reparará, portanto, por este risco que criou. Pouco importa que a barra do veículo oficial houvesse partido pelo acaso ou o edifício público desabado pela ação das chuvas. Como se vê, não se exige a presença da culpa. A teoria é objetiva (risco administrativo).

Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados casos fortuitos externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Neste caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva como excludente). Num exemplo: ninguém poderá reclamar responsabilidade civil do Estado se um raio caiu sobre sua residência e danificou o telhado (BAHIA, 1995, p. 71).

Contudo, somente a quebra do nexos causal poderá ensejar o reconhecimento dessa excludente mencionada de responsabilidade civil.

1.3.5 Culpa exclusiva da vítima

Neste caso pode-se dizer que a vítima foi quem deu causa ao dano. A causalidade estará caracterizada pela ação ou omissão voluntária e antijurídica da própria vítima. Em certos casos a própria vítima foi quem causou o dano, assim fica excluído o dever de indenizar. Pode ser também que a culpa da vítima seja parcial ou concorrente com a do agente causador do dano, no caso, haverá uma repartição de responsabilidade, conforme o artigo 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. (BRASIL, 2002)

1.3.6 Fato de terceiro

Quando o ato de um terceiro é causa exclusiva do prejuízo causado, rompe-se o nexos causal em relação ao agente e o dano, excluindo assim a responsabilidade civil. Isso se dá porque o fato de terceiro é imprevisível e inevitável, semelhantes a do caso fortuito. Mesmo que o fato de um terceiro seja uma excludente de ilicitude, isso não eximiria o dever de indenizar, pois, o dano é produzido pela própria pessoa sendo provocado por um terceiro.

1.3.7 Cláusula de não indenizar

Admitida somente na responsabilidade civil contratual, a cláusula de não indenizar trata-se de uma convenção onde as partes excluem o dever de indenizar 14 no caso de inadimplemento da obrigação.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “os seus efeitos consistem no afastamento da obrigação consequente ao ato danoso. Não contém apenas uma inversão do *onus probandi*. Dentro do campo de sua aplicação e nos limites de sua eficácia é uma excludente de responsabilidade” (2002, p. 305).

Se o agente agiu com culpa ou dolo a cláusula de indenizar não será válida, e a mesma não exclui totalmente o dever de indenizar. A cláusula de não indenizar é condicionada a alguns parâmetros como a não infringência de superiores preceitos de ordem pública e a igualdade dos estipulantes. Por fim, essa cláusula não pode exonerar o devedor de suas obrigações essenciais, pois, há o vínculo obrigacional.

CAPÍTULO II – DA ATIVIDADE MÉDICA

Neste capítulo apresenta-se a natureza jurídica da atividade médica; como se dá a Responsabilidade médica contratual, extracontratual; objetiva e subjetiva ante o ordenamento jurídico nacional; e por fim, faz-se mister conceitual o que vem a ser o “erro médico” diante das leis e código que rege a área da medicina.

2.1 Contexto Histórico

Os povos da antiguidade, de acordo com a realidade social no espaço e no tempo, elaboravam as mais diversas normas sobre a conduta do profissional da atividade médica. Dentre as legislações antigas, destaca-se o Código de Hamurabi que, sobre a atividade médica era rigoroso, estabelecendo normatização da seguinte forma: “O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço.” (CROCE JÚNIOR, 1997, p. 11)

A Lei de Talião, com base no princípio do “olho por olho, dente por dente”, também previa penas severas como amputação das mãos para punir o médico cirurgião que não tivesse sucesso em seu procedimento. O Tamulde dos Judeus que implantaram a multa, castigos físicos e prisão, tinham leis específicas para atividade médica.

Uma grande parte de doutrinadores acreditam que a medicina foi caracterizada por um longo período de tempo como algo de caráter místico e religioso. Os médicos daquela época apenas participavam de rituais dependendo da vontade divina e assim, não existia o que chamamos hoje de responsabilização médica. Esses profissionais, além de amigos e conselheiros, eram uma espécie de médico da família,

sendo assim, não restavam dúvidas quanto a competência de seus serviços (REALE, 2008).

A medicina possuía um forte vínculo religioso e o médico era considerado um intérprete dos deuses, sendo associado ao sagrado, uma vez que ele cuidava de vidas.

As doenças e os males tiveram surgimento juntamente com o homem que tentou combatê-las desde o princípio. Naquela época, diferente de hoje, não existia o médico especialista em determinadas áreas, mas sim, um ser especial com poderes sobrenaturais e capazes de levar a cura. Isso ocorria pois, não se tinha o conhecimento de todas as doenças e não se sabia como o corpo e o organismo reagiria aos processos de cura (OLIVEIRA, 2008).

As pessoas daquela época acreditavam que a cura dos males dos homens era fruto de forças divinas e o surgimento de enfermidades era a consequência de seus pecados. Uma vez que não ocorresse essa cura, a culpa recaía sobre o feiticeiro, que era acusado de ser incapaz e imperito.

A responsabilização do médico ligada à culpa e a sanção que o mesmo receberia, devido ao procedimento malsucedido realizado por ele, vem sendo empregada desde os antepassados (KFOURI NETO, 1998).

Para Couto Filho (2001), na época de talião, a reparação do dano causado ao paciente ocorria através de retaliações, onde o médico arcava com a própria vida pelos danos que ocasionavam a seus pacientes.

É nesse período em surgiram as discussões a respeito da prática médica e suas respectivas punições. Naquele tempo, houve situações em que esses profissionais foram punidos com suas próprias vidas, como consequência dos danos provocados pelos mesmos (COUTO, 2001). Não se existia um conceito de culpa e o que prevalecia era a responsabilidade objetiva (KFOURI, 1998).

Logo após esse período, surgiu fase da composição. Essa época trouxe a certeza de que seria mais conveniente entrar em composição com o causador do dano

- para que este viesse a reparar o dano através da prestação de *poena* (pagamento em dinheiro); e com a vítima, caso o delito fosse praticado contra interesses de particulares – ao invés de ocorrer a retaliação, visto que está apenas causaria duplo dano, ou seja, da vítima e do autor, depois que fosse punido (DINIZ, 2005).

A partir do surgimento da *Lex Aquilia de damno*, surge o conceito de culpa, as espécies de delitos que os médicos cometiam e conseqüentemente a obrigação de reparar o dano que estes profissionais causassem, considerando o prejuízo econômico e não o que entendemos hoje como dano moral (KFOURI, 1998).

Atualmente, com as modificações do Código Civil Brasileiro, o profissional médico que agir com imprudência, imperícia ou negligência e causar dano a outrem, será responsabilizado, sendo obrigado a reparar o dano a qual deu causa. (QUEIROGA, 2007).

Da mesma forma determina o Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer que a responsabilidade do médico será comprovada mediante a constatação de culpa.

Carlos Roberto Gonçalves (2014) entende que para a vítima provar que o médico agiu com negligência, imperícia e imprudência é algo extremamente complexo. Contudo, sendo o médico um prestador de serviços, a sua responsabilidade está submetida à apreciação do Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 6º, VIII, possibilita que o juiz inverta o ônus da prova em face do consumidor, obrigando o médico a provar que não agiu com negligência, imperícia e imprudência.

Ainda, segundo o autor, esse profissional possui melhores condições técnicas, tendo melhores possibilidades para esclarecer os elementos e as provas necessárias para a análise da responsabilidade.

Esses profissionais por serem fornecedores de serviços, estão sujeitos aos princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, autorizando a inversão do ônus da prova quando a obrigação for de resultado.

Para Gonçalves e Diniz (2014), a natureza jurídica da responsabilidade médica é contratual, sendo uma obrigação de meio e não de resultado onde o profissional irá responder somente se agir com negligência, imperícia ou imprudência.

Contudo, Queiroga (2007), afirma que o fato gerador dessa responsabilidade é de natureza contratual ou extracontratual, onde será contratual quando originar-se de um contrato estabelecido entre as partes, enquanto a extracontratual não se origina de contrato, sendo atribuída ao médico somente a título de culpa.

Segundo Cavalieri Filho (2010) a diferença existente entre a natureza jurídica do contrato não modifica a responsabilidade desse profissional, uma vez que quando se tratar de responsabilidade contratual, o que interessara saber é se esta obrigação advinda de um contrato é de meio ou apenas de resultado.

Logo, a responsabilidade médica, em regra, é contratual, todavia não há como prever a culpa, pois o profissional não garante a cura do paciente, mas sim de agir utilizando todos os meios disponíveis e convenientes para o paciente.

A culpa é condição determinante para a constatação da responsabilidade civil. Sendo assim, parte da doutrina entende que a responsabilidade do médico é contratual e excepcionalmente extracontratual, onde a culpa não é presumida, devendo à parte contratante comprovar o dano a qual sofreu (KFOURI NETO, 2010).

Segundo Croce Júnior, a Lei Aquilia (século III a.C), previa sanções ao médico que não era bem-sucedido nos seus tratamentos, tinham que indenizar o escravo que morria sob seus cuidados, observaram também que:

A Lei Aquilia, embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, ao se referir ao *damnum injuria data* estabeleceu, enfim as bases para as legislações modernas sobre a responsabilidade dos médicos, ao obrigá-los a pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos, e ao abolir a pena de morte, preconizando em seu lugar, o exílio ou a deportação (*interdictioacuae et igni*) ao profissional culpado de negligência ou imperícia no exercício da arte de curar. (1997, p.5)

Tem-se aqui uma avaliação da evolução, em linhas gerais, da medicina na

história da humanidade. No século XII, desenvolveu o ensino médico e a medicina, passando a ser exercida com princípios éticos e visando a qualificação da atividade médica. Foi com a Revolução Francesa (século XVIII), que a cultura médica passou a ser socialmente considerada. Em 1832, com a Revolução operada na Jurisprudência francesa, passou-se a aceitar a tese da responsabilidade, quando verificada a culpa do médico, o que perdura na França atualmente.

2.2 Da responsabilidade médica: contratual e extracontratual

Independente da forma, contratual ou extracontratual, há que se verificar que a responsabilidade civil se origina da violação a um direito preexistente. A responsabilidade contratual é oriunda de um contrato existente entre o médico e o paciente, ou seja, quando o profissional estiver ligado ao seu paciente por uma relação obrigacional preexistente. Acerca do assunto, discorre Roberto de Ruggiero, “a responsabilidade contratual é oriunda do não cumprimento de uma obrigação preexistente”.

Este termo é impróprio por parecer excluir o não cumprimento de qualquer outra obrigação não derivada de contrato, quando é certo que engloba qualquer caso de não cumprimento, seja qual for a fonte de obrigação ainda que esta derive de quase-contrato, de delito, de quase-delito ou da lei [...] (2005, p. 41)

O paciente tem a liberdade de escolher o seu médico, este, aceitando o encargo e ambos concordando quanto ao tipo de serviço a ser prestado estará caracterizada a obrigação contratual. Logo, a responsabilidade contratual se origina antes da obrigação de reparar, pois já existia uma obrigação pactuada entre as partes, cujo inadimplemento gerou a obrigação de reparar.

Quanto à responsabilidade extracontratual, também conhecida como Aquiliana, esta ocorre quando não existe uma obrigação e o ato ilícito constitui violação da norma geral, que proíbe prejudicar a esfera jurídica alheia, ao passo que na contratual o pressuposto é uma relação obrigatória, na extracontratual falta esse pressuposto, eis que as partes não acordaram uma obrigação. Em relação a Responsabilidade Extracontratual, Maria Helena Diniz prescreve:

A responsabilidade Extracontratual se resulta do inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou

incapaz (Art. 156 CC), da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito (Art. 159 CC), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei. É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexistisse qualquer relação jurídica. Aqui, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente (1992, p. 567)

Na responsabilidade extracontratual, há uma voluntariedade por parte do profissional em querer ajudar, tratar de seu paciente, sem que para isso, firme um contrato com ele. No entanto, não excluirá o profissional da responsabilidade caso venha causar dano ao paciente, haja contrato ou não. Nesse caso, incumbe ao paciente provar que o médico agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na prática do ato. Logo, se percebe uma maior dificuldade ao lesado, uma vez que não existe um vínculo contratual entre a vítima e o causador do dano.

Quanto ao fim almejado, a obrigação do médico será de meio ou de resultado. Há obrigação de meio quando a prestação exige que o agente empregue determinados meios na consecução de um resultado, sem obrigá-lo, contudo, a garanti-lo. Isso significa que o profissional deve empregar toda a sua técnica médica e conhecimento sobre o assunto, com o objetivo de curar o paciente, não se comprometendo, porém, com a total cura dele. Sobre a responsabilidade de meio, conceitua Carlos Ferreira de Almeida:

A obrigação de meio é aquela em que o profissional não se obriga a um objetivo específico e determinado. O que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem o compromisso de atingi-lo. O contratado se obriga a emprestar atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível sem garantir êxito. Nesta modalidade o objeto do contrato é a própria atividade do devedor, cabendo a este enveredar todos os esforços possíveis, bem como o uso diligente de todo seu conhecimento técnico para realizar o objeto do contrato, mas não estaria inserido aí assegurar um resultado que pode estar alheio ou além do alcance de seus esforços. (2007, p. 83)

O médico não pode assegurar a cura ou o resultado positivo do tratamento de seu paciente, no entanto, deverá aplicar toda diligência técnica para conseguir atingi-lo. Porém, é necessário que o médico informe ao paciente e/ou à sua família todos os riscos provenientes decorrentes do tratamento, bem como a situação atual em que se encontra o enfermo.

Conforme Venosa, a responsabilidade “pode decorrer não só do ilícito absoluto, enquanto ofensa ao dever legal preexistente, mas também do concerto prévio de vontades, que estabeleça um vínculo obrigacional”. Assim, a doutrina divide a responsabilidade civil de acordo com a qualidade da violação. (VENOSA, 2005, p. 140)

Contudo, para que haja o dever de indenizar, deve ser provada pelo paciente a conduta ilícita do profissional, demonstrando que não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

A obrigação de resultado só será adimplida quando determinado resultado for alcançado, ou seja, há o total comprometimento do médico em chegar a um determinado fim, caso contrário, não terá cumprido com a sua obrigação e deverá arcar com as consequências. Em se tratando da obrigação de resultado, o ônus da prova se inverte, cabendo ao médico provar que não agiu com culpa ou que ocorreu um caso fortuito ou força maior, bastando ao paciente provar o inadimplemento do profissional.

Na cirurgia plástica estética não resta qualquer dúvida de que a atividade médica é de resultado, devendo, portanto, o médico atingir o fim esperado pelo paciente e com ele compactuado. Nesse sentido, conceitua Carlos Ferreira de Almeida:

Na obrigação de resultado, há o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o ápice da própria obrigação, sem o qual não haverá o cumprimento desta. O contratado compromete-se a atingir objetivo determinado, de forma que quando o fim almejado não é alcançado ou é alcançado de forma parcial, tem-se a inexecução da obrigação (2007, p. 83)

O parâmetro para a presunção da culpa não é a existência de um contrato ou não, mas sim, o tipo de obrigação assumida pelo profissional com o paciente. A responsabilidade objetiva prescinde da culpa, cabendo à vítima apenas a prova do dano e do liame causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida, tendo por base a teoria do risco criado. Nesse sentido, salienta Silvio de Salvo Venosa:

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da idéia de que quem

exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independente de culpa sua ou de seus prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela (2009, p. 141)

A responsabilidade objetiva, diferentemente da responsabilidade subjetiva, cria a responsabilização independentemente de culpa, bastando que exista o nexo de causalidade para que o agente seja ordenado a indenizar. Nesse tipo de responsabilidade, há a inversão do ônus da prova, incumbindo ao autor do pedido de indenização provar apenas a ação ou omissão do agente e o resultado danoso. Alex Pereira Souza e Antônio Ferreira Couto Filho, "a responsabilidade subjetiva é fundada na culpa, logo é condição *sine qua non* seja provado que atuou negligente, imprudente ou imperito". (2004, p. 208)

A responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) além dos fatos ensejadores para sua caracterização, tem que estar presente a culpa do agente causador do dano. E esta culpa, caracteriza-se pela presença do dolo ou só pela verificação de culpa, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia.

2.3 Relação médico e paciente

A relação médico e paciente se inicia com o contrato, onde um solicita e o outro aceita prestar seus serviços profissionais.

A formalização do contrato determinará quais os direitos e deveres a serem cumpridos entre ambas as partes, que corresponderão aos objetivos dos tratamentos oferecidos aos pacientes e as condições particulares do acordo estabelecido (MATIELO, 2006).

O Conselho Federal de Medicina, Lei nº 1.246/1998, trata das responsabilidades profissionais do médico, além dos direitos importantes no exercício de sua profissão, buscando garantir segurança e confiança tanto para o médico como também para o paciente.

Os deveres do médico, originados dessa relação contratual, que se constrói entre ele e o paciente, localiza-se em três situações: antes, durante e após o tratamento (KFOURI NETO, 2010).

Dessa maneira, o médico deve conseguir todas as informações do paciente necessárias para se chegar ao diagnóstico e sua respectiva cura, antes de iniciar qualquer tratamento e o paciente deve contribuir sem omitir nenhuma informação importante para o médico.

O médico deverá sempre manter o paciente ciente da situação, informando-o do diagnóstico, prognósticos, objetivos e riscos do tratamento. Deverá, também, orientá-lo e prescrever o comportamento a ser seguido, utilizando-se do melhor cuidado, conforme as necessidades de sua enfermidade.

O paciente, deverá seguir todas as recomendações do médico, informando todos dados úteis para a formação de seu histórico clínico e realizando à risca todas as prescrições, do contrário, causará o rompimento do contrato, podendo o médico se negar a continuar a lhe prestar auxílio (KFOURI NETO, 2010).

Em síntese, a relação médico e paciente deve ser regulamentada no respeito e na confiança, respeitando os direitos e deveres de ambas as partes.

2.4 Erro médico

Tem-se como erro médico o mal resultado ou resultado adverso praticado no exercício da profissão médica, capaz de produzir um dano a vida ou a saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. É necessária a configuração da culpa para que seja caracterizado o erro médico, como se vê no Código de Ética Médica, em seu artigo 29:

Praticar atos profissionais danosos aos pacientes, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência". A imperícia ocorre quando o profissional de saúde não tem conhecimento para tratar determinada doença ou cirurgia, já o profissional de saúde imprudente é aquele que faz o que não deveria ser feito, e por fim o negligente é aquele que deixa de tomar os cuidados necessários para que o paciente tenha um tratamento adequado.

Essa culpa compete ao paciente comprovar, é seu ônus da prova. Não sendo possível fazer prova, fica impossível a responsabilização do médico pelos danos. Para que se possa responsabilizar o médico, o mesmo tem que deixar de fazer suas obrigações, e assim, não o fazendo, estará incidindo numa conduta de culpa. Bruno Miragem aduz que “existem hipóteses escusáveis de erro médico. Contudo, não se pode deixar de levar em conta a evidência ou até mesmo a presunção da culpa que pode haver quando se parte de um erro médico para a apuração da responsabilidade civil.” (2015, p. 604)

Ainda sobre o assunto, Bruno Miragem leciona:

Tal presunção pode se dar quando se tem em mente que a observação de certos parâmetros de conduta, se observados, não ocasionariam o erro em questão, retornando ao critério objetivo de definição da culpa e isso ocorre porque não se pode exigir uma prova impossível para a demonstração da culpa. (2015, p. 604)

O mau resultado nem sempre pode ser encarado como erro médico. O médico deve se comprometer com os meios de tratamento e não com os resultados. O resultado malsucedido nem sempre pode ser atribuído diretamente ao médico, pois, primeiramente exige-se que sejam investigadas suas condições de trabalho. Podendo ser elas estatal ou privada. Enfim, o erro médico pode ser causado tanto nos aspectos de ordem pessoal, na ordem profissional, institucional e de formação. Não se esquecendo que pode ser originado acidentalmente. A culpa é requisito para a imputação da responsabilidade ao profissional médico no Código Civil, em seu artigo 951, que estabelece que:

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.

O dano é o mal, o prejuízo, ofensa material ou moral causado por alguém a outrem, detentor de um bem juridicamente protegido. O dano ocorre quando esse bem é diminuído, inutilizado ou deteriorado, por ato nocivo ou prejudicial, produzido pelo delito civil ou penal. Na responsabilidade civil, crucial para a sociedade é a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima. Portanto, o dano é o principal elemento daqueles necessários à configuração da responsabilidade civil.

Ressalte-se que, quando se fala em dano, o que se quer dizer é o resultado da lesão ou da injúria sobre o patrimônio moral ou material. A atividade médica pode causar danos que afetam, de modo substancial, a vida do paciente, seja de forma moral ou material. Logo, caso ocorra algum dano ao paciente, o médico estará obrigado a indenizá-lo.

2.5 Natureza da responsabilidade médica

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade pessoal do médico será averiguada por meio de investigação de culpa, ao passo que a responsabilidade médica decursiva da prestação de serviços médicos de forma empresarial será objetiva, tal como a responsabilidade do Estado.

Ensina Cavalieri Filho que, a responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado:

Entendo que após o Código do Consumidor essas discussões perderam a relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc. (2008, p. 369/370)

Na responsabilidade pessoal do médico será cabível a inversão do ônus da prova, considerando a hipossuficiência do consumidor, conforme disposto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

2.6. Dos deveres do médico

O Código de Defesa do Consumidor é bastante claro em seu artigo 6º, III, e 31, no que diz respeito ao encargo do médico em informar e aconselhar o paciente, familiares e responsáveis leais em relação a enfermidade e suas particularidades, dos riscos existentes, problemas que possam surgir e dos efeitos colaterais provocados pelo tratamento.

O artigo 6º, inciso III e artigo 31, do referido *Codex*, prevê:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade de preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[...]

Art. 31. A oferta e apresentação dos produtos devem assegurar informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Um importante dever do médico é o de respeitar o direito do paciente de escolher voluntariamente sobre o método a ser realizado e sobre a execução de condutas diagnósticas ou terapêuticas, salvo na iminência de risco de morte, obtendo sua autorização para efetivação do tratamento cabível.

A medicina é uma atividade que preza pela saúde do ser humano e da coletividade. O objeto de toda concentração médica é a saúde humana, onde deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

CAPÍTULO III – DA CIRURGIA PLÁSTICA

A cirurgia plástica não tem unicamente como função a correção de imperfeições, mas também de propiciar aos pacientes que se submetem ao tratamento cirúrgico, uma paz emocional decorrente da aceitação em meio à sociedade em que vivem ou a própria aceitação das suas formas, o qual traz, sem dúvida nenhuma, uma melhor qualidade de vida em todos os aspectos, sejam físicos ou emocionais.

3.1 Responsabilidade do médico cirurgião plástico

Para que possamos compreender qual a obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico que pode ser classificada obrigação de meio ou de resultado, devemos, antes de tudo, destacar que a cirurgia plástica possui duas finalidades: corretiva ou estética. Segundo Jerônimo Ramanello Neto, na cirurgia corretiva:

O médico corrige problemas congênitos ou adquiridos, como por exemplo, um lábio leporino, o corpo de queimados, o corpo de acidentados etc. Nesse tipo de cirurgia, a estética é recuperada em razão de uma necessidade correcional por meio de intervenção cirúrgica. (1998. p.133).

Acerca da cirurgia estética, vislumbra-se apenas se tratar de correção da beleza plástica, sendo que não há necessidade terapêutica. Pois, por exemplo destaca-se o caso de um médico que pretende dar a uma setuagenária o aspecto de uma jovem de vinte anos. Assim, a cirurgia corretiva busca corrigir uma má-formação congênita ou traumática, ou seja, uma deformidade que nasceu como a pessoa ou que veio a surgir.

A cirurgia estética é uma escolha própria do paciente, nunca é urgente “O paciente não corre risco algum, no caso de livremente decidir a ela não se submeter,

abstendo-se de expor a perigo a sua vida, integridade física e saúde orgânica”. As cirurgias estéticas vêm sendo, em nosso país, bastante utilizada, uma vez que no desejo de se enquadrar nos atuais padrões de beleza, milhões de pessoas travam uma busca gananciosa pela perfeição física. (KFOURI NETO, 2003, p. 166)

A obrigação do médico se inicia no momento em que é celebrado o contrato entre ele e o paciente, podendo a obrigação ser classificada como de meio ou de obrigação de resultado. Dessa forma, sendo a cirurgia plástica um meio capaz de trazer possibilidades de melhoras no bem-estar e aspectos físicos das pessoas, incumbe ao médico adotar medidas rigorosas de avaliação, entre elas, exames prévios, calculando os riscos e agindo com ética e transparência a informar todos os riscos do procedimento ao paciente.

3.2 Obrigação de meio ou resultado

Há especialidades que configuram, com absoluta clareza, obrigação de meios ou obrigação de resultado. Outras há, todavia, nas quais esse enquadramento revela-se nebuloso, como é o caso da cirurgia plástica estética. Inicialmente é interessante diferenciar uma da outra.

3.2.1 Obrigação de meio

A obrigação de meio é aquela que o médico não assume o risco de determinado resultado, ou seja, a cura de um paciente que sofreu acidente automobilístico, mas sim, a responsabilidade de exercer com diligência e prudência, conforme as técnicas usuais, comprometendo-se a tratar o paciente com zelo. Com clareza, explicita Nehemias Domingos de Melo:

A natureza jurídica da prestação de serviços médicos, embora *sui generis*, é contratual, porém o profissional não se compromete com a obtenção de um determinado resultado, mas sim com prestar um serviço consciencioso, atento e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo assim uma típica obrigação de meios. (2008, p. 78)

Há obrigações de meio, segundo Demogue, o formulador da teoria, quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se

obriga a envidar seus melhores esforços e usar todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura. (COMPARATO, 1978)

Os médicos serão responsabilizados, exclusivamente, na ocasião em que for provada qualquer modalidade de culpa: negligência, imprudência e imperícia. A prova de que o profissional agiu com culpa competirá, de início, aos lesionados, sendo facultativo ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do consumidor de acordo com o artigo 6º, VIII, do CDC (BRASIL, 1990).

Neste seguimento, o Código de Defesa do Consumidor, mecanismo capaz de precaver e reparar qualquer tipo de dano que provenha da relação entre médico e paciente traz, em seu artigo 14, § 4º, a seguinte ressalva: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". (BRASIL, 1990)

Por conseguinte, a responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, será subjetiva, cabendo à vítima provar não só o dano e o nexo causal, mas também a culpa do profissional. O Código Civil adotou a teoria da culpa em seus artigos 927 e 951, *in verbis*:

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

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. (BRASIL, 2002)

A produção de provas nos casos de erro médico é um verdadeiro tormento para as vítimas e seus familiares, devido à hipossuficiência econômica e técnica, sendo certo que o médico se encontra em melhores condições do que a vítima, para trazer aos autos elementos suficientes a comprovar sua responsabilidade. (KFOURI NETO, 2003)

Quanto a obrigação de prudência, espécie do gênero cuidado ou diligência,

por sua vez, leciona Bruno Miragem:

Trata-se, igualmente, de um dever genérico, a condicionar a conduta de todas as pessoas em suas relações. No que se refere à atuação do profissional médico, entretanto, considera-se imprudente a adoção de procedimentos que se afastem dos padrões de conduta técnica médica, que suprimam fases de tratamento ou de qualquer modo realizem procedimentos pelos quais o profissional tenha mais confiança em seus próprios juízos do que no que estabelece a ciência. (2015, p. 590)

Os tribunais são rígidos quanto a imposição da prova do erro médico e, vale-se indispensável a realização de prova pericial. Lamentavelmente, ainda funciona a proteção a qualquer custo entre a classe médica e, por mais capacitado que seja o perito, este, na maioria das vezes, tenta descarregar ou omitir contra o colega pelo ato. Sobre a união da classe médica, observou Nehemias Domingos de Melo:

Ação para ser julgada procedente dependerá da provada culpa do profissional. A prova dessa culpa é difícilíssima, para não dizer impossível, porquanto além do provável silêncio daqueles que presenciaram o ato médico, tem-se a priori uma quase certeza de que a perícia judicial será elaborada contra o paciente, tendo em vista a união da classe médica na defesa de seus próprios interesses, naquilo que já se chamou de conspiração do silêncio ou de confraternidade profissional. (2008, p. 172)

Quanto ao convencimento do juiz ao proferir uma sentença sobre erro médico, afirmou Nehemias Domingos de Melo: "também não está o magistrado obrigado a adotar como fundamento de sua sentença o laudo pericial do perito oficial, podendo firmar sua convicção a partir do laudo, mesmo que divergente, dos assistentes técnicos que assistiram as partes". Dessa forma, se houver um dos requisitos causadores do dano ao paciente, quais sejam: negligência, imprudência ou imperícia, estará presente a culpa do profissional e, por consequência haverá o dever de indenizar. (MELO, 2008, p. 174)

Importante frisar que, a obrigação fundamental do médico constitui-se no atendimento adequado do paciente e na atenção de inúmeros deveres específicos, sendo imprescindível concluir que a ciência médica é uma ciência inconclusa e em virtude disto, poderão ocorrer casos em que mesmo com a utilização de todos os meios e técnicas fundamentais pelo médico, o paciente venha a sofrer reações

adversas em virtude de uma característica peculiar própria, vindo a óbito ou a sofrer alguma lesão irreversível. E, nesses casos, haverá a exclusão da responsabilidade do médico.

3.2.2 Obrigação de resultado

A obrigação de resultado, ao contrário da obrigação de meio, é aquela em que há um comprometimento do contratado com um resultado específico. Aqui, o contratado se compromete a lograr um resultado certo, para satisfazer o que se obrigou com o contratante. Tal entendimento é quase consenso nos dias de hoje na doutrina pátria, podendo-se suplicar os ensinamentos de Rui Stoco:

A obrigação do médico pode ser de meios, como geralmente é, mas também pode ser de resultado, como quando faz um Raio X, um check up, aplica ondas de calor, dá uma injeção, faz transfusão de sangue, procede a determinada esterilização necessária ou, como já nos referimos, no caso da cirurgia plástica estética. Também há possibilidade da obrigação do médico ser de resultado quando assume expressamente a garantia da cura. (2007, p. 556-557)

Nessa segunda formulação é que se caracteriza a obrigação assumida, dentre outros profissionais de medicina, pelo médico que realiza cirurgia plástica desprovida de finalidade terapêutica. Com isso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado e prometido não aconteceu por razões alheias à sua atuação, por força de qualquer causa excludente de responsabilidade. (KFOURI, 2003)

Em caso de cirurgia plástica, a obrigação do médico é de resultado, face a esperança do paciente em transmutar esteticamente parte do seu corpo que não lhe agrada. Destarte, se estiverem presentes as condições caracterizadoras da responsabilidade civil (conduta do agente, dano e nexos causal), caberá a indenização por danos morais e materiais ao paciente que teve, em cirurgia estética, resultado diverso e pior do que o pretendido. Neste seguimento o entendimento do TJ/MG dispõe sobre a cirurgia plástica em caso de erro médico:

Se a cirurgia plástica realizada teve fim puramente estético, com obrigação de resultado, o qual não foi alcançado, resta caracterizada a culpa do médico cirurgião, quando não comprova que adotou os

procedimentos pré-operatórios necessários a fim de avaliar a predisposição do paciente a reações alérgicas ou outras possíveis e, quando é omissor em prestar informações necessárias e adequadas ao paciente acerca da probabilidade de sequelas desagradáveis e indesejáveis após a cirurgia plástica. [...] A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, no causador do mal, impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado. [...] (TJ/MG, 2010)

Assim sendo, se o médico garantiu um resultado, obrigou-se ao resultado final, neste caso independe do autor de provar as razões que o médico não chegou ao resultado, com exceção de caso fortuito ou força maior. A obrigação principal do médico, não se caracteriza na mera prestação de cuidados, e sim em realizar uma obra material, como uma análise de sangue, uma prótese ou uma intervenção cirúrgica estética. Com inteligência explica Rui Stoco:

Em se tratando de cirurgia meramente estética não há como deixar de afirmar a obrigação de resultado do médico. Não se pode deslembrar que a responsabilidade de que cogitamos é contratual. Enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a propiciar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, na atividade de cirurgião estético, o médico contrata um resultado previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidente de sua responsabilidade cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida. (2007, p. 557)

De qualquer modo, predomina, na doutrina e na jurisprudência, em relação à atividade do cirurgião plástico, em cirurgias estéticas, que a execução defeituosa da obrigação (frustração do resultado) equivale, juridicamente, à inexecução total. (GOMES, 1988)

3.3. Do ônus da prova

A expressão 'ônus da prova' sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. A prova de um determinado fato é indispensável para justificar a pretensão do direito buscado segundo José Francisco Pellegrini afirmando que:

Provar é indiscutivelmente essencial para o êxito processual. Sustenta o autor que, muito embora as partes estejam incumbidas deste ônus,

isto não quer significar a imposição de uma obrigação de provar. Para o juiz, independe quem produziu a prova de determinado fato, pois para a formação da convicção do julgador, basta que o fato se encontre demonstrado. (1979, p. 45).

A indispensabilidade da produção de prova está relacionada à necessidade de o juiz julgar sem a produção probatória; nesse sentido que se fazem indispensável às regras do ônus da prova, haja vista que a parte pode não trazer a prova para o processo e assim arcará com a falta de prova nos autos. O ônus da prova nos autos se traduz com a obrigação da parte em comprovar suas alegações em juízo para que impeça o prejuízo de ter como inexistente o seu direito alegado. Dessa forma, é importante frisar que o ônus da prova não se mistura com o dever jurídico de produzir a prova. (PELLEGRINI, 1979)

Não se trata de uma obrigação, e sim um direito facultativo da parte, utilizando desse direito para provar ao juízo a sua pretensão e de que os fatos apresentados são verdadeiros, e se não produzir as provas terá as consequências da sua omissão. O ônus da prova trata-se de um dever no sentido de interesse, de indispensabilidade, proveito de produzir provas para formar a convicção do magistrado a respeito dos fatos alegados.

No que tange à repartição do ônus da prova, o Código de Processo Civil de 2015, dispõe da seguinte forma: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]” . Sobre o ônus da prova, Giuseppe Chiovenda, afirmou o seguinte:

Ao autor cabe provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural. Outras formulações ou coincidem com esta ou são inexatas. (2000, p. 98)

Na teoria de Francesco Carnelutti, quem objetiva uma ação tem o ônus de provar os fatos constitutivos, enquanto quem propõe uma exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas e ou modificativas. Em relação à teoria clássica do ônus da prova, Moacyr Amaral dos Santos observou que “incumbe

o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito”. Diante da alegação de um fato, cabe às partes tanto a promovente quanto o promovido prová-lo, sendo óbvio que cada uma de acordo com seus interesses, tendo em vista que as partes estão próximas às provas e sabem como produzir essas nos autos. (1979, p.305)

3.3.1 Inversão do ônus da prova e o código de defesa do consumidor

Explorando a origem da palavra invertes, chega-se ao significado da palavra que vem do latim que quer dizer mudar de ordem. O código de Defesa do Consumidor outorga a inversão do ônus da prova, a critério do magistrado, o qual aplicará o critério da razoabilidade, do bom senso e das regras de experiência, quando constitui os direitos do consumidor, conforme dispositivo a seguir:

Art. 6 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 [...]. (BRASIL, 1990)

Não obstante, a inversão do ônus da prova consoante dispõe o artigo, é dependente dos critérios de verossimilhança das alegações aduzidas pelo consumidor ou hipossuficiência de provas. A verossimilhança se define pela forte viabilidade de que a alegação seja verídica, em harmonia com as regras da experiência comum, de tal modo a justificar a formação da presunção judicial do fato apontado. Sobre o conceito de hipossuficiência, preceitua Fernanda Schaefer:

O conceito de hipossuficiência não pode ser apenas vinculado à condição de inferioridade ou fraqueza econômica. Para atender a finalidade da lei de defesa do consumidor, o conceito de hipossuficiência contido no art. 6, VIII, CDC, deve ser entendido de maneira abrangente, estendendo-se ao reconhecimento da flagrante posição de desequilíbrio ou de inferioridade econômica, social, cultural, técnica etc., do consumidor perante o fornecedor, que o impossibilitaria ou dificultaria a comprovação de veracidade de suas alegações e do nexo de causalidade. (2006, p.121).

Entretanto, o conceito de hipossuficiência ligado à condição de desigualdade do consumidor diante do fornecedor, relaciona-se às informações que

muitas vezes só quem tem a mestria é o fornecedor dos produtos ou serviços, sendo, por conseguinte, indispensável a inversão do ônus da prova para que o possuidor do conhecimento seja o responsável pela produção das provas relacionadas, levando em consideração a dificuldade ou a impossibilidade do consumidor de provar suas alegações. No que se refere a vulnerabilidade do consumidor, destaca Fernanda Schaefer Rivabem:

A vulnerabilidade é, portanto, a efetivação do princípio constitucional da isonomia, reconhecendo-se desiguais como desiguais e protegendo-os na medida de suas desigualdades, ou seja, é a busca da isonomia formal e material entre consumidores e fornecedores. O reconhecimento da vulnerabilidade não leva em conta a condição de consumidor, da qual é indissociável, sem exceções ou ressalvas. (2006, p. 120)

Conclui a autora em relação a vulnerabilidade e hipossuficiência: A vulnerabilidade no direito do consumidor não se confunde com a hipossuficiência. A hipossuficiência, que tem o conceito indeterminado, foi acolhida pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 6, VII, CDC, que estabelece como direito básico do consumidor o direito a inversão do ônus da prova, quando o consumidor for reconhecido pelo juiz como hipossuficiente ou sua alegação for considerada verossímil. Logo, o consumidor será sempre vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente.

Portanto, determina-se a distinção da vulnerabilidade a qual é tema de direito material, que está interligado à simplificação do acesso à justiça pelo consumidor e a hipossuficiência a qual é tema de direito processual e que em especial se encontra no Código de Defesa do Consumidor para oportunizar a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

Ressalta-se que não é necessário estar presentes as duas situações, hipossuficiência e verossimilhança, bem como que o poder do juiz de deferir a inversão do ônus da prova é limitado. A inversão não é automática, devendo o magistrado deixar claro na sua decisão os elementos de sua convicção. Assim sendo, estando o magistrado convencido da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança das alegações deve decidir pela inversão do ônus da prova. Há discussões doutrinárias a respeito do momento adequado para inverter o ônus da prova.

Mirella D'Angelo Caldeira entende que os momentos oportunos para a inversão do ônus da prova no despacho saneador “tanto a jurisprudência quanto a doutrina não são pacíficos no tocante no momento de aplicação da regra da inversão em que o juiz julgar a demanda, quanto no despacho saneador.” (2001, p. 179)

Quando se fala em inversão do ônus da prova para o prestador de serviço profissional liberal, têm-se divergências doutrinárias, Voltarie de Lima Moraes defende a inversão do ônus da prova em favor do profissional liberal:

Responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a comprovação de culpa (art.14§4), costuma-se apregoar, com a devida vênia equivocadamente, que, por ter nesse ponto tal diploma consagrado a teoria da responsabilidade subjetiva, seria incabível a decretação da inversão do ônus da prova [...] A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery preleciona que o ônus da prova da regularidade e correção na prestação do serviço dever ser ordinário, carreado ao profissional liberal. A ele compete provar que agiu corretamente, dentro da técnica de sua profissão e que não causou dano ao consumidor. Incide, na hipótese, o art. 6, VIII. (2002, p.149).

O autor acima citado entende que o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 12, § 4º, exclui os profissionais liberais do campo da responsabilidade objetiva, e diz que os profissionais liberais só serão responsabilizados mediante constatação de culpa, isto é, responsabilidade subjetiva, sendo exceção à regra adotada para proteger o consumidor que é a regra objetiva.

Por esse motivo entende o autor que não deve ser acolhida a inversão do ônus da prova ao médico, sob pena de estar empregando a situação rígida pela responsabilidade objetiva, na qual o prestador de serviço para se eximir da responsabilidade tem que provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra para qual não tenha contribuído de nenhum modo, que retire o nexo causal.

O Código de Defesa do Consumidor possibilita a inversão do ônus da prova, o que não é imediato, ele busca proteger o hipossuficiente da relação processual. Nas relações entre médico e paciente, tem o objetivo de proteger o mais fraco da relação e “o princípio da inversão do ônus da prova é um dos esteios do sistema jurídico de proteção ao consumidor. Sem ele, a efetivação do sistema fica comprometido”, seria desnecessário aplicar o CDC nessas relações se não for admitida a inversão do ônus da prova. (LOBO, 2002, p. 2)

CONCLUSÃO

Neste momento, apontaremos as considerações finais a que chegamos diante todo o estudo feito no decorrer deste trabalho, deixando claro o objetivo de não dar por encerrada qualquer discussão sobre o tema trabalhado.

Desse modo o presente trabalho teve como objetivo a análise da classificação das obrigações assumidas em cirurgias plásticas estéticas como de resultado ou de meio e seus reflexos no campo da responsabilidade civil do médico. Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método exploratório, com a contraposição e a comparação de teses doutrinárias e jurisprudenciais para alcançar a finalidade desejada.

A princípio devemos ter em mente que para ser analisada uma responsabilidade médica precisam estar evidentes o nexos causal, a conduta médica, o dano e a culpa. Em outras palavras, deve-se comprovar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia, o que assim, versaria uma responsabilidade subjetiva.

Ademais a medicina é uma profissão cautelosa e requer total atenção do profissional, desse modo, o médico tem o dever de aconselhar, informar, agir com zelo à saúde do paciente e dispor de todos os meios e conhecimento técnico e científico em prol de alcançar o resultado esperado.

Por outro lado, a bem da verdade, precisamos destacar que uma das maiores influências no ato clínico ou cirúrgico, não depende somente da atuação médica, mas sim do próprio paciente que também exerce papel fundamental nessa

relação. Além de possuir diversos deveres e obrigações, o seu estado orgânico e psicológico pode influenciar de maneira negativa ou positiva no resultado. Assim, não há que se falar em erro médico quando o dano, ou o equívoco tenha ocorrido em razão da omissa participação do paciente ou por fatores fisiológicos do mesmo.

Existem algumas hipóteses que como qualquer apuração da responsabilidade civil, o médico também se eximirá da responsabilidade, isso quando ficar comprovado a ocorrência do caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

Uma boa parcela da doutrina entende ser a relação médico-paciente uma relação comercial, ocorre que esta não pode ser considerada apenas como tal. O médico além de realizar a cirurgia com o devido zelo tem o dever de acompanhar seu paciente no período pré e pós-cirúrgico. Dessa forma entendemos que a execução da cirurgia é a obrigação principal do profissional e os deveres de zelar, informar, e aconselhar sobre os riscos da intervenção cirúrgica são obrigações acessórias.

Como dito no presente trabalho, devido à busca pelo corpo “belo, perfeito, esbelto”, a cirurgia plástica tem sido o alvo para alcançar o corpo padrão imposto pela sociedade, e por isso a estética está cada vez mais frequente na vida dessas pessoas. Por consequência cresce o número de demandas em relação à responsabilidade do médico cirurgião plástico estético.

A pessoa que se submete a uma cirurgia estética encontra-se em perfeito estado de saúde, quer apenas melhorar aquilo que o incomoda. Diferentemente do que acontece, por exemplo, na cirurgia plástica reparadora, onde a obrigação do médico é de meio e não de resultado. Isso posto, vem sendo entendido que a obrigação do médico cirurgião plástico estético é de resultado, uma vez que o paciente é pessoa saudável e vai ao consultório do cirurgião plástico estético em busca de um resultado específico.

Entretanto, discordamos da doutrina e da jurisprudência, ainda majoritária, pois a obrigação do médico independe de sua especialidade, sendo assim, sua obrigação será sempre de meio haja vista, o fator de risco ao qual está inserido toda cirurgia.

Em linhas finais, entendemos que embora seja predominante o entendimento de que o conteúdo obrigacional da atividade do médico cirurgião plástico seja, em regra, de resultado, o mais adequado é que o mesmo deva responder pela obrigação de meio, uma vez que a atividade desenvolvida na cirurgia plástica estética apresenta risco como as demais cirurgias. E mais ainda, como aceitar ser de resultado uma obrigação em que o próprio credor pode interferir na produção do resultado final?

Outro sim se verifica que, na verdade, há uma coação por parte das ações judiciais, as quais, em sua maioria, deram causa movidas por pacientes que desejam mais que o zelo e o bom desempenho para com resultado inicialmente desejado, desejam também tirar proveito financeiro da situação. E como se não bastasse, o Estado é omissivo ao sentenciar a obrigação de resultado com valores altíssimos de indenização.

Dizemos, portanto, que surge uma imensa reflexão acerca do presente trabalho. Isto é, se ele ocupar, ainda que por uma pequena parcela, o raciocínio de que é inadequado o uso da obrigação de resultado ao profissional médico cirurgião plástico estético, ou mesmo adicionar um ponto de interrogação quanto a este questionável julgamento majoritário, teremos cumprido o objeto do mesmo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2007.
- BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BRASIL, **Lei n.º 10.406** (Código Civil), Brasília: Congresso Nacional, 2002.
- BRASIL, **Lei Nº 8.078** (Código de Defesa do Consumidor), Brasília: Congresso Nacional, 1990.
- BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução do CFM nº 1.931/2009. Brasília: 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.
- CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **Inversão do ônus da prova**. São Paulo: Revista de direito do consumidor, 2001.
- CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro, 1978.
- CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo, Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ª edição São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.1. 39ª edição São Paulo: Saraiva, 2022.
- FREIRE, Henrique. **A responsabilidade civil na área da saúde privada**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando. **Questões de direito civil**. São Paulo, 1988.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., volume IV, São Paulo: Saraiva, 2008.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Alvim. **Culpa e Risco**. São Paulo: ed. RT, 1963.

LOBO NETO, Paulo Luiz. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo: Revista do Direito Privado, 2002.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: LTDA. 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **Indenizações cumulativas por danos material, moral e estético**. Conjur, 17 jan. 2020.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Rel. Alvimar de Ávila. 2010.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil. **Responsabilidade civil**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MIYADA, William. **Aspectos gerais da responsabilidade civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Voltarie de Lima. **Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código do consumidor**. São Paulo: 2002. Vol. 31.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

PELLEGRINI, José Francisco. **Do ônus da prova**. Porto Alegre: Revista Ajuris, 1979.

PEREIRA, Caio Mario. **Responsabilidade Civil**. 9 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

QUEIROGA, Antonio Elias de. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2007.

REALE, Miguel. Código de ética médica. In: **Revista dos Tribunais**, v66, n. 503, set.1977, p. 47-53 apud OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

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

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 2º ed., São Paulo, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SCHAEFER, Fernanda. **Procedimentos médicos:** Realizados à distância e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, 2006.

SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. **Instituições de Direito Médico.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2004.

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

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.