



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil Médica

Julyana Iunes Pinho

Rio de Janeiro
2010

JULYANA IUNES PINHO

Responsabilidade Civil Médica

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner.
Prof. Nelson Tavares.
Prof^ª Mônica Areal.
Prof. Guilherme Sandoval.
Prof^ª Kátia Silva.

Rio de Janeiro
2010

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Julyana Iunes Pinho

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho. Advogada.

Resumo: As ações de responsabilidade médica estão se tornando cada vez mais comuns, principalmente em face de cirurgiões plásticos. Dessa forma, é necessário saber como se determina essa responsabilidade. Este artigo tem por objetivo apresentar os fundamentos da responsabilidade civil dos médicos em geral e as diferenças entre essa e a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil Médica. Deveres do Médico. Responsabilidade dos Cirurgiões Plásticos.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade Civil. 1.1 Elementos da Responsabilidade Civil. 1.1.1 Conduta. 1.1.2 Dano. 1.1.3 Nexo Causal. 1.2 Excludentes do Nexo Causal. 1.2.1 Caso Fortuito e Força Maior. 1.2.2 Fato Exclusivo da Vítima. 1.2.3 Fato de Terceiro. 1.3 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva. 1.4 Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual. 2. Responsabilidade Civil Médica. 2.1 Responsabilidade dos Médicos em Geral. 2.1.1 Responsabilidade de Meio. 2.1.2 Responsabilidade de Resultado. 2.1.3 Definição Quanto aos Médicos em Geral. 2.2 Iatrogenia. 2.3 Deveres do Médico. 2.3.1 Dever de Conselho. 2.3.2 Dever de Cuidado. 2.3.3 Dever de Informação (Dever de Obtenção de Consentimento). 2.3.4 Dever de Abstenção de Abuso ou Desvio de Poder. 2.3.5 Dever de Sigilo. 2.4 Responsabilidade dos Cirurgiões Plásticos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Civil visa regulamentar a relação existente entre as pessoas e entre estas e os bens. Ou seja, o Direito Civil trata da responsabilidade patrimonial. Como constitui em apenas um ramo do Direito Privado, seu principal objetivo é a conquista da paz social.

Todavia, o contato direto entre os homens acaba por gerar, não raras vezes, um conflito de interesses que, se não for composto de forma amigável, o Estado, através do Poder Judiciário, intervirá de maneira a realizar a prestação jurisdicional.

O objetivo primordial da responsabilidade civil é a reparação do dano causado por outrem através da recomposição patrimonial, visando o estabelecimento do “*status quo ante*”. Nas situações fáticas nas quais não for possível esta reparação, a vítima deverá ser indenizada.

Fato é que, a Responsabilidade Civil é, um dos principais temas do Direito Civil, sendo, possivelmente, o mais importante. A sua origem se confunde com o próprio nascimento do Direito, que desde o seu surgimento busca, na reparação dos danos que alguém sofre, a composição de uma perda.

O novo diploma civil de 2002, amenizou a falta de sistematização do Código de 1966, inserindo diversos dispositivos que regulamentam e estabelecem regras gerais e algumas excludentes, como depreende-se dos artigos 186, 187 e 188 do novo Código.

Encontra-se latente a tendência à objetivação da responsabilidade, chegando ao ápice no parágrafo único do artigo 927, que prevê a responsabilidade objetiva por danos derivados de atividade de risco.

É por meio do estudo da Responsabilidade Civil que se verá como é feita a reparação de um dano causado a outrem, além de conhecer os instrumentos utilizados para a liquidação desse dano, ou seja, sua transformação de pretensão abstrata em realidade.

Dentro da Responsabilidade Civil, o estudo da Responsabilidade Médica é um tema cada vez mais atual, haja vista o aumento demográfico e a popularização da cirurgia estética, com a conseqüente multiplicação de ações propostas em face de profissionais da área médica, alegando-se erro ou culpa dos médicos e pretendendo indenização pelos danos sofridos.

Sempre há grande interesse pelos métodos de apuração da responsabilidade dos profissionais da área médica, em especial na diferenciação entre a apuração da responsabilidade dos médicos em geral e a dos que praticam cirurgia estética, uma vez que a última se dá de maneira diferente.

Estabelecer qual o tipo de obrigação do médico é de extrema importância, uma vez que interferirá de forma decisiva na produção de provas durante o processo de indenização por danos materiais e/ou morais. Dela depende a efetividade da aplicação de um direito do qual a vítima é titular, facilitando de forma imensurável sua aquisição.

Essa classificação pode, inclusive, auxiliar a defesa do citado profissional da saúde, caso realmente a especialidade tenha como obrigação o uso dos meios adequados, sem a garantia de cura.

Nesse artigo o objetivo principal foi indagar, de forma crítica, esta divisão imposta pelo entendimento doutrinário predominante, observando outras especialidades na área médica e analisando qual a obrigação do profissional em cada uma delas.

O objetivo foi analisar o tema proposto através de levantamento de dados bibliográficos, jurisprudenciais e outros meios capazes de permitir uma observação crítica e lançar luzes perante as novas concepções a respeito do tema.

A Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, as Leis extravagantes, as notícias veiculadas pelos meios de comunicação, pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, e os demais instrumentos competentes foram analisados para atingir os objetivos propostos.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a técnica foi de documentação indireta, realizando a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, visando comprovar a existência de diversas obrigações no campo da responsabilidade civil médica.

Assim, o presente artigo foi dividido em duas partes, sendo que na primeira houve uma abordagem geral acerca da responsabilidade civil. Na segunda parte do artigo, passou-se a analisar, especificamente, acerca da responsabilidade civil do médico em geral e dos que praticam a cirurgia estética, de forma a demonstrar as diferenças existentes entre ambos.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade, nos dizeres do eminente Des. Sérgio Cavalieri Filho¹, é um dever jurídico que decorre da violação de uma obrigação prévia, seja ela positiva, ou seja, uma obrigação de fazer; ou negativa, que se traduz em obrigação de não fazer ou tolerar.

Chama-se a primeira obrigação de dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade, por ser derivada desse primeiro, é chamada de dever jurídico sucessivo.

É partindo deste conceito que o art. 389 do Código Civil, traz a seguinte disposição “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]”.

Dessa forma, o não cumprimento da obrigação originária, seja essa contratual ou extracontratual, gera uma nova obrigação, representada pela responsabilidade. É através da responsabilidade civil que se dá o estudo dessa nova obrigação.

Para que se caracterize a responsabilidade civil, é necessário que haja três elementos, quais sejam:

- a) Conduta (positiva ou negativa);
- b) Ocorrência de dano e
- c) Nexó de causalidade entre a conduta e o dano.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23-24.

Há autores, como noticiado por Pamplona e Gagliano², que põem a culpa como elemento essencial à ocorrência da responsabilidade civil.

Dada a devida vênia a esses autores, discorda-se de sua posição, em consonância com os já citados mestres, haja vista que, na responsabilidade objetiva, modalidade que vem crescendo a cada dia, sobre a qual se discorrerá à frente (ver 1.3), a apuração acerca da existência ou não de culpa é irrelevante.

Por fim, há, ainda, duas modalidades de responsabilidade civil, quais sejam, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. Se explicará, primeiramente, os elementos da responsabilidade civil, para depois discorrer-se sobre as modalidades dessa.

1.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina tradicional tem por elementos da responsabilidade civil: a conduta (ato voluntário e ilícito), o dano (lesão ao interesse jurídico tutelável) e o nexo causal (liame entre a conduta e o dano, que levará a causa), dentre os quais se passa a discorrer minuciosamente.

Ressalta-se que, sem a ocorrência desses elementos, resta esvaziada qualquer tentativa de responsabilização.

1.1.1 CONDOTA

Conforme dito anteriormente, para que haja responsabilidade civil, deve haver uma conduta do agente, seja essa positiva (a ação de fato) ou negativa (deixar de agir em uma situação que deveria tê-lo feito).

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28 e ss.

Há diferença na conduta necessária para a responsabilidade subjetiva e para a responsabilidade objetiva. Quando da responsabilidade a ser caracterizada é subjetiva, deve haver conduta culposa do agente, caracterizada pela ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência ocorre quando o agente não toma um cuidado que deveria tomar, ou seja, tem uma conduta negativa. Um exemplo, largamente usado pela doutrina, é o motorista que não faz a revisão do seu carro, e o deixa sem condições de trafegar, o que pode causar, por este motivo, um acidente de trânsito.

Por sua vez, diz-se que o agente foi imprudente quando ele toma uma atitude que não deveria ter tomado, como, por exemplo, no caso de um motorista que avança um sinal e acaba batendo em outro veículo.

A imperícia, por fim, caracteriza-se quando um profissional exerce sua atividade sem aptidão. É o caso, por exemplo, de um médico que, por ministrar um remédio errado a um paciente, acaba deixando esse falecer.

Na responsabilidade objetiva, por sua vez, o conceito de culpa é irrelevante. Nesse caso, basta que haja um nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado, uma vez que se adota a teoria do risco. Para essa teoria, o agente que exerce uma atividade perigosa deve responder pelos danos decorrentes dessa, tenha ele agido de forma dolosa ou culposa.

Pode-se citar como exemplo um vazamento de óleo de uma plataforma ou de um navio petroleiro da Petrobrás. Mesmo que não tenha havido culpa da empresa, ainda que todas as normas técnicas tenham sido seguidas, e que tenha sido tomada a maior cautela, provando-se não ter ocorrido negligência, imprudência ou imperícia, a empresa continuará obrigada a reparar o dano causado, uma vez que a atividade petroleira tem, como risco inerente, tais tipos de acidente.

1.1.2 DANO

O dano é o resultado fático da conduta. Quando uma criança chuta uma bola sobre um vaso e ele se quebra, o vaso quebrado é o resultado da conduta “chutar a bola”, ou seja, é o dano.

Não há que se falar em responsabilidade civil sem ocorrência de dano. Cita-se o exemplo indicado por Sérgio Cavalieri³ “Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação do proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar”.

Há várias espécies possíveis de dano. O mais comum é o dano patrimonial, que se divide em dano emergente, que representa o que efetivamente se perdeu, como o vaso quebrado, e lucros cessantes, que representam o que se deixou de ganhar, podendo-se citar como exemplo o valor que um taxista deixa de auferir enquanto seu carro, que foi atingido por outro, encontra-se no conserto, sem poder transportar passageiros.

Tem-se também o dano moral. Esse trata do dano causado à esfera íntima do indivíduo, um dano que não se pode ver, e que apenas se sente. A indenização se fundamenta em dar um prazer ao indivíduo, de modo a tentar compensar a dor que passou.

Apesar da grande controvérsia que um dia existiu acerca da existência e da reparabilidade do dano moral, ela não mais existe, eis que estão presentes ambos os fatores na Constituição, no seu art 5º, incisos V e X. Por sua vez, o art. 186 do Código Civil estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, enquanto o art.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Op. Cit.,p. 95.

927 diz que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, fica encerrada qualquer controvérsia sobre o dano moral.

Outra espécie de dano é o dano estético. Discute-se se esse é uma espécie de dano, ou se trata de categoria do dano moral. Para o STJ, dano moral e dano estético são espécies diferentes de dano, sendo, portanto, cumuláveis. Sua posição baseia-se no art. 5º, V da CRFB.

Existem, ainda, inúmeras espécies diferentes de dano. Porém, as três citadas são as principais. As demais são tratadas apenas por alguns autores e sua existência é altamente contestada.

1.1.3 NEXO CAUSAL

Passa-se, por fim, à análise do último elemento da responsabilidade civil, ou seja, o nexo causal.

Existem algumas teorias que devem ser citadas, pois há divergência sobre qual delas vigora no sistema pátrio.

Antes de explicar as teorias, recorre-se à sempre valiosa lição de Pontes de Miranda⁴. Segundo o saudoso mestre, a causalidade não precisa ser direta e imediata; basta que se demonstre que o resultado não ocorreria sem o ato. Além disso, sobre as teorias de causalidade, ele⁵ diz:

As teorias sobre a causalidade no direito têm de atender à causalidade natural – dita física e psíquica – e ao que o sistema jurídico tem como limites objetivos da causalidade. (...) A extensão do suporte fático de direito penal e a do suporte fático do direito da responsabilidade por ato ilícito absoluto, no direito privado, nem sempre coincidem, porque os danos ressarcíveis, no direito privado, podem ir além dos limites fáticos do crime.

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte especial – tomo LVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 162.

⁵ *Ibidem*, p. 163.

Primeiramente, há a teoria da equivalência das condições, também chamada de equivalência dos antecedentes. Para essa teoria, elaborada pelo alemão Von Buri, citado tanto por Pamplona e Gagliano⁶ quanto por Cavalieri⁷, todos os antecedentes que concorrem para o dano são causas e não há possibilidade de se fazer a diferença entre eles.

Indica a doutrina que essa é a teoria adotada pelo Código Penal, em seu art. 13, todavia, não foi abraçada pelo ordenamento civil vigente.

A grande crítica que se faz a ela é que a análise da causalidade se estenderia indefinidamente. No caso de uma morte causada por uma cadeira arremessada do alto de um edifício, por exemplo, seria responsável não só quem a arremessou, mas quem a fabricou, quem forneceu os materiais ao fabricante, e assim por diante.

Dessa forma, a aplicação desta teoria no juízo criminal se dá de forma limitada, estendendo-se apenas aos eventos mais recentes.

Outra teoria de grande importância é a teoria da causalidade adequada. De acordo com essa teoria, elaborada pelo jurista alemão Von Kries, também citado por Cavalieri⁸ e Pamplona e Gagliano⁹, somente se considera como causa o antecedente necessário e adequado para a ocorrência do dano.

Assim, é necessário analisar de forma abstrata se o fato constitui ou não causa adequada para a produção do dano, ou seja, não basta que tenha sido apenas causa concreta.

Recorre-se mais uma vez a Cavalieri¹⁰, que cita Antunes Varela, para melhor ilustrar a situação:

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, Op. Cit., p. 96-97.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 72.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 72-73.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, Op. Cit., p. 99.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 73.

Se alguém retém *ilicitamente* uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como *causa (jurídica) do dano* ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito. A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

A última teoria é citada por Pamplona e Gagliano, e é chamada de teoria da causalidade direta ou imediata, a qual foi desenvolvida no Brasil pelo ilustre professor Agostinho Alvim, em sua clássica obra “Da inexistência das obrigações e suas conseqüências”. Citando os ilustres autores, “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma conseqüência sua, direta e imediata”.¹¹

Com a devida vênia aos defensores dessa teoria, parece que ela é por demais semelhante à teoria da causalidade adequada. Não se justifica o argumento de que apresentaria mais segurança jurídica, pois tem um caráter de menor subjetividade na interpretação. Em todos os casos que se consegue imaginar, o resultado pela teoria da causalidade adequada e pela teoria da causalidade direta é o mesmo.

No Brasil, a maior parte da doutrina, dentre eles, Carlos Alberto Gonçalves¹² e Caio Mário da Silva Pereira¹³, concorda em adotar o sistema da causalidade adequada, inclusive, há citações em diversos julgados.

1.2 EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, Op. Cit., p. 101.

¹² GONÇALVES, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 521.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Op. Cit., p. 87.

Há alguns fatos que, ao acontecer, excluem a ocorrência do nexo causal. Esses fatos são: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro.

Passa-se a explicar cada um deles nos tópicos que seguem.

1.2.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Existe uma enorme divergência na doutrina acerca da definição do caso fortuito e da força maior, principalmente na doutrina estrangeira, em que tais institutos por vezes aparecem separados.

No Direito brasileiro, porém, tais institutos aparecem em conjunto, no art. 393 do Código Civil, que diz:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Assim, ficou reduzida a importância da discussão acerca das diferenças de cada instituto. Porém, o que é considerado pela doutrina majoritária é que caso fortuito trata de eventos imprevisíveis, enquanto a força maior trata de eventos que são previsíveis, mas inevitáveis, como um terremoto ou outra força da natureza.

Divergências à parte, se ocorrer o caso fortuito ou a força maior, exclui-se o nexo causal, não presente, por conseguinte, responsabilidade civil pelo dano ocorrido.

1.2.2 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

Outra excludente do nexo causal é o fato exclusivo da vítima, chamado por alguns, de maneira atécnica, de “culpa exclusiva da vítima”.

O fato exclusivo da vítima é uma ação tomada por ela, da qual decorre o dano, em que não se pode imputar este ao agente. É clássico na doutrina o exemplo do suicida que se atira debaixo das rodas de um carro, em uma avenida movimentada.

Ora, claro que o motorista não pode ser responsável pelos danos sofridos pela vítima, uma vez que essa, por vontade própria, procurou o resultado danoso.

Frise-se que só se trata de excludente do nexo causal quando se trata de fato exclusivo da vítima. Quando tanto a ação da vítima quanto a do agente concorrem para o resultado danoso, está-se diante de caso de culpa concorrente, a qual vem apenas diminuir o *quantum* indenizatório, não sendo, porém, excludente do dever de indenizar.

1.2.3 FATO DE TERCEIRO

Fato de terceiro é mais uma excludente do nexo causal. Essa excludente segue o mesmo pensamento do fato exclusivo da vítima, ou seja, retira a responsabilidade do agente, caso não tenha sido um fato seu que causou o dano.

Assim, o responsável pelo dano seria o terceiro, tendo este a obrigação de indenizar a vítima, e não o agente. Cavalieri¹⁴ cita um caso onde um ciclista caiu em um buraco, tendo sido atingido na cabeça por um ônibus no momento de sua queda. Sua mulher ajuizou ação contra a empresa de ônibus, não logrando êxito, pois o fato causador do acidente foi o buraco no chão, e não alguma ação do motorista de ônibus.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 90.

Porém, há séria controvérsia na doutrina e jurisprudência, como noticiado por Venosa¹⁵ quando à possibilidade de exclusão do nexo de causalidade na ocorrência de fato de terceiro. Muitos doutrinadores respeitáveis dizem ser caso de direito de regresso do agente contra o terceiro. Acredita-se que essa análise deve ser feita no caso concreto, sempre levando em consideração as possibilidades da vítima e do agente, bem como o ter em mente que o principal objetivo da responsabilidade civil é a reparação do dano.

1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Como explicado anteriormente, o sistema de responsabilidade civil pátrio, baseia-se em duas modalidades distintas, quais sejam, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.

Durante a explanação acerca dos elementos gerais da responsabilidade civil, disse-se acerca da principal diferença entre estes dois sistemas, mas cabe sempre ressaltá-la, por tratar-se de assunto de extrema importância.

No sistema da responsabilidade subjetiva, é necessário que o agente tenha uma conduta culposa, e essa deve ser a geradora do dano ocorrido ao lesado. Caso ocorra dano sem culpa do agente, esse não terá o dever de indenizar, conforme o já citado art. 186 do Código Civil.

Porém, no sistema da responsabilidade objetiva, a mera conduta do agente e a ocorrência de dano já geram o dever de indenizar. Assim, tem-se que o agente responde pelo risco de sua atividade, independentemente de ter ou não culpa, como se depreende do disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil que diz:

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53-54.

Art. 927. (...).

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Vê-se o mesmo pensamento na Constituição, que em seu art. 37, §6º define a responsabilidade objetiva dos agentes públicos, nos seguintes termos:

Art. 37. (...).

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No sistema brasileiro, a regra é a ocorrência de responsabilidade subjetiva, sendo os casos de responsabilidade objetiva definidos em lei. Deve-se destacar que esses casos crescem a cada dia. Não é exagero afirmar que, futuramente, o sistema pode vir a ter como regra a responsabilidade objetiva, e a responsabilidade subjetiva como exceção.

1.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

A classificação da responsabilidade em contratual e extracontratual leva em consideração sua origem. Também se fala em responsabilidade contratual e aquiliana, negocial e extranegocial, porém, o sentido é o mesmo.

Diz-se que a responsabilidade contratual tem origem em um contrato, que foi descumprido. Responsabilidade extracontratual, por sua vez, tem origem no descumprimento de um dever legal.

A principal diferença entre as duas modalidades está no ônus da prova. Em princípio, na responsabilidade extracontratual, aquele que alega o descumprimento do dever tem o ônus da prova, enquanto na responsabilidade contratual, esse ônus fica com o acusado do descumprimento, que deve demonstrar que adimpliu o contrato.

Tal diferença, porém, não é sempre aplicável. A responsabilidade contratual divide-se em responsabilidade de meio e de resultado, sobre as quais se falará mais adiante (itens 2.3.1 e 2.1.2). Em resumo, na responsabilidade de meio, o ônus da prova é de quem alega o descumprimento, enquanto na de resultado, esse é do acusado do inadimplemento.

Conforme noticia Cavalieri¹⁶ e Pamplona e Gagliano¹⁷, há, na verdade, duas teorias sobre a responsabilidade: monista e dualista.

Para a monista, tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual são a mesma, não se podendo dividi-las. Já para a dualista, adotada pelo código civil, devem-se dividir os dois tipos de responsabilidade.

Adota-se a teoria monista, já que os efeitos de ambas as formas são os mesmos. Venosa¹⁸ é da mesma opinião:

Ressalte-se, no entanto, que não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera essa afirmação. Assim, é possível afirmar que existe um paradigma abstrato para o dever de indenizar, o que permite concluir por uma visão unitária acerca da responsabilidade civil.

Como informa Cavalieri¹⁹, os dois tipos de responsabilidade não são isolados no Código Civil, pois há uma simbiose entre eles, uma vez que algumas das regras previstas para

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 39.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, Op. Cit., p. 18.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 19.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 39.

a responsabilidade contratual aplicam-se à responsabilidade extracontratual. Afirma, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor ignorou essa distinção quando equiparou, em seu art. 17, as vítimas de acidente de consumo a consumidores.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Por muito tempo, a Medicina foi considerada uma arte mágica, divina, sem relação com a ciência. Assim, seus praticantes eram considerados enviados de Deus, ou detentores de poderes sobrenaturais.

Porém, com o passar dos séculos, desenvolveu-se uma ciência médica, que desmistificou esse olhar. Neste diapasão, tornam-se humanos os praticantes das artes médicas como qualquer outro.

Com essa mudança de foco, a conduta desses profissionais passou a ser questionada. Já não se aceitava mais qualquer tipo de tratamento, como as “sangrias” medievais, que quase sempre levavam à morte. Esperava-se, sim, um tratamento de acordo com as normas científicas, que resultasse em cura, ou, pelo menos, uma maior chance de sua ocorrência.

Foi nesse cenário que os médicos começaram a ser responsabilizados por seus atos, quando houvessem agido de forma incorreta, em desacordo com a ciência médica.

Com o crescente número de ações contra médicos, desenvolveram-se institutos particulares dessa modalidade de responsabilidade civil, sobre os quais passam-se a explicar agora.

2.1 RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS EM GERAL

A responsabilidade civil médica, para a maior parte da doutrina, é uma modalidade de responsabilidade contratual. Porém, Aguiar Dias²⁰ noticia que, em nosso Código Civil, essa foi definida como responsabilidade extracontratual, uma vez que está presente no art. 951 do Código Civil, que fica no título que cuida desta forma de responsabilidade.

Citando Lopes da Costa, Aguiar Dias demonstra que este fato não tem importância, uma vez que não nega a existência de um contrato entre o médico e o paciente. Cavalieri²¹ acredita que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, essa discussão perdeu sua importância, devendo-se examinar, apenas, a responsabilidade pessoal do médico, como profissional liberal, e a responsabilidade da prestação de serviços médicos de forma empresarial.

Assim, a responsabilidade dos médicos é, em regra, contratual, sendo extracontratual apenas em caso de atendimentos de urgência, nos quais o médico é obrigado a agir, sob pena de cometer crime de omissão de socorro e violar a ética médica, como diz Venosa²².

Superada essa discussão, diverge a doutrina também acerca da natureza do contrato do médico com seu paciente, como noticiam Aguiar Dias²³ e Cavalieri²⁴. Discute-se se seria um contrato de prestação de serviços ou um contrato *sui generis*, concordando os citados Mestres com a segunda opinião, em que o primeiro afirma que a Medicina está acima de mera prestação de serviços. Não se vê grande utilidade em tal classificação, sendo ela meramente acadêmica, e, por isso, não se desenvolve a discussão a fundo.

O fato de a doutrina considerar que a responsabilidade médica é contratual não significa, como já citado no item 1.4, que a culpa do médico será presumida. Carlos Roberto

²⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 328.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 391.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 129.

²³ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 330.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 392.

Gonçalves²⁵, citando Savatier, diz que “a responsabilidade contratual pode ser presumida ou não, dependendo se o devedor assume compromisso com o resultado, ou compromete-se a agir de certa forma, sendo o último o caso dos médicos”.

Assim, deve-se determinar se a responsabilidade, no caso, é de meio ou de resultado, espécies da responsabilidade contratual o que irá ser definido a seguir.

2.1.1 RESPONSABILIDADE DE MEIO

Responsabilidade de meio é espécie da responsabilidade contratual na qual o médico não se compromete com o resultado, ou seja, não se compromete a curar o paciente.

O médico se compromete, conforme Neri Tadeu Camara Souza²⁶, “a ser diligente e prudente empregando dentro do estado da arte todos os meios disponíveis, - dentro da *lex artis* (...), nunca, por óbvio, comprometendo-se com a cura (...)”.

Assim, caso a responsabilidade seja de meio, não há de se presumir a culpa do médico, mas sim prová-la.

2.1.2 RESPONSABILIDADE DE RESULTADO

Nessa espécie, há um compromisso com a obtenção de um resultado específico. É o caso da cirurgia plástica, ou do médico que promete a cura ao paciente.

Caso a responsabilidade seja de resultado, há presunção de culpa, sobre a qual o médico deverá afastá-la.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 360.

²⁶ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 2. ed. São Paulo: LZN, 2006, p. 36.

2.1.3 DEFINIÇÃO QUANTO AOS MÉDICOS EM GERAL

Primeiramente, deve-se lembrar que a responsabilidade do médico, como profissional liberal, é subjetiva, ou seja, depende de culpa, conforme determina o Código Civil em seu art. 927, bem como o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, que dispõe:

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

Art. 14 (Código de Defesa do Consumidor): 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.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Os médicos em geral estão submetidos à responsabilidade de meio, conforme a definição do instituto, citada acima. Porém, há exceções a essa regra. Caso o médico prometa a cura ao paciente, ele responderá pelo resultado prometido. Há, ainda, o caso dos cirurgias plásticas, que será discutido à frente (item 3.3).

Quanto às clínicas e hospitais, essas respondem objetivamente, conforme o art. 14 do CDC. Porém, essa responsabilidade está limitada aos serviços que prestam, sendo a responsabilidade dos médicos funcionários destes estabelecimentos subjetiva da mesma forma, conforme ensina Venosa²⁷. Ele diz, ainda, que os hospitais e planos de saúde são solidariamente responsáveis pelos danos causados.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 129.

Aguiar Dias²⁸ compartilha dessa posição e acrescenta, ainda, acerca dos planos de saúde que possuem uma rede credenciada, na qual seus associados são autorizados a utilizar apenas os serviços dessa:

O credenciamento não constitui um serviço de mera cortesia da entidade credenciadora ou uma simples lista de credenciados posta à disposição do associado, mas verdadeiro atestado de que o médico credenciado reúne em sua pessoa os atributos de eficiência, operosidade e correção no seu atuar. Tanto é assim que o candidato ao credenciamento se submete a uma longa bateria de questionamentos sobre a sua qualificação, especialidades, títulos e experiência demonstrada no exercício da profissão. Se, eventualmente, a instituição credenciadora dispensa o exame prévio ou credencia sem os necessários cuidados, sua responsabilidade se agrava, pela desídia em permitir o credenciamento de quem não possuía as qualificações suficientes para merecer uma indicação.

Pamplona e Gagliano²⁹ divergem sobre o assunto. Para esses autores, os hospitais e planos de saúde têm responsabilidade objetiva inclusive por danos causados aos pacientes, que poderão exercer o direito de regresso contra os médicos.

Discorda-se dessa posição, em consonância com Venosa. O que existe é a responsabilidade solidária das entidades citadas, porém, não é possível que se admita a ocorrência de responsabilidade objetiva. Essa ocorre, apenas, nos serviços que prestam diretamente, como alimentação, acomodações, entre outros.

Fato interessante, e pouco citado na doutrina, diz respeito à inversão do ônus da prova por força da incidência do Código de Defesa do Consumidor. Sobre o assunto, traga-se passagem de Carlos Roberto Gonçalves³⁰:

A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, como já dito, verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o médico, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina

²⁸ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 356 e p. 361-368.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, Op. Cit., p. 245-248.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 362 a 363.

do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz *inverter o ônus da prova* em favor do consumidor (art. 6º, VIII).

Deve ser lembrado, ainda que a hipossuficiência nele mencionada não é apenas econômica, mas precipuamente técnica. O profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer nos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade.

Idêntica é a posição de Cavalieri³¹ sobre o assunto, na qual afirma que “pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova de culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor”.

Apesar da desconsideração das regras de inversão do ônus da prova previstas no CDC por grande parte da doutrina, concorda-se com os doutos mestres, e acredita-se que esta deva ocorrer sempre que for requerida e ficar demonstrada a hipossuficiência do paciente.

Outro caso interessante, gerador de controvérsia doutrinária, é o de responsabilidade no caso de erro de equipe médica, como no caso de uma cirurgia.

Carlos Roberto Gonçalves³², afirma que a responsabilidade é do médico chefe, pois esse dirige os trabalhos, e os outros profissionais da equipe estão sob sua responsabilidade e supervisão. Trata-se, porém, de posição superada.

Na doutrina recente, o entendimento é diverso. Atualmente, cada membro da equipe será responsável por sua parte, a menos que se demonstre a existência de relação de preposição entre eles. Esta é a posição de Venosa³³ e de Cavalieri³⁴. Cita-se, para fins de ilustração, trecho do último:

Essa concepção unitária da operação cirúrgica, entretanto, não é mais absoluta em face da moderna ciência médica. As múltiplas especialidades da Medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia. Em outras palavras: embora a equipe médica atue em conjunto, não

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 398-399.

³² GONÇALVES, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 364.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 129.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 397-398.

há, por só isso, solidariedade entre todos os que a integram. Será preciso apurar que tipo de relação jurídica há entre eles. Se atuam como profissionais autônomos, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos.

[...]

Outra, todavia, será a solução se a equipe trabalha para o cirurgião (responsabilidade pelo ato do preposto), se todos integram um sociedade, ou se, ainda, trabalham para o hospital.

Concorda-se com a última posição. Não é possível que um médico, com o atual avanço da ciência médica e suas diversas especialidades, seja responsável por todos os atos da equipe. Essa visão é ultrapassada, advinda de uma época em que a maior parte dos médicos era composta por clínicos ou cirurgiões gerais, o que não mais ocorre. Dessa forma, deve ser levado em conta o avanço da medicina, e a impossibilidade de uma só pessoa dominar todas suas técnicas e responsabilizar-se por sua aplicação.

2.2 IATROGENIA

Iatrogenia é um termo específico da responsabilidade médica. Seu conceito, como citado por Aguiar Dias³⁵, é controverso. Conforme citado pelo referido autor, para Ênio Zulani, iatrogenia é o dano causado pelo médico no decorrer do tratamento, por atuação dolosa ou culposa desse.

Para o professor Sylvio Capanema³⁶, iatrogenia é o oposto, ou seja, o dano inevitável decorrente do tratamento, quando o médico age com atenção à técnica, de forma prudente, atenciosa e com perícia. Aguiar Dias adota esse entendimento, e seguimos sua posição.

Assim, a ocorrência de iatrogenia exclui a responsabilidade médica. Trata-se de resultado comparável à força maior, pois é previsível sua ocorrência, apesar de rara, porém, não há o que fazer para impedi-la.

³⁵ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 355-356.

³⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de, Op. Cit., p. 152.

Transcreve-se o acórdão do TJ-RJ para melhor ilustrar a situação:

Acórdão: Processo n.º 2003.001.16581

Relator: Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

Julgamento: 26.08.03 - Sexta Câmara Cível

Ementa: Responsabilidade Civil. Microcirurgia, surdez. Prótese de teflon. Intercorrência pós operatória (fístula). Dano. Iatrogenia.

No exame de Responsabilidade Civil Médica deve a abordagem ser feita sob um duplo enfoque o erro médico e a Iatrogenia. A medicina moderna, co-conceitua a ***Iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou os males provocados pelo tratamento prescrito***, estanca de forma direta o ingresso no campo de Responsabilidade Civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presumem, cuja aferição de eventual desvio não vai além da reparação terapêutica. Daí porque sob a ótica do Direito Civil, a distinção entre o dano Iatrogênico e a Responsabilidade Civil torna tormentosa a tarefa imposta ao Judiciário, a quem cabe dizer a direito, fixando a responsabilidade. ***Afastado, pois, o erro médico, conclui-se que o dano suportado pela autora é Iatrogênico, decorrente do atuar médico, não dando margem, portanto, à Reparação Civil.***

Sentença correta.

Resultado: Improvido.³⁷

Como se vê, ao ocorrer iatrogenia, há exclusão da responsabilidade médica, uma vez que esta faz parte de seu atuar normal, não configurando negligência, imprudência ou imperícia.

Entretanto, merece destaque que o médico tem o dever de informar acerca dos tratamentos e técnicas a serem despendidas, sobretudo, no que concerne aos riscos, sob pena de estar se ferindo diretamente o princípio da boa-fé objetiva.

O Dever de informar visa proporcionar ao paciente uma maior cognoscibilidade das verdades que cercam o referido tratamento, resguardando, por conseguinte, o seu consentimento e o seu direito a autonomia.

³⁷ BEZERRA, Fernanda Justo *et al.* *Boletim Jurisprudência n.º 19 da AMAERJ (Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro)*. Disponível em <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=242>>. Acesso em: 18 de outubro de 2007.

2.3 DEVERES DO MÉDICO

O contrato médico gera uma série de deveres implícitos, que devem ser seguidos para evitar a ocorrência de responsabilidade e danos ao paciente.

Aguiar Dias³⁸ diz que as obrigações que estão implícitas no contrato médico podem ser divididas nos deveres de: conselhos, cuidados, obtenção de consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e dever de sigilo.

Cavaliere³⁹, por sua vez, fala nos deveres de cuidado, sigilo e informação, sendo esse último similar ao dever de obtenção de consentimento de Aguiar Dias.

Adota-se a classificação de Aguiar Dias, por ser mais didática. Porém, a nomenclatura dever de informação, é preferível ao invés de dever de obtenção de consentimento.

2.3.1 DEVER DE CONSELHO

O médico tem o dever de instruir seu cliente acerca das precauções requeridas pelo seu estado, sendo responsável pelos danos ocorridos caso não o faça.

Dessa forma, o médico deve dar o seu conselho ao paciente, aumentando sua responsabilidade de acordo com a gravidade do estado deste. Deve o médico instruir o paciente sobre os pormenores de seu estado, e os cuidados que devem ser tomados para que esse não se agrave.

Discute-se qual deve ser o procedimento adotado pelo médico no caso de o paciente não ter condições de receber o conselho do médico, seja por estar abalado psicologicamente ou, simplesmente, por não conseguir entendê-lo. Savatier⁴⁰ nos traz uma solução:

³⁸ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 337.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 399-401.

O médico não deve jamais tratar o paciente senão como um ser humano com um princípio de razão e liberdade. A ausência de pormenores técnicos não impede mostre sumariamente os riscos do tratamento aconselhado; a necessidade de salvaguardar o moral não deve ser superestimada em relação ao direito de saber para onde o conduzem. Em todo o caso, se considerações de ordem moral impedem de o instruir cabalmente, o médico deve a verdade completa aos membros da família com autoridade sobre o doente.

Como se vê, caso o paciente não esteja em condições de receber o conselho médico, este deve ser dado aos seus responsáveis, membros da família ou não, apesar de Savatier referir-se apenas aos primeiros.

2.3.2 DEVER DE CUIDADO

Para Aguiar Dias⁴¹, o dever de cuidado pressupõe que o médico deve atender aos chamados de seu paciente, bem como deve visitá-lo, quando for necessário. Essa obrigação só existirá quando a doença do paciente assim o exigir, ou em decorrência de acordo entre médico e paciente.

Caso o médico, por estar sobrecarregado, envie um outro médico em seu lugar, não ficará configurado abandono. Neste caso, apenas haverá abandono caso o substituto seja reconhecidamente um mau profissional, respondendo o médico que o elegeu como seu substituto pela má escolha.

Porém, deve-se frisar que não há presunção de preposição entre o médico e seu substituto. Sua responsabilidade pelos atos do substituto limitam-se à ocorrência de erro grosseiro, sendo os demais casos de responsabilidade exclusiva do substituto.

⁴⁰ SAVATIER, apud, DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 337-338.

⁴¹ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 338-340.

O médico ainda pode recusar atendimento a quem não seja seu cliente, não sendo responsável a menos que esta recusa seja maliciosa.

À primeira vista, esta afirmação parece contrária à afirmação de Pamplona e Gagliano⁴², no sentido de que o médico tem o dever de prestar socorro. Porém, conforme vemos no decorrer do texto, essa obrigação se dá em casos de emergência, quando há risco imediato à vida do paciente.

Ora, a recusa em atender um paciente com risco imediato de vida afigura-se maliciosa, sendo, assim, plenamente compatíveis as duas afirmativas.

Pamplona e Gagliano discorrem, ainda, sobre qual procedimento o médico deve tomar quando o paciente se nega a se submeter a certo tratamento, citando o caso cada vez mais comum da recusa de pacientes da religião Testemunha de Jeová, que recusam transfusão de sangue. Venosa⁴³ enfrenta o mesmo problema.

Os citados autores chegam à mesma conclusão: o procedimento deve ser feito quando há risco de vida, de preferência, com obtenção de consentimento judicial prévio, se possível. Porém, caso não haja risco de vida, a vontade do paciente deve ser respeitada.

2.3.3 DEVER DE INFORMAÇÃO (DEVER DE OBTENÇÃO DE CONSENTIMENTO)

O dever de informar se traduz no dever do médico de indicar ao paciente todos os riscos inerentes ao seu tratamento, de modo a afastar sua responsabilidade ou a responsabilidade do hospital por estes.

O direito à informação encontra-se disposto no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, III, que diz:

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze, Op. Cit., p. 235-243

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 139-140.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

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

Assim, o médico sempre deve informar o paciente sobre riscos do tratamento proposto, bem como os benefícios que este virá a trazer, possibilitando que este último se decida por dar ou não o consentimento ao médico. A única exceção a esta regra se dá em casos de emergência, nos quais o médico deve proceder da forma que achar melhor para salvar a vida do paciente.

O paciente não pode ser submetido a nenhum tipo de pressão para fornecer seu consentimento, sob pena de ausência de autonomia de sua vontade. Além disso, as informações fornecidas pelo médico devem ser claras, em linguagem acessível a leigos, de modo que o paciente não tenha nenhuma dúvida, e forneça o chamado consentimento informado, ou consentimento esclarecido. Neste sentido, Neri Tadeu Camara Souza⁴⁴ diz:

Se não houver a informação de maneira conveniente, não se pode falar que houve consentimento informado. A informação e o consentimento correm irremediavelmente unidos, sem um não se pode dizer que houve outro. A informação não deve ser apenas razoável. Ela deve ser suficiente para que o paciente tenha um entendimento que lhe seja bastante para compreender as diversas opções que se apresentam, podendo, assim, decidir com autonomia sobre seus objetivos pessoais.

Caso não seja possível expor os riscos ao paciente, aplica-se o mesmo raciocínio do dever de conselho médico: a informação deve ser fornecida ao responsável pelo paciente, que fornece ao profissional.

O consentimento pode ser dado de forma escrita ou oral, sobre o qual prevalece a primeira forma, por ser melhor meio de prova. Porém, conforme diz Neri Tadeu Camara

⁴⁴ SOUZA, Neri Tadeu Camara, Op. Cit., p. 44.

Souza⁴⁵, na prática, utilizam-se os dois métodos, uma vez que o médico, ao apresentar o documento ao paciente, irá explicá-lo e tirar suas dúvidas.

2.3.4 DEVER DE ABSTENÇÃO DE ABUSO OU DESVIO DE PODER

Esse dever do médico, explicado por Aguiar Dias⁴⁶, diz respeito aos limites da atividade do médico. Não pode o médico fazer experiências com o paciente, a menos que seja a única forma de se tentar uma cura, quando os métodos convencionais já falharam.

Nesse sentido, o consentimento do paciente afasta a responsabilidade do médico que experimenta com seu paciente a título meramente experimental.

O médico deve, ainda, consultar especialista e seguir seu conselho, caso haja requisição do paciente ou de seu responsável, ou ainda se o caso estiver fora de seus conhecimentos.

2.3.5 DEVER DE SIGILO

No decorrer do atendimento de um paciente, o médico deve obter informações sobre esse, de modo a aplicar o melhor tratamento possível. Tais informações não podem ser divulgadas, tendo o médico dever de sigilo.

Tal dever, porém, não é absoluto. Cavalieri⁴⁷ cita alguns exemplos em que é possível revelar segredos do paciente, como para salvar a sua vida ou de pessoa a ele ligada, notificar doença infecto-contagiosa e realizar perícias médico-legais.

⁴⁵ SOUZA, Neri Tadeu Camara, Op. Cit., p. 45.

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 343-345.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 399.

Venosa⁴⁸, por sua vez, lembra que o próprio paciente pode desobrigar o médico ao sigilo, permitindo que este revele as informações. Ele cita, ainda, o art. 229 do Código Civil, que dispõe:

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:
I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo.

Há uma discussão interessante, citada por Aguiar Dias⁴⁹, acerca da divulgação de informações do paciente para o plano de saúde, para fins de reembolso das despesas. Duas correntes tentam solucionar o problema.

Para a primeira, não se trata de violação de segredo profissional a divulgação da ficha médica do paciente para o plano de saúde, uma vez que este tem que aferir se o procedimento feito está englobado nas garantias contratuais, considerando que este fato é conhecido pelos clientes. Nesse sentido, Aguiar Dias cita decisões do TJ/RJ.

Já para a segunda corrente, a divulgação da ficha médica do paciente para o plano de saúde trata-se de violação de segredo profissional, em que não é válida a cláusula contratual que autorize a exibição dessa, já que é possível a elaboração de um relatório médico com os procedimentos adotados, preservando-se o sigilo.

Nesse sentido, há decisão do STJ, bem como orientações do Conselho Federal de Medicina, que diz que o prontuário não é instrumento de cobrança de serviços.

Deve-se concordar com a segunda corrente. Não é razoável que se revelem segredos do paciente para fins de cobrança, se há possibilidade de fazê-lo de modo que não afete a intimidade desse. Tal possibilidade se traduz na elaboração de um relatório médico

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 142.
⁴⁹ DIAS, José de Aguiar, Op. Cit., p. 346-350.

descrevendo os tratamentos feitos e sua justificativa, sem, no entanto, revelar documentos do paciente ou informações não relacionadas que porventura estejam em sua ficha médica.

2.4 RESPONSABILIDADE DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

Para analisar a responsabilidade dos cirurgiões plásticos devemos, primeiramente, entender que estes executam dois tipos de procedimento diferentes: a cirurgia reparadora e a cirurgia estética.

Cirurgia reparadora é aquela que visa reparar deformidades, podendo ser estas genéticas ou causadas por algum acidente. É o caso do cirurgião que tenta reconstruir o rosto de um paciente, que foi seriamente queimado em um incêndio.

Cirurgia estética, por sua vez, é aquela que visa a alterar alguma característica que não agrada o paciente. Como exemplo, podemos citar a lipoaspiração, com o intuito de emagrecer, ou a cirurgia no rosto, para diminuir as rugas de expressão.

Ultrapassado esse ponto, pode-se agora adentrar na responsabilidade dos cirurgiões plásticos.

No que tange à cirurgia reparadora, a doutrina é unânime em reconhecer que essa se submete à responsabilidade de meio, e o cirurgião não pode garantir que o defeito desaparecerá plenamente.

Há, porém, divergências quanto à responsabilidade na cirurgia estética.

A maior parte da doutrina se posiciona no sentido de que, ao executar uma cirurgia estética, o cirurgião estaria submetido à responsabilidade de resultado. Nesse sentido, cita-se Cavalieri⁵⁰:

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio, Op. Cit., p. 222.

O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc. Nestes casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia.

Vale citar, também, Teresa Ancona Lopes⁵¹, que afirma:

Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico. Caso contrário, não adiantaria arriscar-se a gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas.

Dada a devida vênia a esses respeitados autores, ousa-se discordar de sua posição.

Parece que ainda há um grande preconceito quanto à cirurgia estética.

Na passagem acima, Teresa Ancona Lopes afirma que um paciente procura um cirurgião estético com o intuito de obter um resultado. Ora, não seria esse o objetivo de todo paciente? Por mais que se saiba que os médicos nem sempre são capazes de obter a cura, os seus pacientes sempre esperam que eles obtenham sucesso.

Cavaliere, na outra passagem citada, diz que o cirurgião se compromete a proporcionar o resultado pretendido. Quando há esse comprometimento, sem dúvida, estamos diante da responsabilidade de resultado. Porém, o cirurgião pode explicar ao paciente todos os riscos da operação, cumprindo seu dever de informar e obtendo o consentimento informado do paciente, mesmo em casos de cirurgia estética.

Nesse caso, acredita-se que o cirurgião se submete a responsabilidade de meio, uma vez que o paciente estava ciente que esses poderiam ocorrer.

⁵¹ LOPEZ, Teresa Ancona, Op. Cit., p. 294.

Assim, adota-se o posicionamento minoritário da doutrina, que entende que mesmo em casos de cirurgia estética o cirurgião submete-se a responsabilidade de meio.

Nesse sentido, cita-se a passagem do min. Ruy Rosado de Aguiar Jr:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco.

Concorda-se integralmente com essa passagem. Acreditamos que a maioria dos cirurgiões plásticos está submetida a responsabilidade de resultado porque realmente promete o resultado, e não por ser a natureza da responsabilidade. Caso o cirurgião não se comprometa com o resultado almejado, e explique detalhadamente todos os riscos da cirurgia, estar-se-á diante de responsabilidade de meio, regra para a responsabilidade médica.

Deve-se, porém, ressaltar que a posição é minoritária, posiciona-se a maior parte da doutrina e jurisprudência na primeira corrente, que entende que, em casos de cirurgia estética, a responsabilidade sempre será de resultado.

CONCLUSÃO

Como se viu no decorrer do presente artigo, o estudo da responsabilidade civil é extenso.

Verifica-se que, para determinar a ocorrência da responsabilidade civil, são necessários três elementos, quais sejam: a conduta positiva ou negativa, dano e nexo causal entre ambos.

Explicaram-se os detalhes de cada item, ressaltando que, no caso de responsabilidade subjetiva, é preciso que a conduta seja culposa, tendo o agente agido com negligência, imprudência ou imperícia.

Frisou-se que sem dano não há responsabilidade civil, pois não há o que se reparar. Pode haver, sim, outro tipo de responsabilidade, mas nunca a responsabilidade civil.

Discorreu-se, também, acerca dos excludentes do nexo causal, que são caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima e fato exclusivo de terceiro.

Diferenciou-se, na seqüência, a responsabilidade objetiva e subjetiva, e responsabilidade contratual e extracontratual.

Todo esse prólogo foi necessário para poder explicar a responsabilidade civil dos médicos em geral, e compará-la com a dos cirurgiões plásticos.

Os médicos em geral estão submetidos à responsabilidade de meio, ou seja, devem aplicar todos os meios possíveis para curar o paciente, e não se responsabilizam caso falhem este objetivo. Só vai haver essa responsabilização caso o médico prometa a cura ao paciente, uma vez que sua obrigação passará a ser de resultado.

Estabeleceu-se que pode haver inversão do ônus da prova, pelo art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, caso haja hipossuficiência do paciente. Além disso, estabelece-se também que os hospitais e planos de saúde são solidariamente responsáveis pela reparação dos danos.

Além disso, ficou demonstrado que os hospitais e clínicas respondem objetivamente apenas pelos serviços prestados, presente a responsabilidade subjetiva no que tange aos atos dos médicos e cirurgiões.

Determinou-se também que o cirurgião-chefe não pode ser o responsável pelos atos dos membros de sua equipe, uma vez que o desenvolvimento e as diversas especialidades da ciência médica não tornam mais isso possível, a menos que se demonstre que efetivamente havia relação de preposição entre o cirurgião-chefe e a equipe, fato que geralmente não acontece.

Citou-se, ainda, uma excludente especial da responsabilidade médica, a ocorrência de iatrogenia, que são os resultados possíveis, porém inevitáveis, do tratamento médico, decorrente da intervenção cirúrgica ou efeito dos medicamentos utilizados.

Discorreu-se, também, sobre os deveres implícitos no contrato médico, que são os deveres de conselho, cuidado, informação, abstenção de abuso ou desvio de poder e sigilo, citando uma das principais divergências doutrinárias atuais, sobre o fornecimento da ficha médica ao plano de saúde, e nos posicionamos pela ilegalidade desse fornecimento, com decorrente violação do dever de sigilo pelo médico e pelo hospital.

Por fim, debateu-se acerca da responsabilidade dos cirurgiões plásticos, e explicamos que a cirurgia plástica se divide em cirurgia estética e cirurgia reparadora.

Foi determinado que não há controvérsias no caso de cirurgia reparadora. Considera a doutrina e a jurisprudência que esta modalidade da cirurgia plástica submete-se a responsabilidade de meio.

Após, passou-se a discorrer sobre a responsabilidade do cirurgião em caso de cirurgia estética. Explicou-se que a doutrina majoritária adota o entendimento de que a cirurgia

estética submete-se a responsabilidade de resultado, uma vez que ninguém se submeteria a uma cirurgia desnecessária caso não tivesse a garantia de que ela seria efetiva.

Foi criticado esse posicionamento, e aduz que todo paciente, espera que o procedimento ao qual foi submetido tenha sucesso, seja em caso de cirurgia estética ou outro procedimento médico qualquer.

Citou-se o posicionamento do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., que entende que o mero fato de muitos cirurgiões prometerem o resultado, não há alteração na natureza da obrigação, que continua sendo de meio. O que ocorre é que, para estes cirurgiões, a obrigação passa a ser de resultado, mas não por ser essa condição inerente à cirurgia estética, e sim por seu comportamento.

Porém, ressaltou que se trata de entendimento minoritário, seguindo a doutrina e jurisprudência pelo outro caminho apontado.

Assim, pode-se, enfim, comparar a responsabilidade dos médicos e cirurgiões plásticos.

Para os médicos em geral, a responsabilidade, via de regra, será de meio. Como exceção, temos responsabilidade de resultado, caso o médico prometa a cura ao paciente.

Ao efetuar cirurgia plástica reparadora, o cirurgião também fica sujeito a responsabilidade de meio, tendo como ressalva a mesma exceção do parágrafo anterior.

Porém, no caso de cirurgia plástica estética, o posicionamento majoritário é que se trata de responsabilidade de resultado. Criticou-se este posicionamento, pelos fundamentos já expostos, e espera-se que, com a evolução doutrinária, sejam abolidos os preconceitos contra a cirurgia estética, e esta fique submetida à responsabilidade de meio.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Fernanda Justo *et al.* *Boletim Jurisprudência n.º 19 da AMAERJ (Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro)*. Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=242>>. Acesso em: 18 de setembro de 2010.

BRASÍLIA. *Código Civil*. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 de setembro de 2010.

BRASÍLIA. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 de setembro de 2010.

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

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: Responsabilidade Civil*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial – tomo LVI*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 2. ed. São Paulo: LZN, 2006.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A responsabilidade Civil do médico na cirurgia meramente estética*. Rio de Janeiro: Cepad, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.