

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR FALHA CONTRATUAL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Rodrigo Diego Jansen¹
Débora Cristina Goulart²

1

Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, advogado e Professor no Curso de Direito do Instituto Blumenauense de Ensino Superior – IBES. Email: r.jansen@terra.com.br (47) 3327-1899.

2

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a responsabilidade civil do cirurgião plástico por erro médico, desde o seu objeto definido em contrato médico até a análise dos pressupostos das obrigações de meio e de resultado, bem como a quem cabe, nesses casos, o ônus da prova. Definiram-se posteriormente os elementos importantes para a caracterização da Responsabilidade Civil de um modo geral, passando-se para a responsabilidade médica, que discute questões como a culpa médica e a obrigação assumida pelos profissionais médicos. Foram definidos também, elementos relevantes sobre o Contrato e do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, responsabilidade médica, cirurgia plástica, código de defesa do consumidor.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo examinar la responsabilidad del cirujano plástico por mala praxis, ya que su objetivo definido en el contrato hasta que el examen médico de los supuestos de las obligaciones de medios y resultados, así como quién debe esos casos, la carga de la prueba. Posteriormente se definen los elementos importantes para la caracterización de la responsabilidad civil en general, va a la responsabilidad médica, que trata de temas médicos como la culpa y la obligación de los profesionales médicos. También se definieron los elementos relevantes del Contrato y el Código de Protección al Consumidor, con respecto a la inversión de la carga de la prueba.

Palabras-clave: responsabilidad civil, responsabilidad médica, cirugía plástica, el código de protección de los consumidores.

INTRODUÇÃO

O motivo para o estudo desse ponto específico da Responsabilidade Civil médica é o grande crescimento das cirurgias plásticas nos últimos anos no Brasil, e com o acréscimo de pacientes insatisfeitos com o resultado obtido, principalmente na cirurgia exclusivamente estética, que é contratada entre médico e paciente para um determinado fim, levando aos tribunais os casos onde quem se sentiu prejudicado, deseja ser ressarcido pelos prejuízos que julga ter sofrido com a intervenção à qual foi submetido.

O presente estudo tem como intento verificar se, na falha contratual do cirurgião plástico, é juridicamente cabível ao médico a obrigação de meio ou a obrigação de resultado, e se essa obrigação resultará em dever de indenizar desse profissional, com aplicação do Código de Defesa do Consumidor em especial a possibilidade de inversão de ônus da prova.

Neste sentido, será observado o que ocorre quando o contrato é descumprido segundo o Código Civil, e também as considerações que o Código de Defesa do Consumidor faz em relação à inversão de ônus da prova e a responsabilidade do profissional liberal médico.

Por fim, analisa-se a importante abordagem sobre o Código de Defesa do Consumidor no âmbito médico. Caberá enfatizar a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, teoria do risco do empreendimento, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, inversão do ônus da prova, responsabilidade dos profissionais liberais, responsabilidade médica.

1 BREVE RESGATE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil é, segundo a teoria clássica, um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

É uma obrigação de reparar danos antijurídicos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem.

No entanto, nos tempos remotos da civilização humana, preponderava a idéia de “justiça com as próprias mãos”, buscando uma compensação. O dano provocava uma imediata vingança coletiva buscando somente um contrapeso, não havendo regras ou limitações para isso.

Roberto Senise Lisboa discorre:

Inicialmente, prevalecia a vingança privada, coletiva ou não, pelo exercício do auto-tutela. Os conflitos entre os clãs eram comuns e tão somente a partir do momento em que se concebeu um poder central a regular às diferentes relações sociais é que se vislumbrou a mediação e a supressão da anarquia na solução do conflito.³

Prevalecia originalmente a reação imediata do ofendido, na qual era destacada a força do mais apto, o que resultou na Lei de Talião, do “olho por olho, dente por dente”, cuja reparação de um dano ocorria com a prática de outro dano. “Na Lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério [...]. A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano”.⁴

3

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 421.

4

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

Após, há o período da composição onde a vingança é substituída pela adoção de penas patrimoniais e tarifadas, “é a época do código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas”.⁵

Com a Lei Aquiliana, o Estado passou a intervir nos conflitos privados, assumindo para si a função de punir. Além disso, “fixou a necessidade de existência da culpa para que se viabilizasse a reparação do dano causado. Com ela, surgiram as penas proporcionais ao prejuízo”.⁶

Segundo Maria Helena Diniz:

Na idade média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena.⁷

Ainda, com a edição da *Lex Aquilia de Damno*, a culpa tornou-se um elemento subjetivo da responsabilidade.

Com o Código Francês, veio o princípio geral da responsabilidade civil, que “estabelece a responsabilidade por todo o fato do homem que representa uma culpa”,⁸ onde esse causador do dano, ainda que levíssimo, deveria repará-lo.

5

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.

6

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 424.

7

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

O Código de Napoleão, nos seus artigos 1.382 e 1.383, assentou a responsabilidade civil sobre a culpa e a reparação do dano sofrido, e que inspirou várias legislações.

Contudo, Maria Helena Diniz comenta:

Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao *fundamento* (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.⁹

Com a Revolução Industrial e a utilização de máquinas, que dificultavam a identificação da culpa do autor dos ilícitos, surgiram as primeiras idéias da teoria do risco, para a qual basta uma simples causação externa para que o prejuízo criado por ela seja indenizado.

O instituto da responsabilidade civil continuou se aprimorando, até o que se vê hoje no ordenamento jurídico brasileiro, de que a responsabilidade subjetiva ocorre quando se verifica a culpa do agente para que possa ser responsabilizado e repare o prejuízo, e na responsabilidade objetiva, deve ser observado o risco decorrente do exercício de determinada atividade para identificar se há dano e, conseqüentemente, dever de indenizar.

8

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil, volume V: fontes contratuais das Obrigações, Responsabilidade Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 166.

9

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE MÉDICA

Entre as profissões que causam riscos para a sociedade, e que estão sujeitas a disciplina especial, aqui será destacada a dos médicos, que, mesmo preenchendo os requisitos legais para exercer as atividades da medicina não estão eximidos de reparar eventuais danos causados.

Conforme Sergio Cavalieri Filho, “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”,¹⁰ perdendo sua relevância após o Código de Defesa do Consumidor.

Autores como Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves afirmam que a responsabilidade médica é de natureza contratual, e que apenas em casos excepcionais terá natureza delitual como, por exemplo, quando negam socorro ou dão atestados falsos.

Isso ocorre porque a obrigação desses profissionais é, em regra, obrigação de meio e não de resultado.

Na obrigação de resultado a culpa do médico é presumida, por isso, a doutrina entende que se o médico for experiente e faz uso de todos os meios técnicos indicados, além dos cuidados necessários, não haverá obrigação por risco profissional.

Assim, a obrigação do médico é de meio, pois este profissional não se compromete a obter a cura do paciente, mas sim agir com todo o zelo e técnica possíveis para um tratamento.

10

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 391.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

No entanto, caso fique provado que o médico agiu com qualquer modalidade de culpa, ou seja, imprudência, imperícia ou negligência, será imputada a este caso a responsabilidade civil, cabendo ao paciente ou seus herdeiros a prova da culpa.

O Código Civil, em seu artigo 951 dispõe que tem o dever de indenizar aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Também é pertinente frisar que a culpa do médico não precisa ser grave para que haja responsabilidade do mesmo.

Contudo, no caso do cirurgião plástico é diferente, a obrigação que assumem é de resultado, pois a maioria de seus pacientes procura a correção de um problema estético na pretensão de um resultado satisfatório, e não a cura de uma doença, cabendo uma indenização que abrange danos morais e materiais.

Para Miguel Kfoury Neto, existem duas maneiras diferentes de reparação de dano.

Uma delas é a responsabilidade subjetiva, que vem inspirada na idéia de culpa, afirmando que não se pode concebê-la se a mesma não possuir um lastro moral, ou seja, se o autor do dano não reconhecer sua culpa.

A segunda delas é a responsabilidade objetiva, na qual não se exige culpa do agente para que este tenha o dever de reparar o dano, basta que culpa presumida pela lei, onde o ônus da prova é invertido, ou simplesmente sua comprovação é dispensada.

Na responsabilidade objetiva é admitida à determinação de indenização na perda de uma chance, que vem da jurisprudência Francesa, e, assim sintetizada:

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

Admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.¹¹

Contudo, a chance perdida deve ser real, sendo demonstrado o prejuízo final que não pode ser evitado. A indenização terá seu quantum estipulado levando em conta a probabilidade de realização da chance perdida.

3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 Culpa Médica

O Código Civil dispõe nos artigos 186 e 951 a teoria da culpa na responsabilidade civil do médico. Se a vítima provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia, poderá ser ressarcida, tendo em vista que o dano foi ocasionado com culpa.

Como demonstrado anteriormente, a culpa surge como um dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade, porém, serão observadas características próprias na responsabilidade médica.

Segundo Kfoury Neto,

alguns julgadores são rigorosos na aferição da culpa médica: “(...) A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência

11

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.64.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretoquível poderá levar à indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado nexos causal entre a cirurgia e o evento morte, correta esteve a sentença dando pelo improvimento da ação”.¹²

Ainda sobre a culpa, ressalta Maria Helena Diniz:

É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; [...] ele é que deverá provar que não houve inexecução culposa [...] da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência [...] ou imprudência sua. [...] Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência [...], nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares [...].¹³

Vê-se, então, que a culpa do médico somente é observada quando comprovada a imprudência, a imperícia ou a negligência.

Tal comprovação poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, ou por perito, sendo que todas essas provas têm valor relativo, em razão do princípio da livre convicção, quando o juiz decide se levará em conta ou não as ponderações apresentadas.

É necessária, para que haja a responsabilidade, a relação de causalidade entre o ato do médico e o dano causado. Deve-se ressaltar, então, que além da culpa o vínculo causal ligando a conduta do agente ao dano deverá ser observado.

12

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.80.

13

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

Segundo Kfoury Neto, “o grau de culpa refletir-se-á na quantificação da indenização”,¹⁴ porém, bastará que a culpa seja observada para que haja indenização.

3.1.1 Imprudência

Imprudência é o ato de agir perigosamente, com falta de moderação ou precaução, aceitando conscientemente um risco.

Existe aqui a culpa comissiva, porém o profissional não usa de cautela ou cuidado necessários para evitar um resultado perigoso para o seu paciente, ele age de forma descuidada e precipitada.

Agir com imprudência, portanto, inclui a previsibilidade do evento derivado daquela ação, e, o profissional acaba agindo assim mesmo.

Essa conduta supera os limites da prudência, tendo em vista a irreflexão do agente em enfrentar o perigo do resultado. O médico toma a decisão de agir mesmo tendo o perfeito conhecimento do risco que corre o paciente com sua conduta.

Sobre o médico imprudente, Avecone apud Kfoury Neto assevera que “o médico é imprudente quando, tendo perfeito conhecimento do risco e também não ignorando a ciência médica (não sendo, pois, imperito), toma a decisão de agir assim mesmo.”¹⁵ e exemplifica com o caso de um cirurgião que opera com bisturi não esterilizado, dizendo que se ele não conhece os perigos da infecção será um imperito, e se o conhece mas prossegue com a ação, será imprudente.

14

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.86.

15

Idem, p. 96.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

Como exemplo, extrai-se da obra de Kfoury Neto:

É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora – acarretando dano ao paciente. A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada sem garantia de vaga em UTI, a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos.¹⁶

A imprudência sempre deriva da imperícia que, por sua vez, é conceituada como a falta de habilidade em praticar determinados atos.

3.1.2 Imperícia

A imperícia se caracteriza pela inabilidade, falta de conhecimento, inexperiência ou imatéria necessários ao exercício do profissional da medicina.

É o desempenho inadequado daquele que tem o dever de agir de acordo com os conhecimentos técnicos da profissão, porém, age com inobservância técnica, falta de preparação ou habilitação, e despreparo prático.

Para Kfoury Neto, no tocante à obrigação de indenizar é “indiferente que o médico deixe de observar regra cujo conhecimento não lhe seria normal desconhecer ou que demonstre despreparo: sempre responderá pelo dano causado”.¹⁷

16

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

17

Idem, p. 97.

Pode-se dizer que agiu com imperícia o médico cirurgião que, equivocadamente corta músculos, veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando seqüelas para o paciente.

É comum, por exemplo, em cirurgias plásticas o paciente sofrer uma ruptura muscular, perdendo os movimentos de expressão facial.

Outro exemplo comum, demonstrado por Kfoury Neto, é o da imperícia médica quando o obstetra realiza a laqueadura, e mesmo assim, a mulher vem a engravidar, sendo clara a obrigação de indenizar se o médico afirmou à mulher que ela jamais engravidaria novamente, e, contudo, ocorre a gestação. Será nesse caso identificada a culpa, no mínimo por haver o médico negligenciado dever de informação.¹⁸

Como dito, a imperícia médica é atribuída somente àqueles que possuem o diploma e agem com falta de conhecimentos necessários para o exercício legítimo da atividade profissional, sendo de grande relevância o aspecto psíquico do agente quanto à sua capacidade, ou seja, ele deve ser responsabilizado se, sabendo que está diante de um ato para o qual está despreparado, não conferenciar com seus colegas e indicar um especialista.

Mais uma vez, Avecone apud Kfoury Neto verifica a imperícia sob três aspectos:

À primeira vista, é imperito o médico que poderia evitar o dano apenas valendo-se de seus estudos básicos.

Em segundo lugar, a imperícia será avaliada à luz dos progressos científicos que sejam de domínio público e que, em todo caso, um profissional medianamente diligente deveria conhecer.

18

Idem, p. 98 e 99.

Uma terceira verificação diz respeito à experiência prática.¹⁹

3.1.3 Negligência

A negligência consiste na inação, inércia, descuido, falta de diligência ou desleixo. Ocorre quando o médico deixa de praticar seus deveres que a circunstância exige, por esquecimento ou passividade, sendo esse ato omissivo.

É importante diferenciar a negligência da imperícia, haja vista que esta última resulta do não conhecimento técnico necessário e a primeira ocorre, apesar do conhecimento, por uma omissão.

Entre os casos de negligência médica, são descritos alguns por Kfouri Neto como:

O abandono ao 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 um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante); mais; a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; a prática ilegal por pessoal técnico (enfermeiro que realiza punção no doente, advindo complicações e danos) – responde o médico; a letra do médico (receita indecifrável – em geral vê-se que os médicos têm uma letra ruim – levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência: deve-se prescrever à máquina ou de forma legível e sempre com cópia; esquecimento, em cirurgia, de corpo estranho no abdômen do paciente (pinça ou gaze, por exemplo), causando dano.²⁰

19

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

20

Idem, p. 92.

Diante do exposto, percebe-se que a negligência é causada por uma distração, um desleixo do profissional médico, que vem se tornando cada vez mais freqüente na jurisprudência.

3.2 Dano

Conforme exposto no capítulo anterior, o dano é um pressuposto da responsabilidade civil, pois somente haverá obrigação de indenizar se causado um prejuízo, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, ou ainda, ambas cumuladas.

A ocorrência do dano causa um desequilíbrio social, posto que ofende bem jurídico alheio protegido. Assim, gera um pleiteamento de reparação pelo prejuízo causado à vítima, como também seus familiares.

Kfouri Neto esclarece a necessidade do dano para constituir a responsabilidade civil:

Não basta para a existência da responsabilidade civil que uma ação ou omissão sejam qualificadas de culposas; é indispensável que a imprudência, imperícia ou negligência tenham causado dano a outrem. O dano revela-se, assim, elemento constitutivo da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele – caso contrário nada haveria a reparar.²¹

Os danos médicos são divididos em físicos ou corporais, que são em sua maioria consequência de danos físicos, e morais que incluem os danos estéticos, a dor sofrida, e, sobretudo situações vinculadas aos direitos da personalidade.

Veja-se então os danos estéticos e morais.

21

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

3.2.1 Dano estético

Maria Helena Diniz conceitua o dano estético como

Toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeimento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.²²

O dano estético, então, exige que a situação de deformidade, aleijão ou que a lesão a qual enfeiou determinada pessoa seja duradoura e cause um permanente motivo de exposição ao ridículo para que esta seja reparada.

Na maioria das vezes, o dano estético resulta num prejuízo moral ao paciente lesado porque, além de mudanças e dores físicas, a vítima se sente atingida na integridade ou na estética do seu corpo, tendo direito à reparação mesmo que este dano não tenha causado prejuízo ao patrimônio do lesado.

Acerca da definição da indenização,

No juizado cível, importará a extensão dos danos, a localização, a já referida possibilidade de completa (ou parcial) remoção, as características pessoais da vítima (sexo, idade, profissão, estado civil, etc.), as restrições de ordem pessoal decorrentes da irreparabilidade da lesão (alijar-se do convívio social, dado o aspecto repugnante do ferimento) – tudo deverá ser levado em conta, no momento de se definir a indenização.²³

22

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

23

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

Por isso, a avaliação do dano estético deverá ser feita o mais tarde possível, tendo em vista que a deformidade poderá atenuar-se.

Para Maria Helena Diniz, “o dano estético estaria compreendido no dano psíquico ou moral, de modo que, em regra, [...], se pode ter como cumuláveis a indenização por dano estético e a indenização por dano moral”,²⁴ sendo observado o sofrimento da vítima.

3.2.2 Dano moral

O dano moral é a lesão não patrimonial, ou seja, quando não há possibilidade de demonstrar valor exato, de pessoas onde houve um prejuízo sentido como dor, angústia ou sofrimento, que podem provocar complexos à vítima.

Ainda sobre a conceituação de dano moral, Maria Helena Diniz demonstra:

O dano moral, ensina-nos Zannoni, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.²⁵

24

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

25

Idem, p. 90.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

O Código Civil, em seu artigo 186, dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito.” (grifou-se)

Para melhor ilustração, colaciona-se julgado do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual admite que o dano moral, em se tratando de erro médico e sobrevindo de perturbações nas relações psíquicas de uma pessoa, é indenizável:

Dano moral - Indenização - Fístulas surgidas em decorrência de injeção aplicada na região glútea - Produto não absorvido pelo organismo - Cicatriz - Tratamento realizado - Necessidade de complementação - Responsabilidade inarredável - Recurso inacolhido. Demonstrada a existência de abscesso, em face da não absorção pelo organismo do líquido injetado, dando ensejo ao surgimento de cicatriz na região glútea, provada a autoria e materialidade, incide a tutela indenizatória. O dano pode abranger o estético e eventuais repercussões econômicas (REsp. n. 41.492-0-SP), inclusive valor orçado para complementação do tratamento.²⁶

Da análise do acórdão acima, destaca-se que em razão de cicatrizes causadas pela aplicação de injeção, foi acolhido o dano moral em razão do dano estético causado e possíveis perdas econômicas em razão disso.

3.3 Nexo Causal

No âmbito da responsabilidade civil, como já foi visto, esta não poderá existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão que o provocou. Essa relação entre o evento danoso e a ação que o produziu deverá ser evidente para a demonstração da relação de causalidade.

26

TJSC. Recurso de Apelação nº. 49.126. Balneário Camboriú, publicado em 28 maio 1996. Disponível em: http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAAHAAAAyAAAA&p_query=dano+moral+erro+m%E9dico&corH=FF0000. Acesso em: 16 out. 2008.

Para Antolisei, citado por Kfoury Neto:

Como não se pode fazer com que um homem responda por um delito sem que tenha ele praticado a ação, assim também não se pode considerá-lo responsável pelo resultado, se este não derivou de sua ação. O evento, ao lado da ação, deve ser obra do agente. A necessidade dessa ligação de derivação ou dependência entre a conduta do sujeito e o evento é comumente denominada relação de causalidade (...).²⁷

Contudo, em matéria relativa à responsabilidade médica, o nexo causal muitas vezes se torna muito difícil de ser estabelecido devido a uma série de fatores, como a complexidade da culpa médica e até mesmo a dificuldade em obterem-se provas dos fatos.

Por isso, atualmente a doutrina tem indicado que os juízes analisem as questões ligadas à causalidade de uma forma menos abstrata, ponderando todas as circunstâncias em cada caso, podendo-se chegar assim, a uma decisão mais justa.

Sobre o dever de indenizar nesse caso, pondera Maria Helena Diniz:

A obrigação de indenizar, em regra, não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. Basta que o autor seja responsável por uma causa, sempre que desta provier o dano, estabelecer em razão de sua constituição anômala com as demais. P.ex: A feriu levemente B; se B vier a falecer em razão de sua constituição anômala, A responderá por isso. Desse modo não haverá nexo de causalidade se houver interferência de terceiros, da vítima, ou de força maior ou de caso fortuito. Assim sendo, a questão do nexo causal é uma *quaestio facti* e não *quaestio iuris*, uma vez que deverá ser apreciada pelo juiz da causa.²⁸

27

Apud KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113.

28

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

Arrematando, nota-se que o agir culposo do médico precisa do nexo causal, ou seja, o médico deverá ser o causador do dano ao paciente. Isso ocorre através do ato lesivo, o dano e o nexo causal, e, presentes os três requisitos, deve o profissional da medicina ser responsabilizado civilmente, indenizando o paciente.

4 NATUREZA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Apesar do Código Civil colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não há dúvida de que ela tem natureza contratual e, em regra, o médico assume obrigação de meio e não de resultado na assistência ao paciente.

Sobre a natureza contratual entre médico e paciente, Irineu Ramos Filho discorre:

Aliada a essa possibilidade jurídica, tem-se a própria definição de contrato, que, doutrinariamente, é um acordo de vontades objetivando a consecução de determinado fim, econômico ou não. Partindo dessa noção preliminar e considerando a relação médico/paciente, podemos caracterizá-lo como contratual, isso porque, de um lado, temos alguém que toma um serviço específico; de outro, temos alguém que possui os conhecimentos necessários para prestar esse serviço; intermediando ambos, temos um liame comum, representado pelo objetivo a ser atingido pelo serviço prestado, que ao final redundará uma contrapartida econômica ao esforço profissional dispendido. Assim, vemos caracterizados os elementos básicos de um contrato: as partes, o objeto e o preço.²⁹

Na obrigação de meio o médico deve apenas esforçar-se, agir com prudência, perícia e técnica, para obter a cura, contudo, não terá obrigação de alcançá-la. Basta a dedicação do

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

profissional em atender da melhor forma possível a pessoa que precisa ser assistida, sem condicionar a prestação tendo em vista determinado resultado.

Kfoury Neto enaltece que:

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.³⁰

A obrigação de resultado se funda na obtenção de determinado fim, o qual foi previamente acordado entre o médico e o paciente. Um exemplo é a cirurgia plástica estética propriamente dita.

Nesse caso, o contratado se compromete a atingir um objetivo determinado, de forma que, quando não alcançado ou alcançado de forma parcial, ocorre a inexecução da obrigação. Há também a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova.

O posicionamento da doutrina em relação à espécie de contrato que caracteriza a relação entre médico e paciente, é divergente. São classificados como mandato, locação de serviços ou *sui generis* ou inominado.

A teoria do mandato é baseada no direito romano onde o médico era considerado um mandatário do doente, contudo, é criticada, pois não seria razoável que o médico se sujeitasse às instruções do paciente.

30

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71-72.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

Sobre a teoria da locação de serviços, que se aproxima bastante da teoria do contrato *sui generis*, Mariana Massara Rodrigues de Oliveira conceitua da seguinte forma:

A teoria, como tal, de aplicação do arrendamento de serviços às profissões liberais, foi adotada na Idade Média, pelos romanos, e sustenta que a atividade do profissional liberal, não submetida à legislação trabalhista, consistia em prestar ao seu contratante um serviço certo, mediante pagamento determinado.³¹

Por fim, a teoria do contrato inominado ou *sui generis* aduz que o contrato médico não está previsto e nem organizado pelo Código Civil, este seria um contrato inominado onde precisariam ser construídas regras reguladoras para o direito comum das obrigações para uso dos profissionais e as regras impostas para uma melhor organização profissional.

4.1 Elementos Constitutivos do Contrato Médico

O elemento mais importante do contrato, considerando a essência do negócio, é a manifestação de vontade.

Para a manifestação de tal vontade, é necessário que aja um agente para que possa ser declarado o objeto do contrato, “valendo destacar que tal objeto pode ser direto/imediato ou indireto/mediato, à medida que se materialize, respectivamente, na atividade a ser desenvolvida (prestação de dar, fazer ou não fazer) ou no bem da vida posto em circulação”.³²

31

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56.

32

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

A forma como será exteriorizado o contrato pode ser qualquer uma, desde que seja compreendido que o contrato realmente existe no campo concreto.

Todavia, se ele produzirá efeitos, ou seja, se é válido, deverá ser analisado de foi feito de maneira livre e de boa-fé.

Segundo Irineu Ramos Filho, o contrato deve ser compatível com a lei, com fim de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, e consistirá num vínculo obrigacional entre pessoas, no qual surgem direitos e deveres recíprocos.

Ainda, os elementos contratos podem ser extrínsecos e intrínsecos.

O elemento extrínseco é aquele que dá origem ao contrato e é subdividido em capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo.

A capacidade das partes contratantes, para certos atos da vida civil, é imposta pelo ordenamento jurídico, através de requisitos especiais para contratar. Um exemplo disso são os contratos dos profissionais liberais quanto à prática de atos típicos de cada profissão.

A idoneidade do objeto abarca a possibilidade jurídica, que permite localizar o objeto do contrato nos limites dos fenômenos físicos, sociais e humanos; a licitude, que é sua previsão no ordenamento jurídico; e, por fim, a suscetibilidade de aferição econômica, isto é, deve possuir valor econômico expressivo.

Finalizando, a legitimação para realizar o contrato é definida como sendo a prerrogativa que uma pessoa possui para agir em favor de determinado interesse passível de tutela jurídica, e pode ocorrer de forma direta, ou seja, quando consubstanciada pela

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, IV volume: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

própria pessoa capaz, em função de interesses próprios, ou pode ocorrer de forma indireta, que será manifestada por um terceiro com poderes nele investidos para contratar.

O elemento intrínseco é aquele que complementa a relação contratual e, por sua natureza, são indispensáveis para a validade do contrato. São o consentimento ou manifestação da vontade, a causa, o objeto e a forma.

Consentimento ou manifestação da vontade é a causa concreta de uma relação jurídica. A causa é o objetivo a ser atingido pela atuação da vontade das partes. O objeto é o conjunto de obrigações que as partes se comprometem a praticar. Quanto à forma, é preferível que seja escrita, contudo não há exigência do ordenamento jurídico em relação a isso.

Demonstrados os elementos extrínsecos e intrínsecos do contrato, para que este se aperfeiçoe existem três momentos indispensáveis, que são a proposta, a aceitação e a consumação.

Proposta “é o momento inicial do contrato, manifesto através de ato pelo qual uma parte solicita a manifestação da outra sobre os termos do contrato a ser celebrado”.³³ O interesse social exige que a proposta seja séria, inequívoca, consistente, estável precisa e completa para que possa gerar contrato.

Aceitação é a aquiescência de uma proposta. Deve ser manifesta de modo preciso, propiciando ao proponente um entendimento, podendo ser expressa ou tácita.

Para que ocorra a consumação do pacto obrigacional, basta que o aceitante e o proponente efetivem a convergência das vontades integrantes da relação jurídica.

33

RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT v.7, jul. 2001, p. 89.

4.2 Efeitos do Contrato Médico

Acerca do efeito fundamental do contrato, observa-se que esta é de gerar obrigações para as partes que o pactuaram.

A geração do contrato implica a formação de um vínculo entre as partes, produzindo para o credor o direito de exigir seu cumprimento e para o devedor, a obrigação de adimpli-lo.

O contrato médico impõe às partes uma reciprocidade bilateral compatível com as obrigações que lhe são inerentes, isto é, com a legitimidade e com as competências de cada parte.

Ao médico compete executar os deveres prescritivos, terapêuticos e informativos; e ao paciente, incumbe prestar as informações solicitadas pelo profissional, necessárias para o cumprimento do seu dever.

Salienta Maria Helena Diniz que o contrato médico contém, implicitamente, os seguintes deveres:

- 1) De dar conselhos ao seu cliente, logo, o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne às precauções exigidas pelo estado. [...]
- 2) De cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina. Assim, será responsabilizado se não der assistência ao seu cliente ou negligenciar as visitas, abandonando-o. [...]
- 3) De abster-se do abuso ou do desvio de poder, pois o médico não terá o direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser que isso seja

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

imprescindível para enfrentar o mal que acarreta perigo de vida ao paciente. [...].³⁴

4.3 Cláusula de Não-Indenizar

A cláusula de não-indenizar é aquela pela qual o contratante que normalmente estaria obrigado a indenizar prejuízos futuros, tenta se eximir desta reparação através de cláusula contratual. A admissibilidade dessa cláusula funda-se no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar.

Para Sérgio Sérulo da Cunha, a cláusula de indenidade é aquela que “exclui ou limita a responsabilidade de uma das partes”.³⁵

Contudo, a cláusula de não-indenização não exime o agente da responsabilidade, e nem elide a obrigação, pois esta é o dever originário que tem por fonte a lei, e aquela é um dever que decorre da violação da obrigação. A referida cláusula somente afasta a reparação do dano, ou seja, as normais conseqüências da inexecução de uma obrigação.

Cavaliere Filho distingue a causa de irresponsabilidade da cláusula de não indenizar aduzindo que a primeira exclui a responsabilidade e a segunda afasta apenas a indenização, e continua ao afirmar:

Não se pode, conseqüentemente, confundir causa de exclusão de responsabilidade com cláusula de não-indenizar. Aquela, repita-se, é verdadeira exoneração da obrigação de indenizar. É a própria responsabilidade, o próprio dever de responder, que por ela fica afastada. Esta, ao contrário, é condição do seu funcionamento a

34

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 298-300.

35

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou a reparação do dano.³⁶

Estas cláusulas têm se tornado freqüentes em alguns procedimentos médicos, principalmente nos cirúrgicos. Entretanto, no direito penal elas não possuem eficácia alguma, apresentando-se somente do âmbito do direito civil a questão da validade desta cláusula de não reparação de uma obrigação do profissional.

Importante consideração acerca da problemática destas cláusulas contratuais é proferida por Kfourir Neto:

Aguiar Dias responde à indagação, referindo-se ao dever dos médicos de empregar todos os meios a fim de obter a cura. A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convencená-la, ela já existe – e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano. Demogue, isoladamente, sustenta a validade da cláusula no caso de manifestação formal do paciente, em operação que o médico julgue perigosa. O médico tem o dever de se recusar a praticar intervenção que sua consciência científica desaconselhe. Assim, se assentir à vontade do cliente, contrariando as regras técnicas da profissão, sempre incorrerá em responsabilidade.³⁷

Assim, o problema continua em discussão pelos doutrinadores que, em sua maioria, não aceita a cláusula de não-indenizar como uma convenção válida, tendo em vista que o devedor é sempre responsável, e a cláusula não modifica o direito.

36

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 529.

37

KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 104.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

O campo de aplicação da cláusula de não-indenizar fica mais restrito pelo disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 24, que veda cláusula contratual exonerativa da garantia legal, seja em razão dos vícios do produto ou do serviço.

5 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO MÉDICO

5.1 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXII, que o Estado irá promover a defesa do consumidor, e o seu artigo 170, V, erigiu a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Em cumprimento a norma constitucional, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, expresso pela Lei n. 8.078/90, com início da vigência em março de 1991, para a proteção do consumidor, que até então estava desamparado de um instrumento que defendesse os seus interesses materiais e morais.

Em decorrência da origem constitucional dessa lei, o seu artigo primeiro “autodefine suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória”³⁸, e o seu artigo segundo define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”³⁹

38

CAVALIERI FILHO, ob. cit. p. 40.

39

Código de Defesa do Consumidor, art. 2º.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

O Código de Defesa do Consumidor existe para que a parte presumivelmente mais fraca das relações de consumo, o consumidor, tenha uma igualdade jurídica que compense a desigualdade econômica frente ao fornecedor.

Os direitos protegidos pelo Código Consumerista garantem o equilíbrio das prestações entre profissional e consumidor, garantindo meios eficientes de defesa e informação para a coletividade, e por serem esses direitos de ordem pública, são irrenunciáveis e indisponíveis.

Para esclarecer o assunto, Sergio Cavaliere Filho assenta:

[...]. Em outras palavras, a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do nosso Código do Consumidor; ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor. E foi justamente em razão dessa vulnerabilidade que o Código consagrou uma nova concepção do contrato – um conceito social, no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único essencial elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram.[...] ⁴⁰

Em seus artigos 12⁴¹ e 14⁴², o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor, estipulando a reparação de danos patrimoniais ou morais.

40

CAVALIERE FILHO, ob. cit., p. 486.

41

CDC, 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. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

Assim, deve prevalecer a responsabilidade do fabricante ou produtor, que prevendo os efeitos danosos que o produto ou serviço irá acarretar, dispensa o prejudicado de produzir prova. Contudo, “só haverá tal responsabilidade se o defeito do produto elaborado for a causa do evento danoso”.⁴³

5.2 Teoria do risco do empreendimento

Os riscos do consumo, antes do Código do Consumidor, eram por conta do consumidor, enquanto o fornecedor respondia somente no caso de dolo ou culpa, após sua vigência, o risco foi transferido do consumidor para o fornecedor, sendo que a responsabilidade é objetiva para todos os casos de acidente de consumo.

Cavaliere Filho define a teoria do risco do empreendimento:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao

qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

42

CDC, 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. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

43

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 418.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.⁴⁴

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo de fornecimento de serviços ou produtos, tem o dever de responder pelos fatos resultantes do empreendimento, independentemente de culpa.

5.3 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

Tanto a responsabilidade pelo fato do produto como do serviço decorrem de um defeito que compromete a segurança do produto ou serviço. O vício é um defeito que lhe é inerente que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.

O fato do produto é um acontecimento externo, que causa dano moral ou material ao consumidor tendo sempre como fato gerador um defeito do produto.

Sobre o fato do produto, Sergio Cavalieri Filho discorre da seguinte forma:

À luz do art 12 do Código de Defesa do Consumidor, esse defeito pode ser de *concepção* (criação, projeto, fórmula), de *produção* (fabricação, construção, montagem) e ainda de *comercialização* (informações, publicidade, apresentação etc.). São os chamados *acidentes de consumo*, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.⁴⁵

44

CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 497.

45

CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 498.

No artigo 8º do Código do Consumidor, está descrito o princípio da segurança, que estabelece o dever do fornecedor de não colocar no mercado produtos ou serviços com defeito ou que coloquem em risco a saúde ou segurança do consumidor.

Um serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que o consumidor deveria esperar, levando em conta o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente são esperados e a época em que foi fornecido.

Os artigos 12 e 14 do Código do Consumidor têm como principal diferença a designação dos agentes responsáveis. A responsabilidade pelo fato do produto tem como responsáveis o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante em via principal. Já na responsabilidade pelo fato do serviço, que fala somente em fornecedor, inclui todos os partícipes da cadeia produtiva, respondendo solidariamente.

5.4 Inversão do ônus da Prova

Observando os parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, nota-se a inversão do ônus da prova quanto ao nexos causal, cabendo ao fornecedor provar que o defeito não existe ou qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade. Ocorre por força da lei, eximindo o consumidor de um ônus e criando novo ônus probatório à parte contrária.

Assim, acerca da produção de prova de defeito no produto, Cavalieri Filho ensina:

Conforme já ressaltado, ocorrido o acidente de consumo e havendo a chamada prova de *primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo d

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

probabilidade, o Código do Consumidor presume o defeito do produto ou serviço, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar – ônus seu – que o defeito não existe (arts. 12, parágrafo 3º, II e 14, parágrafo 3º, I). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário, havendo aí, portanto, inversão do ônus da prova *ope legis*, e não *ope iudicis*.⁴⁶

Deste modo, uma vez concedida a inversão do ônus da prova, o consumidor ficará desincumbido de provar o dano e o nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o evento danoso, cabendo ao fornecedor provar que o seu produto não tem defeito.

No terceiro capítulo desta monografia este assunto será abordado novamente com maior ênfase.

5.5 Responsabilidade dos profissionais liberais

Os agentes que figuram na relação jurídica de consumo são o consumidor e o fornecedor. Entre os fornecedores, conforme disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, estão os prestadores de serviços, onde são encontrados os profissionais liberais, como os advogados, médicos, pintores e engenheiros.

Os profissionais liberais são aqueles que prestam serviço por conta própria, sem subordinação, independentemente do grau de escolaridade.

Estes profissionais, apesar de prestarem serviços, não respondem objetivamente, e sim subjetivamente, conforme exceção disposta no artigo 14, parágrafo 4º.

A questão da exclusão do profissional liberal do sistema geral da responsabilidade objetiva é esclarecida por Cavalieri Filho:

46

CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 517.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

[...]. A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca. Trata-se, portanto, de serviços negociados, e não contratados por adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série. Em suma, não se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço em massa.⁴⁷

Este dispositivo não será aplicado para serviços prestados por pessoas jurídicas, somente cabe à pessoa natural.

A maior parte dos serviços prestados por profissionais liberais é para atingir uma obrigação de meio, onde ele deverá apenas empregar todos os métodos necessários para alcançar o objetivo. Neste caso restará ao consumidor provar a culpa do profissional.

Sendo a obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova é automática, ocorre uma presunção de culpa do fornecedor, pela razão de que os contratos prevêm um resultado a ser alcançado.

Extrai-se do texto de Luís Fernando Barbosa Pasquini:

Conclui-se, portanto, que em relação ao fato do serviço, a responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante verificação de culpa, devendo, para tanto, distinguir a obrigação assumida. Sendo de meio, deverá o consumidor provar a culpa do profissional liberal, salvo se for caso de inversão do ônus da prova; já se a obrigação for de resultado, a inversão se dá automaticamente, devendo o profissional provar que não laborou com culpa.⁴⁸

47

CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 518.

48

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

5.6 Responsabilidade Médica e o Código do Consumidor

Como visto, a prestação de serviço pelo médico é contratual e se divide em atividade de meio e de resultado. Na obrigação de meio, o médico deve prestar um serviço diligente e prudente, para que a cura do paciente seja alcançada, contudo, não existe um resultado esperado. Já na obrigação de resultado, o médico deve agir com a mesma diligência e prudência, porém aqui há um resultado esperado.

A responsabilidade dos profissionais liberais, inclusive a do médico, está prevista no artigo 14, parágrafo 4º do Código do Consumidor.

Baseia-se na culpa a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, assim, se o profissional da medicina trabalha num hospital, ele responderá apenas pela culpa, enquanto o hospital responderá de forma objetiva. No entanto, o médico cirurgião responde independente de culpa por tratar-se de acidente de consumo.

Na responsabilidade subjetiva a responsabilidade nascerá caso seja demonstrada culpa em grau mínimo, médio ou máximo.

Grácia Cristina Moreira do Rosário comenta sobre a importância dos contratos médicos após o Código de Defesa do Consumidor:

Com o surgimento da Lei nº 8.078 de 1990, passou a ser de suma importância a atenção especial dos médicos em relação à redação dos contratos, discriminando, detalhadamente, os serviços pactuados, incluindo, nas cláusulas, a possibilidade da ocorrência de efeitos colaterais que poderão suceder ao longo do tratamento. Essas instruções são importantes, caso ocorra algum problema com o paciente vindo a

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. *O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços*. Jus Navegandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574&p=5>>. Acesso em: 27 out. 2008.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.

ISSN 1980-7031

originar uma demanda judicial, a fim de o julgador poder captar a existência ou não de culpa médica.⁴⁹

Nas relações consumeristas foi adotada a teoria do risco, não mais se discutindo se houve ou não culpa do agente. Contudo, o médico só não será obrigado a indenizar se provar de meio hábil que não houve nexo de causalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do médico deriva do disposto no nosso ordenamento jurídico brasileiro de que aquele que causar dano a outrem deverá ressarcir-lo por estes prejuízos. Assim, deve ser indenizado aquele que por tratamento médico vier a sofrer prejuízo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

A relação contratual é aquela decorrente de acordo entre as partes, tornando-se norma aquilo que foi convencionado. Já a relação extracontratual decorre de lei, independente da vontade das partes.

A responsabilidade subjetiva se caracteriza quando, além do ato lesivo do agente, do dano e do nexo causal, é observada a culpa do agente causador do dano, e a responsabilidade objetiva não há que se falar em culpa para que fique caracterizada à necessidade de indenizar o lesado.

Em relação a obrigação de meios, observou-se que ocorre quando o contratado obriga-se a utilizar, no cumprimento da obrigação, toda sua diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais, para o procedimento ao qual se submeteu, o que, em regra, é aplicado para os médicos. A obrigação de resultado compromete o contratado a atingir determinado resultado. A cirurgia plástica com finalidade estética, por ser de

49

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 100 – 101.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

simples embelezamento, mas não porque a saúde do paciente exigiu, impõe a obrigação de resultado resultante do contrato celebrado entre o médico e o paciente.

A culpa do médico somente é observada quando comprovada a imprudência, a imperícia ou a negligência. Além da culpa o vínculo causal ligando a conduta do agente ao dano deverá ser observado. O dano é um pressuposto da obrigação de indenizar, e está dividido em dano estético e dano moral.

O dano estético exige que a situação de deformidade, aleijão ou que a lesão a qual enfeiou determinada pessoa seja duradoura e cause um permanente motivo de exposição ao ridículo para que esta seja reparada, e o dano moral é a lesão de pessoas em que houve um prejuízo sentido como dor, angústia ou sofrimento, que podem provocar complexos à vítima.

Quanto ao aspecto contratual, importante ressaltar a cláusula de não-indenizar que é aquela pela qual o contratante que normalmente estaria obrigado a indenizar prejuízos futuros, tenta se eximir desta reparação através de cláusula contratual. Porém, foi visto que esta cláusula não exime o agente da responsabilidade, e nem elide a obrigação.

A relação contratual entre o cirurgião plástico e o cliente gera uma obrigação que deve ser cumprida pelo médico e ser considerada plenamente satisfatória pelo paciente e, o médico deverá ter as condições para assegurar o resultado pretendido pelo paciente sem lhe causar prejuízos.

A inversão do ônus da prova está prevista no Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que a atividade médica é prestação de serviços, e por assim ser, se sujeita às normas do código consumerista, que, em seu artigo 6º, VIII dispõe sobre os direitos básicos do consumidor e, artigos 12, e 14, ambos nos seus parágrafos terceiros.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

São duas as possibilidades de inversão do ônus da prova descritas no artigo 6º, VIII do Código do Consumidor no caso de erro médico, a verossimilhança da alegação ou caso seja verificada a hipossuficiência do paciente. Essa hipossuficiência a que se refere o dispositivo legal é técnica, e está ligada à posse de conhecimento e informação.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, IV volume: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, IV volume: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, volume V: fontes acontratuais das Obrigações, Responsabilidade Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

JANSEN, Rodrigo Diego. GOULART, Débora Cristina. Estudo de Caso: A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na responsabilidade civil médica por falha contratual do cirurgião plástico.

Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.6, n.1, p.61-99, Tri I. 2012.
ISSN 1980-7031

_____. PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços. Jus Navegandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574&p=5>>. Acesso em: 27 out. 2008.

RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT v.7, jul. 2001.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.