



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade Civil do Médico na Medicina Estética e Cirurgia Plástica.

Fernanda Rodrigues Magacho

Rio de Janeiro
2014

FERNANDA RODRIGUES MAGACHO

A Responsabilidade Civil do Médico na Medicina Estética e Cirurgia Plástica.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior.

Rio de Janeiro
2014

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA MEDICINA ESTÉTICA E CIRURGIA PLÁSTICA.

Fernanda Rodrigues Magacho

Graduada pelo Instituto Superior de Educação La Salle – UNILASALLE.
Advogada.

Resumo: No contrato de prestação de serviços médicos, celebrado com profissional liberal, pode haver obrigação de meio ou obrigação de resultado. Quanto à obtenção de benefícios decorrentes do tratamento médico, a responsabilidade civil somente existirá se for o caso de obrigação de resultado e aquele resultado não for alcançado. A obrigação assumida pelo profissional da medicina estética, em regra, é uma obrigação de resultado e sua responsabilidade, embora subjetiva, se caracteriza pela culpa presumida. Nesse diapasão, importante distinguir o resultado iatrogênico, e o erro médico, posto que este é indenizável, mas não aquele. A essência do trabalho é apontar a distinção entre esses institutos, a configuração da responsabilidade civil e suas excludentes à luz do ordenamento jurídico pátrio, jurisprudência e da análise do Código de Ética Médica.

Palavras Chave: Responsabilidade Civil. Profissional Liberal. Código de Defesa do Consumidor. Iatrogenia. Erro Médico. Código de Ética Médica.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos da Responsabilidade Civil subjetiva na Medicina Estética e Cirurgia Plástica. Jurisprudências. 2. Responsabilidade Civil do médico sob a perspectiva do Código de Ética Médica. 3. Iatrogenia e Erro Médico. 4. Excludentes da Responsabilidade Civil: caso fortuito e força maior; conduta da vítima; fato de terceiro; cláusula de não indenizar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o tema da responsabilidade civil do médico na medicina estética e na cirurgia plástica, que se afigura como espécie do gênero responsabilidade civil nas relações consumeristas.

Nesse diapasão, estabelece algumas premissas como a determinação que a prestação de serviço médico é classificada como relação de consumo; que daí infere-se tratar de responsabilidade civil objetiva como figura excepcional.

Estabelecido esse cenário, pretende expor os contornos que demonstram não só a responsabilidade civil do profissional, como também as causas de sua exclusão, em razão do comportamento do outro pólo da relação de consumo, ou seja, do paciente.

Na sociedade atual, vê-se como se busca diariamente formas mais saudáveis de viver, através, entre outros, de procedimentos estéticos. Segundo a ISAPS – Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica e Estética – os procedimentos dessa natureza cresceram 43,9% entre 2008 e 2011, colocando o Brasil em terceiro lugar no ranking mundial, atrás apenas da Itália e Coréia do Sul.

Nesse cenário de profusão de cirurgias é extremamente relevante estudar a responsabilidade civil do médico especialmente à luz da jurisprudência pátria, eis que, nesse campo, os Tribunais brasileiros não fazem uma análise mais direta do tema, mantendo em uma zona cinzenta a fronteira entre o ato médico lícito e o ato médico ilícito, encortinando sobremaneira os chamados procedimentos justificáveis.

O intuito do presente trabalho, após inserir o tema específico no ordenamento jurídico pátrio, é demonstrar que há possibilidade de afastar a responsabilidade civil do médico que atua na área da medicina estética e cirurgia plástica, por culpa exclusiva do paciente, como uma causa de quebra do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado alcançado.

Pretende também, constatar que a responsabilidade civil subjetiva é a melhor espécie de responsabilidade, tendo em vista que não se pode exigir do profissional de saúde a ingerência sobre o comportamento do paciente em tempo integral, bem como inferir ser possível o afastamento da culpa presumida na responsabilidade civil através da observância

do dever de informação e do termo de consentimento informado assinado pelo próprio paciente, que ao fazê-lo assume parcela da responsabilidade no sucesso do procedimento realizado.

Por fim, através de uma análise minuciosa da jurisprudência, pretende comprovar que a culpa exclusiva da vítima e a má-fé do paciente são fatores que afastam a responsabilidade civil do médico, ainda que haja culpa presumida, uma vez que haverá rompimento do nexo de causalidade.

No presente artigo foram adotados os métodos científicos, indutivo e dedutivo, visando a um modo de pensar ordenado, coerente e lógico. Valendo-se do raciocínio indutivo, adota-se processo que parte de fatos particulares para formulação genérica, que amplie o conhecimento e a compreensão do fenômeno jurídico pesquisado.

Por outro lado, usando o método dedutivo, foram focalizados dados gerais sobre o tema para deles extrair afirmações que permitam o estudo da jurisprudência. Com o processo dedutivo, pretende-se desenvolver raciocínio que parta dos aspectos do tema, sabidos ou admitidos pela doutrina, conforme dados levantados, para se alcançar novos aspectos.

A pesquisa tem natureza descritiva, por se cuidar de descrever os aspectos jurídicos, promovendo-se interpretação necessária à formulação de respostas para as questões sobre o tema.

1. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NA MEDICINA ESTÉTICA E CIRURGIA PLÁSTICA

Com a incessante busca pela beleza e a facilidade de acesso aos tratamentos estéticos, os Tribunais de Justiça de todo o país estão sofrendo sensivelmente com os efeitos oriundos da massificação das cirurgias plásticas, tendo em vista o crescente número de ações judiciais objetivando indenizações por danos morais, estéticos e materiais.

Nesse cenário de profusão das cirurgias estéticas, necessário se faz delimitar a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal, que atua na área da Medicina Estética e da Cirurgia Plástica.

Nosso ordenamento jurídico prevê duas espécies de responsabilidade civil, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade será subjetiva quando a presença da culpa for elemento determinante da obrigação de indenizar. Gonçalves¹ afirma que “a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”.

Os pressupostos da responsabilidade subjetiva podem ser claramente identificados no texto do art. 186 do Código Civil.

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária. O elemento subjetivo pode ser o dolo ou a culpa. O elemento causal-material é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos foram apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, e são os mesmos elementos identificáveis no art. 186 do CC.

Na responsabilidade objetiva, por sua vez, o causador do dano responde independentemente de culpa, ou seja, a culpa não é pressuposto da responsabilidade objetiva.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.30.

Ocorre quando a lei impõe, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa.

Depreende-se, portanto, que os pressupostos da responsabilidade objetiva são: conduta do agente; dano e nexo de causalidade. Pouco importa a análise da culpa ou dolo.

A teoria da responsabilidade civil está diretamente ligada ao direito obrigacional. Há que se distinguir dever jurídico e responsabilidade. O dever jurídico pode ser originário ou sucessivo.

O dever jurídico originário é definido pelo padrão de conduta que se deve respeitar, é a obrigação, e sua violação ocorre no momento em que se pratica o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano a terceiro, gerando um novo dever jurídico de reparar o dano. Esse dever jurídico que surge a partir do ilícito e que tem por finalidade a reparação do dano causado é o dever jurídico sucessivo ou responsabilidade civil.

Quando o dano causado for derivado de descumprimento de obrigação pactuada em contrato, diz-se que houve violação de um dever contratual. O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar perdas e danos. A indenização tem por finalidade colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

No caso de conduta prevista legalmente, a infração do dever legal tem eficácia de gerar a responsabilidade aquiliana ou extracontratual. O ato ilícito, por contrariar a ordem jurídica, viola direito subjetivo individual. Da violação nasce a pretensão, assegurando que o agente causador do dano seja compelido a reparar tal prejuízo. A obrigação de indenizar, ou responsabilidade, é a consequência jurídica do ato ilícito.

A responsabilidade contratual ocorre quando há inexecução de obrigação, ou inadimplemento, estipulada no contrato. Preexiste uma relação jurídica obrigacional. O dever de indenizar é consequência do inadimplemento contratual, portanto, temos a responsabilidade contratual.

O Código de Defesa do Consumidor parte da premissa básica de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo e pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações. O Código de Defesa do Consumidor superou a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Independentemente da existência de um vínculo contratual, diante da ocorrência do dano na relação de consumo, o consumidor deverá ser indenizado, bastando demonstrar o prejuízo e o nexo causal, dispensando-se a comprovação de culpa. Como regra geral, na relação de consumo, a responsabilidade é objetiva.

Destacando o art.14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que não se aplica a responsabilidade objetiva no caso de atuação de médico como profissional liberal. Aplica-se, portanto, a responsabilidade subjetiva, embora se trate de tutela de relação de consumo. Saliente-se que a exceção é apenas para os profissionais liberais, não se estendendo aos hospitais e demais estabelecimentos de saúde, que respondem objetivamente.

É nesse momento que surgem as interpretações equivocadas acerca da responsabilidade do profissional médico que atua na área da estética. Muito se ouve que a sua responsabilidade é objetiva em razão da obrigação de resultado assumida: não obtendo o resultado desejado, terá o dever de indenizar independentemente de culpa.

Ocorre que tal afirmação não traduz a realidade. Não se pode confundir a obrigação de resultado que gera a culpa presumida com a responsabilidade objetiva.

À luz da Jurisprudência pátria sobre obrigação assumida pelo cirurgião plástico, considera-se haver obrigação de resultado no caso das cirurgias plásticas meramente estéticas; ou obrigação de meio se for o caso de cirurgia plástica reparadora. Confirma-se isto no Recurso Especial nº 236.708. Referido posicionamento, repita-se, no sentido de que nas cirurgias plásticas meramente estéticas o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios, encontra amparo também na doutrina

O há de peculiar na responsabilidade do médico que atua na área de estética não é a desnecessidade de comprovação de sua culpa e sim a presunção de que a conduta por ele praticada está eivada de culpa, isto é, temos que sua culpa é presumida.

A culpa presumida é uma espécie do gênero responsabilidade subjetiva, que decorre do não cumprimento de uma obrigação de resultado assumida pelo profissional liberal prestador do serviço, e não se confunde com a responsabilidade objetiva.

A culpa presumida impõe ao causador do dano (o médico) a prova da existência de uma circunstância imprevisível e inafastável, capaz de elidir a sua responsabilidade. Assim, conclui-se que há, apenas, inversão do ônus probatório, que recai sobre o médico e não sobre o paciente, parte vulnerável.

Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica estética, em razão da obrigação de resultado assumida, é subjetiva. Não obstante, será seu o ônus de provar a inexistência de culpa na sua conduta, por se tratar de culpa presumida.

No caso de responsabilidade médica, as perdas e danos abrangem dano emergente e lucro cessante (art. 402). Adota-se aqui a teoria da causalidade adequada, ou teoria dos danos diretos e imediatos (art. 403). A esse respeito:

Apelação cível. Indenizatória. TRATAMENTO ESTÉTICO MAL SUCEDIDO. Alegação de tratamento prestado de forma inadequada. Sentença que entendeu comprovados o dano e a culpa presumida da parte ré, acolhendo o pleito por indenização pelo dano moral e pelo dano estético reclamados, nos valores de R\$ 6.000,00 e R\$ 2.000,00, respectivamente. A responsabilidade objetiva da clínica. Autos que demonstram a existência do dano, bem como sua direta relação com a cirurgia estética. Laudo pericial que foi conclusivo ao afirmar que, ainda que em grau mínimo, houve dano estético. Fotos que são suficientemente esclarecedoras e demonstram o dano sofrido. Revela-se inegável que a apelada sofreu em sua esfera moral frustrações e tristeza ante o malogro da cirurgia. Integral manutenção da sentença que bem analisou o caso e justamente arbitrou as verbas indenizatórias. Recurso a que se nega seguimento. (0012863-31.2006.8.19.0209 - APELACAO - DES. NANJI MAHFUZ - JULGAMENTO: 09/09/2011 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CIRURGIA ESTÉTICA. Danos materiais, morais e estéticos. Erro médico. Laudo pericial conclusivo. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NÃO OBTIDO. CULPA PRESUMIDA. Responde o profissional médico pelos danos experimentados pela paciente, decorrentes do resultado insatisfatório. Danos materiais, morais e estéticos arbitrados em consonância com os ditames da razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557 do CPC. (0117162-43.2002.8.19.0001 – APELACAO - DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 27/04/2010 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA NA REGIÃO DO NARIZ. ALEGAÇÃO DE DEFORMAÇÃO. CULPA PRESUMIDA DO CIRURGIÃO. Inocorrência. Laudo pericial atestando a inexistência de falha na técnica cirúrgica empregada. Autor que já havia se submetido a anterior cirurgia e conhecia os riscos e os detalhes do procedimento em questão. Réu que apela pugnando pela majoração dos honorários advocatícios. Não cabimento. Recursos aos quais se nega seguimento. (0006446-75.2004.8.19.0001 - APELACAO - DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES - Julgamento: 11/03/2010 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL).

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA para correção de orelhas de abano (otoplastia). Responsabilidade civil da clínica médica, na qual foi o autor atendido para consultas na fase do pré-operatório e no pós-operatório. A obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de resultado, daí que sendo presumida sua culpa, dele é o ônus de provar ter atuado com boa técnica, diligência, perícia, habilidade. Não é possível estender à clínica responsabilidade pelo ato do cirurgião, se não foi nem mesmo em seu estabelecimento que a cirurgia foi realizada. Precedentes do stj. A solidariedade que estabelece o cdc existir em relação a todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo, não pode ser aplicada sem a análise do caso concreto. Recurso provido. (0001631-60.2003.8.19.0004 – APELACAO - DES. LUISA BOTTREL SOUZA - Julgamento: 19/10/2011 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICA. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COM PRESUNÇÃO DE CULPA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A responsabilidade civil de médica cirurgiã, apesar de ser profissional liberal, assume obrigação de resultado em razão da natureza do serviço oferecido e cirurgia plástica estética. E, não obstante permanecer com responsabilidade subjetiva, entende o Superior Tribunal de Justiça que há presunção de culpa em seu atuar, invertendo-se, em consequência, o ônus da prova em seu desfavor. Sob esse prisma, não tendo sido demonstrada a ocorrência de qualquer causa excludente de nexo causal e restando comprovado que o resultado pretendido pela paciente não foi alcançado, há dano que deve ser reparado. Verba indenizatória, fixada de forma proporcional e razoável. Sentença que se mantém. Recursos manifestamente improcedentes, que estão em confronto com o ordenamento processual e com a jurisprudência dominante deste Tribunal. Art. 557, caput, do CPC. RECURSOS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (0008252-91.2008.8.19.0006 – APELACAO - DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 23/01/2013 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL).

Assim, base na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acima colacionada, confirma-se o exposto anteriormente a respeito da responsabilidade civil subjetiva do médico, como profissional liberal.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Após ser estudada a responsabilidade civil do médico sob a ótica jurídica, analisa-se nesse capítulo a responsabilidade civil do médico no enfoque dado pelo Código de Ética Médica.

A abordagem do tema tratado nesse capítulo é extremamente relevante, pois o Código de Ética Médica tem natureza normativa, eis que aprovado pela Resolução CFM nº 1931/2009, publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 2009 com retificação publicada no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 2009, seção I, página 173.

Por ter natureza normativa, é indispensável que se faça o estudo aqui pretendido, pois pode haver antinomias; verdadeiros conflitos entre as normas brasileiras de diferentes espécies, como o Código Civil², o Código de Proteção e Defesa do Consumidor³ e o Código de Ética Médica⁴.

O Código de Ética Médica é dividido em Preâmbulo de quatorze capítulos subsequentes. Trata-se nesse estudo do capítulo I que prevê os princípios fundamentais relativos ao médico e a atividade de medicina e do capítulo III que disciplina a responsabilidade profissional do médico.

2.1. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

²BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

³BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴BRASIL. Resolução CFM n. 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 02 abr. 2014.

Dispõe o princípio fundamental II, insculpido do Código de Ética Médica, que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”

Daí se depreende, sem nenhum conflito com outras normas que tratam da responsabilidade civil do médico (ou da responsabilidade civil de profissionais de um modo geral), que a atividade médica é pautada, acima de tudo, pelo zelo, diligência, cuidado, atualização profissional, sempre em benefício do paciente e sua saúde.

Este princípio pode parecer nada pragmático, revelando-se como norma de eficácia limitada eis que carecedora de regulamentação. Na verdade este princípio reveste-se de natureza das mais importantes acerca da atividade médica, pois não só indica a trilha do comportamento médico, como também está a indicar que qualquer desrespeito a ele importará em imposição de sanções administrativas, civis e até mesmo criminais para o médico.

O próprio Código de Ética Médica, mais adiante, tratará dessas consequências do desrespeito a esse princípio.

Prevê o Princípio Fundamental V que “compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.”

Este princípio, além de dar diretriz ao médico de como exercer a medicina, tem grande importância para o estudo da responsabilidade civil deste profissional. Assim, se da utilização de determinado procedimento médico decorrer resultado inesperado, desastroso e indesejado para o paciente, o médico jamais poderá alegar como causa de exclusão da sua responsabilidade civil a ignorância de novos procedimentos mais eficazes, tampouco que aquele procedimento aplicado poderia ter resultados desastrosos.

Bastaria a aplicação do brocardo latino *ignorantia legis neminen excusat* para chegar-se à conclusão acima. Nada obstante disciplinar através de princípio este

comportamento médico corrobora o seu dever de atualizar-se sempre, em benefício do paciente e sua saúde, combinando com o princípio fundamental II acima tratado.

Sem dúvida o princípio que trará mais discussão, divergências e, quem sabe, indignação, é o previsto no item XX do Capítulo I do Código de Ética Médica que dispõe que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.”

Fazer interpretação literal desse princípio pode ensejar resultados insustentáveis no sistema jurídico pátrio.

Isso porque doutrina e jurisprudência vem entendendo sistemática e reiteradamente que a atividade exercida pelo médico é prestação de serviço de natureza consumerista.

Nesse sentido o egrégio Superior Tribunal de Justiça vem decidindo há mais de quinze anos, *ex vi* do julgado proferido no Recurso Especial 138.059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler em 13/03/2001 abaixo transcrito:

Legitimidade passiva, empresa prestadora de serviço, plano de saúde, ação de indenização, hipótese, erro medico, aplicação, código de defesa do consumidor, caracterização, relação de consumo, existência, responsabilidade objetiva, responsabilidade concorrente, independência, culpa, medico.

Demonstrando-se que esse entendimento não se encontra superado, colaciona-se julgado proferido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo 1.215.680/MA em 25/09/2012 com relatoria da eminente Ministra Maria Isabel Galotti, *in verbis*:

Civil e processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Entidade sem fins lucrativos. Prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos aos associados. Relação de consumo caracterizada. Aplicação do código de defesa do consumidor. Recurso especial. Plano de saúde. Recusa de tratamento. Dano moral. ocorrência. Valor arbitrado moderadamente. Agravo regimental não provido. 1. O STJ já decidiu ser irrelevante o fato de a recorrida ser uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, se desempenha atividade no mercado mediante remuneração, para que seja considerada prestadora de serviços regida pelo CDC. 2. Segundo a jurisprudência do STJ gera dano moral a recusa injustificada da seguradora em cobrir o tratamento de saúde requerido pelo segurado. 3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em

que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

No mesmo sentido manifesta-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em julgados reiterados. Por todos, consulte-se o julgado proferido na apelação cível nº 0262286-76.2010.8.19.0001 em 19 de março de 2014 com relatoria do Des. Flávio Marcelo Horta Fernandes, *in verbis*:

Apelação Cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Falha na prestação do serviço da 1ª ré, que ocasionou o evento danoso, inclusive o não atendimento médico pela 2ª ré. A conduta da 1ª demandada for causa adequada à produção do resultado danoso. Relação de consumo. Sentença de procedência. Irresignação da parte ré. Recurso adesivo do autor. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório de R\$ 8.000,00 fixado dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Recursos a que se nega provimento.

Como se vê, a jurisprudência amplamente dominante no país vem reconhecendo a relação de consumo na prestação de serviços médicos.

Contudo, tal entendimento jurisprudencial não é amparado em texto expresso do CDC, mas apenas em interpretação teleológica, enquanto o Código de Ética Médica prevê expressamente a inexistência de relação de consumo na relação médico-paciente, conforme dispõe o princípio elencado no capítulo I, item XX do Código de Ética Médica supracitado.

Como é cediço, as fontes do Direito no Brasil são tradicionalmente classificadas em primárias (as normas escritas) e as secundárias (costumes, princípios gerais, analogia e a jurisprudência).

Também é regra tranquila de hermenêutica que as fontes secundárias só podem ser utilizadas à míngua de fontes primárias e jamais *contra legem*.

Desta feita, poder-se-ia concluir que deve prevalecer o Código de Ética Médica e não o entendimento jurisprudencial dominante.

Mas não se defende essa conclusão aqui. Sustenta-se que há relação de consumo em prestação de serviços médicos, mas é necessário apontar fundamentos para afastar a Resolução do CFM que institui o Código de Ética Médica.

Os fundamentos capazes de afastar tal Resolução do CFM são os princípios que regem o Direito do Consumidor como ramo das Ciências Jurídicas.

Nos princípios que regem as relações consumeristas, destacamos o da hipossuficiência do paciente com relação ao médico. Por tal princípio depreende-se que há desigualdade técnica entre médico e paciente, na medida em que o médico, e somente ele, detém os conhecimentos sobre os métodos e procedimentos utilizados.

Essa desigualdade entre médico e paciente no que se refere à formação técnica de medicina exige que se proteja o paciente e tal proteção advém de colocá-lo na posição de consumidor, para que goze de todas as prerrogativas protetivas ao hipossuficiente.

Esse, então, é o fundamento para admitir a relação de consumo entre médicos e pacientes: a latente hipossuficiência.

2.2. DA RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL PREVISTA NO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

No capítulo III do Código de Ética Médica, a legislação dispõe sobre a Responsabilidade Profissional do médico.

Nessa parte do código estão tratadas as consequências para o profissional decorrentes dos procedimentos aplicados ao paciente e decorrentes da sua conduta de um modo geral.

Logo no art. 1º do capítulo em comento já se vê a regra mais importante de toda a responsabilidade civil do médico:

É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Merece crítica a opção do legislador quanto à redação do dispositivo. Explique-se: quando da confecção de normas, não é recomendável proibir condutas, mas tão somente puni-las quando praticadas.

É possível constatar a veracidade da informação acima quando da simples leitura do Código Penal Brasileiro⁵ que pune as condutas ali tipificadas não as proibindo. Assim, o art. 121, do Código Penal não proíbe matar, mas tão somente pune o homicídio com pena privativa de liberdade na modalidade reclusão, pelo período de seis a vinte anos, na forma simples do crime.

Essa crítica é relevante na medida em que a técnica legislativa de proibir condutas não prevê sanções caso a conduta proibida seja praticada (como ocorre no próprio Código de Ética Médica), deixando a cargo do legislador a imposição de penas, o que é nocivo em razão do alto subjetivismo e da violação ao princípio da legalidade penal.

Com efeito, o dispositivo cria responsabilidade civil para o médico caso a sua conduta cause dano ao paciente por culpa, ou seja, em caso de imperícia, imprudência ou negligência.

Como será analisado em capítulo próprio adiante, quando a exclusão da responsabilidade civil do médico em procedimentos estéticos for tratada, será visto que em casos de dano por culpa por imperícia, imprudência ou negligência exsurge para o médico o dever de indenizar o paciente-vítima, desde que a culpa seja provada e não presumida (art. 1º, parágrafo único, do código de ética).

Todavia, faz-se mister analisar de imediato uma duplicidade de interpretações a depender da natureza da atividade médica. Nesse sentido, se a obrigação assumida pelo

⁵BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

médico for de meio, o compromisso assumido é tão somente de prestar o serviço da melhor maneira que puder. Nesse caso, aplica-se a literalidade do disposto no art. 1º, parágrafo único, do Código de Ética Médica, não podendo a culpa ser presumida.

Por outro lado, se a obrigação assumida pelo médico for de resultado, seu compromisso é de alcançar o desiderato, cabendo ao paciente provar apenas o dano, sendo a culpa presumida.

Nesse sentido, manifestou-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça no acórdão proferido no Recurso Especial 236708/MG em 10 de fevereiro de 2009 com relatoria do Juiz Federal convocado do TRF da 1ª Região Carlos Fernando Mathias, *in verbis*:

Civil. Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 5. Recurso especial a que se nega provimento.

Por todo o exposto, analisadas as hipóteses em que o Código de Ética Médica prevê responsabilidade civil do médico, passa-se a discutir a dicotomia iatrogenia e erro médico para, ao final, serem abordadas as causas de exclusão da responsabilidade civil do médico.

3. IATROGENIA E ERRO MÉDICO

É pressuposto para a materialização da responsabilidade civil a ocorrência de um dano decorrente de um determinado fato. Daí se dizer que os elementos caracterizadores da responsabilidade civil são o fato, o dano e o nexo de causalidade entre este e aquele.

A existência da necessidade de perquirir sobre a intenção ou falta de dever de cuidado do agente cria a dicotomia subjetiva e objetiva da responsabilidade na seara não penal.

Neste capítulo analisa-se o dano como concretização do dever do agente de indenizar.

No que concerne à atuação do profissional da medicina estética, pode-se ter resultados esperados do procedimento, ou resultados inesperados e indesejados decorrentes da má prestação do serviço. Na primeira hipótese, ainda que o resultado seja desagradável, não há dever de indenizar em razão da involuntariedade alcançada. Na segunda hipótese, deve ser imposta a responsabilidade de reparar o resultado produzido.

A doutrina especializada sobre o tema distingue os dois resultados por expressões diversas. Denomina-se iatrogenia a produção de um resultado que é decorrência natural do procedimento estético, como vermelhidão após remoção de manchas com *laser*. O resultado não esperado é chamado de erro médico, como ocorre na cirurgia finda na qual se esqueceu um instrumento cirúrgico dentro do paciente.

3.1. IATROGENIA

O termo iatrogenia (do grego *iatros*, que significa médico, e *genia*, que significa raça, família) significa um acontecimento provocado necessariamente pelo médico.

A medicina classifica, de forma genérica, como iatrogenia qualquer resultado obtido através de procedimentos médicos, sem se importar se tal resultado é decorrência natural do procedimento realizado, eis que necessário ao tratamento, ou derivado de má atuação do profissional.

É nas Ciências Jurídicas que se distingue a origem do resultado provocado pelo médico, ou por seus procedimentos, com vistas a determinar a responsabilidade civil decorrente dos serviços de medicina prestados.

Para efeito de responsabilidade civil decorrente de procedimentos estéticos tem-se definido iatrogenia como o efeito naturalmente esperado, sem que tenha havido, em tese, qualquer má atuação do médico. Esse resultado esperado deriva da necessidade de realização do procedimento médico e/ou farmacológico.

Quando imperativa a aplicação daquele procedimento específico com vistas a curar o paciente, não se pode imputar ao médico a responsabilidade de reparação pela consequência indesejada.

Por outro lado, quando se extrapola no exercício da profissão, seja com falta de dever de cuidado, seja com a intenção livre de causar dano ao paciente, seja ainda pela utilização de técnicas médicas de pouca difusão ou pouca aceitação, exsurge o dever de reparar o dano causado, caracterizando-se o resultado iatrogênico por erro médico.

3.2. ERRO MÉDICO

Todos os profissionais (e não só os da área de saúde, que são estudados nesse trabalho) devem agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, devendo sua conduta estar pautada de pelas regras consagradas pela prática médica, sob pena de serem responsabilizados por eventuais erros que possam cometer.

Um dos aspectos da responsabilidade civil médica que mais encontra dificuldade de conceituação é o erro médico.

Tal dificuldade de identificação do erro médico decorre da imprevisibilidade dos resultados que podem advir em pacientes diversos, pois cada corpo humano pode reagir de modo diferente.

Assim, impreciso delinear se o nefasto resultado apresentado é decorrente ou não de má prestação do serviço.

Nada obstante a dificuldade de ser conceituado, é imperativo determinar se esse erro profissional ocorreu, d'onde pode exsurgir a responsabilidade do médico.

Erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, gerando um resultado diverso do desiderato, de natureza prejudicial à saúde, a estética ou às faculdades mentais.

No sentido do conceito que aqui defendemos, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no acórdão proferido na Apelação Cível n. 0070604-32.2010.8.19.0001, julgada em 04/12/2013, com voto da lavra do eminente relator, Desembargador André Ribeiro, manifestou-se no sentido de só haver responsabilidade civil por erro médico quando há resultado indesejado e não apenas pela má realização dos procedimentos, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. IMPLANTE MAMÁRIO. INFECÇÃO. RETIRADA DAS PRÓTESES. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL, IRRESIGNAÇÃO DOS RÉUS. No caso, alegou a autora que contratou o 1º réu para realização de procedimento cirúrgico de inclusão de implante mamário, tendo adquirido as próteses da 2ª ré; no entanto, devido a erro médico, a apelada sofreu várias complicações pós-cirúrgicas, não sendo atingido o resultado almejado, além de sofrer fortes dores, teve que ser submetida a nova cirurgia para retirada das próteses, em virtude de inflamação. Consoante as provas produzidas nos autos - especialmente a pericial -, constata-se a ocorrência de erro médico, que gerou resultado diverso do pretendido pela paciente. Insta salientar que o 1º réu não trouxe aos autos qualquer elemento de prova capaz de afastar sua culpa; também não demonstrou ter alertado a apelada acerca da possibilidade do resultado esperado não ser atingido, tampouco comprovou a inércia da paciente quanto ao acompanhamento médico pós-cirúrgico. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. In casu, o 1º réu não logrou demonstrar a assepsia do material utilizado, não podendo,

portanto, afastar sua responsabilidade, até mesmo porque a obrigação é de resultado. Dever de informação. Assiste razão à 2ª ré, empresa fabricante das próteses utilizadas na autora, vez que o laudo pericial foi bastante claro acerca da comprovação de que o material foi esterilizado, o que afasta a possibilidade de contaminação por ato da empresa. Certificação da ANVISA. Pedido julgado improcedente em relação à 2ª ré. Danos materiais comprovados. Dano moral. Configuração. Quanto à fixação de tal verba, deve a mesma ser suficiente para compensar, na medida do possível, a dor moral sofrida pela ofendida, não se podendo afastar, todavia, dos critérios relativos à capacidade econômica das partes, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença que fixou de R\$ 12.440,00, por ser mais condizente com os danos efetivamente sofridos. Precedentes do E. STJ e desta Corte. DESPROVIDO O RECURSO DO 1º RÉU. PROVIMENTO DO APELO DA 2ª RÉ. (AC n. 0070604-32.2010.8.19.0001. DES. ANDRE RIBEIRO - Julgamento: 04/12/2013 - SETIMA CAMARA CIVEL).

Esse resultado diverso do pretendido gera a responsabilidade civil do profissional em reparar os danos materiais e a compensar os danos morais causados, exceto quando restar provado que o resultado é decorrência natural da própria doença ou que foi provocado para proteger um bem maior.

O que não gera dúvidas é que, caracterizado o erro médico por imprudência, negligência ou imperícia, falta do dever objetivo de cuidado do profissional médico, exsurge o dever de reparar o dano causado, caso comprovada a culpa.

Como é cediço, a culpa pode manifestar-se pela imprudência, imperícia ou negligência.

Pode-se dizer que a imprudência é o atuar do médico com precipitação, insensatez, falta de cautela, descuido ou assumindo riscos sem base científica para seu procedimento. A esse respeito:

APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATENDIMENTO MÉDICO. Relação de consumo. Alegação de atendimento médico inadequado. Responsabilidade civil subjetiva do hospital. Erro médico comprovado. Nexo de causalidade demonstrado entre a conduta imprudente dos prepostos do réu, que autorizaram a alta prematura do paciente. Falha no atendimento médico que culminou no óbito do paciente, marido da autora. Dano moral configurado. Valor arbitrado atende aos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Recurso ao qual se nega seguimento, com fundamento no artigo 557, caput, do CPC. (TJRJ, Apelação Cível n. 0011897-49.2007.8.19.0204. DES. CLAUDIO DELL ORTO - Julgamento: 05/02/2014 - VIGESIMA QUINTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR).

A negligência é ato omissivo, é a falta de cuidado, ausência de diligência, como por exemplo, demora no diagnóstico do paciente, capaz de caracterizar responsabilidade por

culpa. Nesse sentido o julgamento da Apelação Cível n. pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. ÓBITO DO GENITOR DO SUPPLICANTE EM HOSPITAL DE RESPONSABILIDADE DOS RÉUS. ERRO MÉDICO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO E REALIZAÇÃO DE CIRURGIA CEREBRAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL, RECONHECENDO A OCORRÊNCIA DE DANO MORAL, COM ARBITRAMENTO DA VERBA EM R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). APELOS DOS RÉUS E DO AUTOR. Recursos da Fundação Hospitalar de Resende e do Município, aludindo ao adequado tratamento ministrado ao falecido pai do autor, pretendendo a improcedência do pedido, ou, alternativamente, visando à exclusão da condenação em honorários e taxa judiciária. (...).4. Apelo da Fundação Hospitalar de Resende e do Município de Resende, pugnando pela improcedência do pedido, ou, alternativamente, à exclusão da condenação em taxa judiciária e honorários advocatícios. 5. Laudo pericial a demonstrar negligência quanto aos procedimentos em relação ao paciente, tendo havido omissão em realizar exames que poderiam modificar o diagnóstico e, em consequência, o tratamento, tendo o expert constatado a presença donexo causal. 6. Desamparo à isenção de taxa judiciária, à luz da Súmula n.º 145 deste E. TJRJ, tendo em vista a posição de réus dos entes municipais, condenados nos ônus sucumbenciais. 7. Honorários advocatícios que são devidos e foram arbitrados em consonância com o aplicável à espécie. 8. Acolhido o recurso autoral, para constar que o então prefeito não integra o pólo passivo da demanda, mas somente a Fundação Hospitalar de Resende e o Município de Resende. NEGADO SEGUIMENTO AO 1º E 2º RECURSOS (FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE RESENDE E MUNICÍPIO DE RESENDE) E PROVIMENTO DO 3º RECURSO (AUTOR). (TJRJ. Apelação Cível n. 0006890-68.2007.8.19.0045. DES. SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 30/01/2014 - QUARTA CAMARA CIVEL).

Imperícia é a incompetência, inexperiência, desconhecimento, ignorância, falta de habilidade na profissão.

Oportuno se torna esclarecer que existem outros tipos de erro na área médica que podem conduzir ou não à responsabilização civil do médico, como o erro de diagnóstico, que consiste, basicamente, na escolha equivocada, inadequada do tratamento à patologia que acomete o paciente. Entretanto, o presente trabalho aborda somente os eventos resultantes de iatrogenia e erro médico.

4. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR, CONDUTA DA VÍTIMA; FATO DE TERCEIRO; CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

A responsabilidade seja ela contratual, extracontratual, subjetiva ou objetiva tem como pressupostos comuns a existência do dano e o nexo causal, para que se possa pleitear uma futura indenização.

Quando certos fatos interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal exclui-se a responsabilidade do agente.

São excludentes de responsabilidade o caso fortuito, a força maior, a culpa (conduta) exclusiva da vítima, o fato (conduta) de terceiro, e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.

4.1. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O art. 393, parágrafo único, do Código Civil, não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior, definindo-os da seguinte forma: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Força maior evidencia um acontecimento resultante de ato alheio que está além das forças que o indivíduo possui para se contrapor, como, por exemplo, a guerra e a greve. O caso fortuito não pode ser previsto, pois é acontecimento de ordem natural que produz efeitos no mundo jurídico, como as inundações, furacões, etc.

A inevitabilidade é a principal característica tanto do caso fortuito quanto da força maior. “Ambos, equiparados no dispositivo legal supratranscrito, constituem excludentes da

responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima”⁶.

Conforme Maria Helena Diniz, assim indica os dois requisitos: “o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se encontra na inevitabilidade do evento, e o subjetivo que é a ausência de culpa na produção do acontecimento”⁷.

4.2. CONDUTA/FATO EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Assim como ocorre com as demais excludentes da responsabilidade, na conduta exclusiva da vítima há o rompimento do liame de causalidade entre o ato e o prejuízo por ela sofrido.

“Quando o evento danoso ocorre por culpa exclusiva (ou fato exclusivo) da vítima, desaparece a responsabilidade do agente”⁸

Maria Helena Diniz⁹ ensina que:

A culpa exclusiva da vítima é um dos casos que exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre sua ação e a lesão.

É o que acontece quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade, por exemplo; ou quando o motorista, dirigindo com toda cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Responsabilidade Civil. Vol. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105.

⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 120.

⁹ DINIZ, op. cit., p. 103.

veículo. Em ambos os casos não há nexos causal entre a conduta do agente e o dano experimentado pelas vítimas.

Há casos em que as condutas do agente e da vítima concorrem para o resultado danoso, e diante de tal situação observa-se a figura da culpa concorrente. Tal situação encontra respaldo legal no art. 945 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Logo, a culpa concorrente ocorre quando ambas as partes agem com qualquer modalidade de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), e indenização será repartida entre a vítima e o agente causador do dano de acordo com a intensidade da culpa.

Ressalte-se, pois, que somente a culpa exclusiva da vítima elide a obrigação de indenizar e não a culpa concorrente.

4.3. CULPA/FATO DE TERCEIRO

De uma forma simplificada pode-se conceituar o terceiro como qualquer pessoa além da vítima e do responsável.

“Muitas vezes, o ato daquele que atropela alguém ou causa alguma outra espécie de dano pode não ser o responsável pelo evento, o verdadeiro causador do dano, mas sim o ato de um terceiro”¹⁰.

A culpa de terceiro vem regulada nos artigos 929 e 930 do Código Civil que assim dispõem:

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

¹⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 443.

Art. 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.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

De acordo com a redação do art. 930 do Código Civil, o autor do dano tem direito de promover ação regressiva em face do terceiro, verdadeiro causador do dano. Isto porque em matéria de responsabilidade civil predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano.

Entretanto, se o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano¹¹.

A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Assentada essa premissa, pode-se afirmar que a responsabilidade do causador direto do dano só poderá ser excluída quando o fato de terceiro revestir-se das características semelhantes às do caso fortuito ou à força maior, sendo imprevisível e inevitável.

4.4. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Praticado o ato ilícito, em qualquer das suas modalidades, segue-se como consequência o dever de reparar o dano dele decorrente. O responsável pela reparação do dano pode, eventualmente, invocar a cláusula de não indenizar para excluir sua responsabilidade indenizatória.

A cláusula de não indenizar, segundo Cavalieri Filho (2009, p. 514), é o ajuste que visa afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação; a estipulação através da qual o devedor se libera da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita.

¹¹ Ibid., p. 123.

Maria Helena Diniz¹² também contribuiu para a compreensão da excludente em tela ao dizer que:

Essa cláusula de exoneração da responsabilidade só é admitida no campo contratual. Assim, se no contrato houver estipulação de que o prejuízo causado a um dos contratantes não deverá ser reparado pelo outro, excluída estará a responsabilidade do agente, não por desaparecer o liame causa e efeito, mas em razão da própria convenção. Percebe-se que o risco é transferido para a vítima.

A cláusula de não indenizar não suprime o dever primário (obrigação), nem o dever secundário (responsabilidade) conseqüente a violação do primeiro. Ela apenas afasta a indenização, e acaba por beneficiar o contratante, pois os riscos são transferidos para a vítima.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹³:

Muito se discute a respeito da validade de tal tipo de cláusula. Para alguns, seria uma cláusula imoral, porque contrária ao interesse social. Vedando-a, principalmente nos contratos de adesão, estar-se-á protegendo a parte economicamente mais fraca. Outros, entretanto, defendem-na, estribados no princípio da autonomia da vontade: as partes são livres para contratar, desde que o objeto do contrato seja lícito.

A cláusula de não indenizar encontra inúmeros limites e vedações, as quais devem ser observadas para que tenha real aplicabilidade. Conforme doutrina¹⁴:

Em última instância, a cláusula de não indenizar é, primordialmente, uma transação sobre os riscos nos casos em que não há expressa vedação legal. (...) Risco só pode ser a margem de probabilidade de dano, álea resultante de certa situação, não compreendendo a falta grave ou o erro grosseiro do outro contratante.

Além das excludentes de responsabilidade aqui abordadas, há o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal, entre outras excludentes.

¹² DINIZ, op. cit., p. 107.

¹³ GONÇALVES, op. cit., p. 454.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONCLUSÃO

A título de conclusão do presente artigo, cumpre formular as considerações finais a seguir explicitadas.

A pesquisa tem como objeto analisar criticamente a doutrina e jurisprudência a respeito da caracterização da responsabilidade civil do médico na medicina estética e cirurgia plástica, partindo da diferença entre obrigação de meio e obrigação de resultado.

O Código de Defesa do Consumidor parte da premissa básica de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo e pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações. O Código de Defesa do Consumidor superou a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Destacando o art.14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que não se aplica a responsabilidade objetiva no caso de atuação de Médico como profissional liberal. Aplica-se, portanto, a responsabilidade subjetiva, embora se trate de tutela de relação de consumo.

O Código de Ética Médica prevê que a responsabilidade do médico será sempre subjetiva e que a prestação de serviços médicos jamais configura uma relação de consumo.

Nesse diapasão temos uma contradição entre o que entende os Tribunais e o que dispõe o Código de Ética Médica. Adota-se no presente trabalho o entendimento juridicamente mais adequado, de que há relação de consumo.

Independentemente da existência de um vínculo contratual, diante da ocorrência do dano na relação de consumo, o consumidor deverá ser indenizado, bastando demonstrar o prejuízo e o nexo causal, dispensando-se a comprovação de culpa. Como regra geral, na relação de consumo, a responsabilidade é objetiva.

Focaliza-se a responsabilidade do médico como profissional liberal prestador de serviço, e não a responsabilidade decorrente do serviço prestado de forma empresarial.

O contrato de prestação de serviços médicos gera obrigação de meio para o profissional liberal. Em caráter excepcional, é contrato que gera obrigação de resultado. A responsabilidade do cirurgião plástico deriva do descumprimento de uma obrigação de resultado, salvo quando se tratar de cirurgia reparadora.

No que concerne à atuação do profissional da medicina estética, pode-se ter resultados esperados do procedimento, ou resultados inesperados e indesejados decorrentes da má prestação do serviço. Na primeira hipótese, ainda que o resultado seja desagradável, não há dever de indenizar em razão da involuntariedade alcançada. Na segunda hipótese, deve ser imposta a responsabilidade de reparar o resultado produzido.

A iatrogenia a produção de um resultado que é decorrência natural do procedimento estético. O resultado não esperado é chamado de erro médico.

A responsabilidade civil tem como pressupostos comuns a existência do dano e o nexo causal, para que se possa pleitear uma futura indenização. Quando certos fatos interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal exclui-se a responsabilidade do agente.

São excludentes de responsabilidade o caso fortuito, a força maior, a culpa (conduta) exclusiva da vítima, o fato (conduta) de terceiro, e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.

Pelo exposto, conclui-se que somente haverá responsabilização do médico caso o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso estiver configurado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Resolução CFM n. 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 02 abr. 2014.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007