

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**ISABELLA HENRIQUE BONADIO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS**

**São Paulo**

**2021**

ISABELLA HENRIQUE BONADIO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Dr. Lourenço de Miranda Freire Neto

São Paulo

2021

ISABELLA HENRIQUE BONADIO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em: 16 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Lourenço De Miranda Freire Neto  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Profa. Dra. Priscila Luciene Santos de Lima  
Faculdade do Litoral Paranaense (ISEPE)

A Luís Alberto e Patrícia Helena, meus  
genitores.

Para Delmar Rocha Henrique (*in memoriam*),  
minha avó materna.

## AGRADECIMENTOS

O poeta e dramaturgo William Shakespeare escreveu em determinado momento que “a gratidão é o único tesouro dos humildes”. Destarte, sem falsa humildade, mas inculcada na certeza que seria incapaz de findar a minha graduação sem auxílio direto ou indireto, reservo este espaço para agradecer.

De proêmio, agradeço a Deus por me acolher em todas as horas, tanto nas boas, quanto nas difíceis, fortalecendo-me para que tudo ocorresse da melhor maneira.

Acima de tudo e de todos, meus eternos professores na escola da vida, à minha mãe, Patrícia Helena, que de forma batalhadora me deu a vida, entregando todo o seu amor e me presenteando com a honra de ser sua filha e, ao meu pai, Luís Alberto, por ter me ensinado a lutar em prol da cidadania e em busca de justiça.

À minha segunda e amada mãe, Maria Renata, que nunca soltou a minha mão.

À minha extraordinária madrinha Ligia, por quem tenho uma admiração infinda, por corrigir meu trabalho.

À minha fiel e eterna amiga Bruna, pela compreensão diuturna, fazendo-se presente o tempo todo, com mensagens de motivação e carinho.

À minha companheira de vida desde o primeiro dia de aula, Luana, que acredita mais em mim do que eu mesma.

Às mackenzistas Beatriz, Danielle e Laura pela amizade verdadeira.

À minha amiga Ana Lídia, presente do trabalho para a vida toda, obrigada por existir e ser tão maravilhosa e atenciosa comigo.

Ao meu “tsunami”, Gustavo, que não mede esforços para arrancar um sorriso meu, mesmo quando tudo parece impossível.

À minha psicóloga Flávia e todo o apoio prestado durante a graduação.

Aos meus amigos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em especial ao meu eterno e preferido chefe, o Des. Dr. Egídio Jorge Giacoia, ser humano esplendoroso, o qual apresentou-me o erro médico e fez dele a minha paixão dentro o direito.

Finalmente, meus sinceros agradecimentos a pessoa do meu orientador, Dr. Lourenço de Miranda Freire Neto, por me auxiliar de maneira magistral e primorosa na elaboração deste trabalho. Terei, *ad eternum*, gratidão e admiração pelo senhor.

“Em nome de interesses pessoais, muitos abdicam do pensamento crítico, engolem abusos e sorriem para quem desprezam. Abdicar de pensar também é crime”.

(Hannah Arendt)

## RESUMO

Com o Brasil no pináculo da lista dos países que mais realizam cirurgias plásticas no mundo, é indubitável que a consequência direta disso é a demanda, no Poder Judiciário, de indenizações por erro médico. A responsabilidade civil do médico sempre será aferida mediante a culpa *stricto sensu*, carecendo, para tanto, uma ampla produção de provas, mormente de análises profissionais. Destarte, buscamos mostrar a importância e o funcionamento da relação médico-paciente, perfazendo-se nevrálgica para obtermos o binômio esclarecimento-consentimento, instrumento eficaz para efetivar as garantias de acesso à saúde e à informação, conforme estudo novel junto à Constituição Brasileira de 1988. Nesse contexto, buscamos demonstrar que a relação médico-paciente possui alicerces do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, uma relação consumerista. Ademais, construímos um pensamento acerca da diferença entre obrigação de meio e resultado, enfrentando os dilemas e detectando uma posição equivocada do Superior Tribunal de Justiça ao caracterizar a cirurgias plásticas com fins meramente estéticos como obrigação de resultado. Assim, quando constatado o equívoco, trabalhamos em cima de argumentações plausíveis e suficientes para afastá-lo, mormente no sentido de que o conceito de belo é subjetivo e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza. A partir disso, propomos uma revisão desse paradigma jurisprudencial equivocado, para que as mudanças sejam implementadas no nosso ordenamento jurídico na toada médica.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Erro Médico. Código de Defesa do Consumidor. Subjetividade. Beleza.

## ABSTRACT

With Brazil at the pinnacle of the list of countries that most perform plastic surgery in the world, there is no doubt that the direct consequence of this is the demand, in the Judiciary, for compensation for medical errors. The doctor's civil liability will always be assessed through strict sensu guilt, requiring, therefore, a wide production of evidence, especially professional analysis. Thus, we seek to show the importance and functioning of the doctor-patient relationship, making it nerve-wracking in order to obtain the binomial clarification-consent, an effective instrument to effect guarantees of access to health and information, according to a novel study with the Brazilian Constitution of 1988. In this context, we seek to demonstrate that the doctor-patient relationship is based on the Consumer Protection Code, being, therefore, a consumerist relationship. In addition, we built a thought about the difference between obligation of means and result, facing the dilemmas and detecting a wrong position of the Superior Court of Justice when characterizing plastic surgeries for purely aesthetic purposes as an obligation of results. Thus, when the mistake is found, we work on plausible and sufficient arguments to remove it, especially in the sense that the concept of beauty is subjective and, therefore, it is possible for an individual to find deformity where another sees beauty. Based on this, we propose a review of this mistaken jurisprudential paradigm, so that the changes are implemented in our legal system in the medical field.

**Keywords:** Civil Liability. Medical error. Consumer Protection Code. Subjectivity. Beauty



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 PRINCÍPIOS GERAIS RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL</b> .....	<b>14</b>
1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO .....	14
1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	17
1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	22
1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	30
<b>2 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA</b> .....	<b>36</b>
2.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....	36
2.2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO.....	41
2.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO .....	46
2.4 RESPONSABILIDADE MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	52
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS</b> .....	<b>56</b>
3.1 CIRURGIA PLÁSTICA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO.....	56
3.2 CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS POR ERRO MÉDICO .....	61
3.3 A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO DE RESULTADO EMBELEZADOR .....	64
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

Iniciando-se o presente estudo a partir de um breve exame do ordenamento jurídico do âmbito da responsabilidade civil, abordaremos a sua natureza jurídica à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, trazendo à baila o seu lineamento histórico, as espécies, elementos e excludentes de culpa. Nesse viés, urge salientar, desde já, que o referido instituto possui o encargo de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pelo autor do dano, porém, tão somente quando surge a vontade de reparar a harmonia violada que constituiremos a fonte geradora da responsabilidade civil.

O termo responsabilidade é derivado da raiz latina *spondeo*. Mais especificamente, do verbo *respondere*, voltado à ideia de segurança, restituição e compensação de um bem sacrificado.

À luz de tal informação, acreditamos ser um tema de extrema relevância e importância nos tempos atuais, por oferecer a proteção mínima e necessária contra danos e fatores de perecimento acarretados por condutas culposas de outrem, legitimando-se, destarte, como uma ferramenta jurídica garantidora de bens imateriais e materiais violados.

Ademais, mister ressaltar que a responsabilidade civil é um instituto integrante do direito obrigacional, pois da prática de um ato que gera dano, nasce, para o seu autor, a obrigação de indenizá-lo e, conseqüentemente, o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto certa prestação. Assim, a responsabilidade civil é o próprio problema do direito e, neste sentido, cristalizamos o conceito de responsabilidade civil com o seguinte entendimento o qual é todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, com intuito de restabelecer a harmonia fragmentada.

Com esboço no esboçado acima, o Brasil, no seu Código Civil de 1916, adotou a teoria subjetiva, que exige a demonstração de dolo ou culpa do causador do dano para que caracterize a obrigação de repará-lo. Posteriormente, o atual Código Civil brasileiro, de 2002, conquanto manteve a mesma estrutura do *códex* anterior, tratou a responsabilidade civil com mais complexidade, adotando também a responsabilidade objetiva, que é fundada na teoria do risco. E, a partir dessas duas teorias, desenvolveremos este estudo para tratar da responsabilidade civil por erro médico.

Ademais, compulsando o site do Conselho Nacional de Justiça, verificamos a expressividade do número de demandas judiciais em razão de erro médico, pois em pesquisa

realizada entre os anos de 2014 e 2017, foram ajuizadas 83.728 ações demandando indenizações por “erro médico”<sup>1</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, trouxe enormes conquistas teóricas, resguardando, dentre outros, o direito à saúde e à vida em vários de seus dispositivos, devendo-se ressaltar que é classificado como direito fundamental social. Sob ótica das referidas inteligências, bem como de outros diplomas legais que abordaremos ulteriormente, transladaremos tais teses à responsabilização dos profissionais de medicina, mormente na atuação dos cirurgiões plásticos.

A respeito disso, no ano de 1798, Pierre Joseph Desault<sup>2</sup> anatomista e cirurgião plástico da era moderna, pela primeira vez atribuiu a palavra *plastiqué* como termo da especialidade médica: cirurgia plástica.

A temática em apreço afigura-se extremamente importante e relevante na medida que dados apontam o nosso território nacional como o país líder e de maior número de procedimentos estéticos realizados no mundo.

Para tanto, vale lembrar que as cirurgias plásticas ganharam enorme desenvolvimento no Brasil, tal qual criou-se o Estatuto Brasileiro de Cirurgia Plástica, bem como a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Outrossim, no âmbito da cirurgia plástica para efeitos estéticos, esta ganhou até disposição no Código de Ética Médica anterior, em seu artigo 51.

Com base neste ponto, lecionamos, desde já, que possuem uma circunstância específica como profissionais, vez que a doutrina majoritária e a jurisprudência os tratam de maneira discrepante dos outros médicos, qual seja a atração de culpa presumida.

Nessa esteira, em razão da amplitude do assunto, focar-se-á na análise da responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas traçando paralelos e apontando as diferenças entre cirurgia estética (obrigação de resultado) e reparadora (obrigação de meio), expondo divergências doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais no âmbito da atuação médica.

---

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-ações/pj-justiça-emnumeros>. Acesso em: 02 maio 2021.

<sup>2</sup> Pierre-Joseph Desault (1738-1795) was the first French professor of clinical surgery. He was chief surgeon at La Charité and Hôtel-Dieu in Paris, where he developed a new method for teaching anatomy and modified the teaching of surgery. His fame was due to his dedication and to the number and quality of fellows, who included Bichat, Louis, Corvisart, Dupuytren, Percy, Richerand, Petit, Chopart, and Gavard. He taught while performing surgery, and his school included up to six hundred fellows at a time, practicing in the 1200-bed Hôtel-Dieu. He "imprinted" his pupils with his professional teaching, his surgical procedures and his personal charm. (SANTO, Natale G. de; BISACCIA, Carmela; SANTO, Luca S. de; CIRILLO, Massimo; RICHET, Gabriel. Pierre-Joseph Desault (1738-1795) - a forerunner of modern medical teaching. *J Nephrol*, v. 16, n. 5, p. 742-753, set./out. 2003. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14733424/>. Acesso em: 04 maio 2021).

Para consecução de tal entendimento polêmico, primordial também adentrarmos ao conceito de resultado embelezador. Isto porque, além de ser pouco abordado pela doutrina e jurisprudência, também é um conceito subjetivo e parcial, ou seja, o belo para um, pode não ser para outrem. Trazendo esta questão à baila, entenderemos se o *expert* da medicina que fez um procedimento cirúrgico para fins estéticos e não entregou o resultado esperado pelo paciente, pois este não o achou bonito, deve ser indenizado por erro médico.

Além disso, a título de informação complementar, coletaremos os dados mais recentes disponíveis que nos permitam analisar, apontar e especificar os casos mais comuns de erro médico por cirurgias plásticas no Brasil, quais sejam a prótese de silicone nos seios e a lipoaspiração, em segundo lugar.

Posto isso, surge uma importante indagação a ser aqui trabalhada: deve o cirurgião plástico responder por uma obrigação de resultado, com culpa presumida, por resultado não embelezador nos casos de cirurgias meramente para fins estéticos?

O Brasil é líder mundial na realização de cirurgias plásticas e muito tem se discorrido acerca do entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se posiciona radicalmente a favor da caracterização da obrigação de resultado nas cirurgias plásticas meramente estéticas, por meio da culpa presumida, diferenciando-se de outros médicos.

Acreditamos, entretanto, que embora a obrigação do cirurgião plástico seja de resultado, em decorrência das suas atribuições e da própria natureza de sua especialidade médica, conforme a jurisprudência, é importante revisitar e revistar cada caso antes de simplesmente impor a vez que a doutrina e a jurisprudência os tratam de maneira discrepante dos outros médicos, qual seja a atração de culpa presumida do profissional. Nessa toada, ressalta-se a extrema importância da perícia médica para constatar se houve erro médico durante o procedimento cirúrgico, bem como a razão do resultado adverso.

Objetivamos, portanto, de maneira geral, apresentar os tipos de responsabilidade civil, mormente a diferença da objetiva e da subjetiva, para, somente após, tratarmos da responsabilidade médica propriamente dita. Ademais, questões processuais também serão trazidas à tona, tendo em vista a ocorrência da inversão de ônus da prova e de prova pericial nos casos de erro médico.

Especificamente, buscamos refletir acerca da caracterização de responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, e apontar a diferença de cirurgia plástica com obrigação de meio e de resultado, propondo um olhar mais pragmático e justo para esta realidade dos cirurgiões plásticos; além disso, apontar como é primordial a verificação de culpa do médico,

bem como que o legislador, por meio do Código de Defesa do Consumidor acertou ao imputar a responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais; outrossim, as consequências quando incidir o erro médico, bem como o *quantum* da liquidação do dano causado por erro médico em cirurgias plásticas e as maneiras de ressarcir o dano.

Para tanto, realizamos uma pesquisa explicativa, pois além de estudarmos detalhadamente todo instituto da responsabilidade civil, colocamos frente a frente a teoria e a prática. Em conjunto desta, realizamos também uma pesquisa exploratória, tendo em vista a abordagem de um conceito pouco trabalhado pela jurisprudência: a difícil conceituação de resultado embelezador.

Ademais, adotamos o método hipotético dedutivo, iniciado com um problema no conhecimento científico, passando pela formulação de hipóteses e por uma inferência dedutiva, falseando e refutando-a, em busca de uma resposta conclusiva para o problema em questão, qual seja se o cirurgião plástico deve responder dentro desse contexto por uma obrigação de meio ou de resultado.

Desse modo, o desenvolvimento do presente trabalho dar-se-á com arrimo neste raciocínio preliminar, sobrescrevendo o atual tratamento e funcionamento do jurídico brasileiro concedido pela responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, viabilizando-se a discussão do conceito de resultado embelezador, diferenciando o conceito de cirurgia plástica para fins estéticos e reparadores, analisando a relação médico-paciente no sistema de saúde brasileiro, e a caracterização de responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas por erro médico. Abordaremos as balizas da atuação do Poder Judiciário dentro desses processos, a ocorrência de inversão do ônus da prova, a verificação de erro e culpa por parte do médico, excludente de responsabilidade e o funcionamento da liquidação do dano causado ao paciente.

Destarte, o trabalho aborda três pontos principais, os quais se estruturam entre três capítulos, dois deles com quatro subdivisões, e o último com três, para consagrar melhor harmonização de leitura e estrutura das questões abordadas.

O primeiro capítulo foi dedicado a revisitar e recordar os princípios gerais da responsabilidade civil no Brasil por meio de um estudo de seus elementos, como conduta (ação ou omissão), dano, nexos causal e resultado, tema que exigiu uma busca histórica, desde à antiguidade, conforme já consignado anteriormente na introdução. Outrossim, primordial tratar das espécies de responsabilidade civil presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, subjetiva e objetiva, além da responsabilidade extracontratual e contratual. Logo, finalizamos com as excludentes da responsabilidade civil, primordial para concluirmos se houve, de fato, erro médico ou culpa exclusiva da vítima.

No segundo capítulo, trataremos dos elementos da responsabilidade civil médica, elemento fundamental para lograr sucesso no entendimento deste estudo. Passaremos a detalhar a natureza da referida responsabilidade, conhecer a medicina e o trabalho do médico mais de perto, bem como analisar as suas obrigações de sempre empregar e utilizar as melhores técnicas e diligências para chegar ao meio ou resultado esperado pelo paciente, além da necessidade e o dever de informação adequada, clara e específica, o consentimento e transparência de ambas as partes para preservar a relação médico-paciente; ainda neste capítulo aprenderemos uma nova modalidade gatilho para ingresso de ação indenizatória: a oriunda da falta de informações e consentimento. Nesse sentido, quando incidir a culpa médica, partiremos para explorar o sistema judiciário brasileiro para analisar os casos em que há inversão do ônus da prova. Veremos, ademais, que o *expert* da medicina não pode garantir sempre a cura, porque a vida e a morte são valores que pertencem as esferas espirituais, conforme narra o próprio Código de Ética Médica. Entretanto, em alguns casos, há a obrigação de resultado, conforme determinado pela doutrina majoritária e a jurisprudência.

A partir disso, será abordado, no momento seguinte, o terceiro e último capítulo, a questão da responsabilidade civil médica e o erro médico nas cirurgias plásticas, bem como as hipóteses de caracterização. Traremos dados atualizados acerca das cirurgias plásticas mais procuradas pelos indivíduos, a título de informação complementar, além de diferenciar as cirurgias plásticas com obrigação de meio e de resultado. Mais adiante, colocaremos em jogo o difícil conceito de resultado embelezador, abordando, inclusive, teorias filosóficas David Hume, que nos ensina uma percepção totalmente subjetiva do conceito de belo, bem como do autor Michael Heim, que estuda o conceito e as teorias das mídias digitais. Por fim, de pensamentos da psicologia, que nos norteiam acerca dos motivos pelos quais as pessoas buscam demasiadamente as cirurgias plásticas, qual seja, o modelo de corpo padronizado do século XXI, incentivado pelos ideais midiáticos, fundamentados também pela teoria das mídias digitais, para chegarmos em uma inexorável conclusão acerca do tema.

# 1 PRINCÍPIOS GERAIS RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

## 1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO

O Direito Positivo cristaliza regras primordiais para a convivência social, sancionando àqueles que infringem ou causem lesão a outrem. Dessa maneira, a palavra “responsabilidade” tem sua origem no latim *respondere*, significando a obrigação de um indivíduo perante outrem para assumir as consequências jurídicas de sua atividade, seja penal, ou civil.

Partindo do pressuposto que a noção jurídica de responsabilidade é uma atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola norma jurídica preexistente, surge a necessidade de reparação à vítima, também chamada em âmbito civilista de sanções civis (indenização, restituição *in specie*, execução forçada, anulação de ato, etc.).

Afigura-se viável, para fins didáticos e necessários, antes de se adentrar na temática em apreço, partir o estudo de alguns conceitos fundamentais e de extrema relevância no âmbito da responsabilidade civil. Para tanto, tomar-se-á como ponta pé inicial a exposição do Código Civil de 1916 e, posteriormente, a atual legislação em vigor, sob número 10.406, desde 2002. Nessa perspectiva, é fundamental destacar e trazer à baila o momento histórico do surgimento de cada um desses dispositivos, utilizados de modo recorrente ao longo desta apresentação.

Retornando à época do Brasil Colonial, ainda durante a vigência das Ordenações do Reino português, constatamos a ausência de regra expressa na esfera do ressarcimento do dano moral, sendo muito questionável afirmação de sua possibilidade naquele momento histórico.

Somente com o advento do Código Civil brasileiro de 1916, cuja Lei é nº 3.071/16, com vigor a partir de janeiro de 1917, especificamente na redação dos artigos 76<sup>3</sup>, 79<sup>4</sup> e 159<sup>5</sup>, que nos trouxe às primeiras defesas da tese da reparabilidade do dano moral. Entretanto, tendo em vista que o artigo 159 não se referia expressamente às lesões de natureza extrapatrimonial e que a regra do artigo 76 imputava o dispositivo de ordem processual, condicionando o direito de ação a existência de um interesse, a jurisprudência e doutrina local passaram a negar, peremptoriamente, a tese da reparabilidade dos danos morais.

Tal análise se justifica em virtude da conjuntura da época, pois no final no século XIX e início do século XX, quando elaborado o referido *códex*, a matéria ainda não havia atingido

---

<sup>3</sup> “Art. 76: Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”

<sup>4</sup> “Art. 79: Se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos contra o culpado.”

<sup>5</sup> “Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.”

um estágio de maturidade teórica e jurisprudencial. Além disso, a responsabilidade civil é algo contemporâneo, visto que surge pela primeira vez no final do século XVIII, no direito revolucionário francês.

Ademais, urge salientar que sobrevieram legislações especiais que regularam setorialmente o assunto, dentre as quais podemos citar o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral, a Lei de Imprensa (ora revogada), a Lei dos Direitos Autorais, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, todas contendo dispositivos específicos que versam sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais, fazendo com que os danos morais possam ser objeto de ação de responsabilidade civil.

De tal entendimento, destarte, concluímos que prevaleceu no direito brasileiro, *a priori*, a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral, admitindo-a tão somente em hipóteses expressamente elencadas no Código Civil ou em leis extravagantes. Posteriormente, entretanto, com a promulgação da vigente Constituição Federal, em 1988, é indubitável que houve a ampliação da reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi incorporada nos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

De outra banda, mas ainda essencialmente conexo ao Código Civil de 1916, emerge que este filiou-se à teoria subjetiva, a qual exige prova de dolo ou culpa do causador do dano para haja a obrigação de repará-lo.

Sob inspiração do Código Napoleão, o Código Civil de 1916 fundou o seu sistema de responsabilidade na teoria subjetiva, centrada no ato ilícito, que tem a culpa *lato sensu* como elemento nuclear. Assim, para que fizesse jus à indenização pelos danos sofridos, requeria-se da vítima a difícil prova da culpa, que, fortemente contaminada por caráter moral, revelava-se na conduta negligente, imprudente ou imperita. Nesse cenário, três são os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: conduta culposa do agente; dano; e nexo causal entre a conduta e o dano<sup>6</sup>.

Aproveitando que a citação supramencionada faz uma menção ao Código de Napoleão, urge salientar que no século XVII este dispositivo determinou que os danos produzidos em decorrência de erro médico fossem devidamente reparados, gerando na Academia de Medicina de Paris uma contraofensiva por não aceitarem que os médicos cirurgiões fossem responsabilizados pelos erros cometidos de boa-fé no exercício de sua atividade artística.

---

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 6.



O iluminismo europeu é o alicerce da teoria subjetiva em âmbito econômico, social e ideológico, afirmando-se legislativamente com o Código Civil francês de 1804. Ademais, analisando a referida legislação:

A base doutrinária da famosa regra do art. 1.382, do *code* – “*O fato humano culposo sujeita o agente a reparar o dano*” resultou dos estudos de Domat e Pothier. Ainda no século XVIII, ambos assentaram a regra geral que incumbe ao culpado indenizar a vítima. Essa concepção de responsabilidade civil decorrente de procedimento culposo se solidificou, expandindo-se pela generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais nos séculos XIX e XX, ficando conhecida como a teoria clássica da responsabilidade civil.<sup>7</sup>

Mais adiante, contudo, o desenvolvimento industrial e a multiplicação de danos ocasionaram o surgimento de novas teorias, tendentes a garantir maior proteção às vítimas. Nesse prisma, surge a teoria do risco (responsabilidade objetiva), que não substitui a teoria da culpa (responsabilidade subjetiva), mas subsume a ideia de que algumas atividades cotidianas oferecem perigo ou risco e o agente assume a obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros dessa atividade. Na primeira, portanto, desde que exista um dano, nasce o dever de ser ressarcido, independente de culpa, ao passo que na segunda dependerá, indubitável e indiscutivelmente, de prova.

Ademais, a responsabilidade objetiva é fundada no princípio da igualdade, existente desde o direito romano: quem auferir os cômodos, deve suportar os incômodos.

Diante da inteligência acima esposada, partiremos para o Código Civil em vigor, que embora mantenha a mesma estrutura da legislação anterior, trata do referido instituto com mais profundidade. Nesse norte, importante salutar, desde já, que é quimérica a existência de hierarquia axiológica e normativa entre a teoria objetiva e subjetiva, uma vez que o Código Civil não concedeu primazia a uma ou a outra para qualquer imputação de danos.

A reestruturação do Código Civil brasileiro de 2002 viabilizou substituir o princípio da culpa pelo princípio do risco que ocorrerá com fundamento nas considerações e consequências de uma conduta em um ambiente social, tido como critério hermenêutico de escolha de uma regra de decisão. Essa valoração social abraçará além de uma função coercitiva, uma função constitutiva de princípios.

Nesse sentido, a principal inovação do Código Civil de 2002 no instituto da responsabilidade civil foi, indubitavelmente, o legislador ter adotado uma teoria do exercício de atividade mais ferrenha e avançada, além do princípio da responsabilidade independente de

---

<sup>7</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS DE, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2019. p. 601.

culpa em casos elencados em lei. Entretanto, pecou ao não prever a possibilidade do agente, por meio da inversão do ônus da prova, de exonerar-se da responsabilidade mesmo se provar que adotou todas as medidas plausíveis para evitar o dano.

Na legislação anterior, encontravam-se atividades perigosas apenas em lei especial e, as que não fossem, caíram na norma geral Código Civil, consagrado unicamente pela responsabilidade subjetiva. No atual diploma, o parágrafo único do artigo 927<sup>8</sup>, não revogou as leis especiais existentes e permitiu que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas.

Arrimando nessa inteligência inovadora do novo *códex*, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado exclusivamente na culpa, podendo ser encontrado no fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que duplicam o risco de danos.

Ademais, mister pontuar que o Código Civil de 2002 dedicou poucos artigos à responsabilidade civil. Isto porque, na Parte Geral, assim como no livro anterior, há o conceito de ato ilícito, este presente no artigo 186, além do conceito de abuso de direito previsto no artigo 187, categorias básicas da responsabilidade civil, além de outros que carregam em seu bojo a regra geral da responsabilidade aquiliana e algumas excludentes. Já na Parte Especial, determinou, no artigo 329, a regra básica da responsabilidade contratual e, por fim, destinou dois capítulos à “obrigação de indenizar” e à “indenização”, elencados no título IX, denominado “Responsabilidade Civil”.

Partindo-se de tais bases terminológicas apresentadas, os quais despertam especial relevância à exposição deste trabalho, torna-se propício, no presente momento, o avanço do raciocínio e o tratamento específico e detalhado das espécies, elementos e excludentes da responsabilidade civil.

## 1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Desta feita, alicerçando-se nas premissas teóricas lançadas na oportunidade acima, notadamente no que pertine ao Código Civil de 1916 e atual, faz-se essencial, ainda, antes de se proceder ao exame aprofundado da responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, tratarmos acerca das espécies de responsabilidade civil.

---

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

De proêmio, adentraremos no conceito de responsabilidade civil e responsabilidade penal, abordando as suas distinções e particularidades.

No caso da responsabilidade penal, cujo o lesado é a sociedade, o agente infringe uma norma de direito público. Já na responsabilidade civil, o interesse lesado é o privado, ficando a critério do prejudicado acionar ou não o judiciário para pleitear a reparação.

Sob referido prisma, quando ocorrer uma colisão de veículos, poderá ocasionar a responsabilidade civil do culpado, nascendo, assim, a obrigação de pagar as despesas com o conserto de todos os danos gerados. Porém, dependendo das circunstâncias, poderá acarretar, também, a responsabilidade penal, mormente se houve ferimentos e configurou crime previsto nos artigos 121, §3º ou 129, §6º da Lei nº 2848/40, o Código Penal. Nesse sentido, é inquestionável que uma ação, ou omissão pode gerar a responsabilidade civil do agente, ou apenas a responsabilidade penal, ou ambas as responsabilidades.

Com relação a imputabilidade, verifica-se tratamento discrepante entre as duas matérias por ora discutidas. Admite-se, civilmente, que menores de dezoito anos sejam também responsabilizados, de maneira equivalente, se os responsáveis pela guarda não puderem fazê-lo. Do viés penalista, os menores de idade estão sujeitos exclusivamente às medidas de proteção e socioeducativas, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora em alguns casos de erro médico possa também ensejar a responsabilidade penal, o presente estudo se volta para a esfera cível, perfazendo-se entender, essencialmente, que qualquer ação ou omissão pode causar responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem<sup>9</sup>. Ademais, segundo essa mesma matéria, a culpabilidade, segundo a regra *in lege aquila et levíssima culpa venit*, mesmo sendo leve, é obrigatória a indenização.

Com vistas em tal conjuntura, necessário ponderar que a responsabilidade civil é patrimonial, pois o devedor responderá por suas obrigações, podendo ter seus bens penhorados por meio dos instrumentos de efetividade da jurisdição, entretanto, se não os encontrar, a vítima permanecerá irressarcida.

A partir daí, uma vez abordada a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, iremos estudar e salutar a responsabilidade contratual e extracontratual.

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, ela será extracontratual, cujo aplica-se o disposto no artigo 186 do Código Civil, chamada também de aquiliana. Já na responsabilidade contratual, existe uma convenção prévia entre as partes que não será cumprida.

---

<sup>9</sup> “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A título de melhor compreensão, faz-se necessário exemplificar ambas modalidades: quem entra no ônibus municipal celebra um contrato, chamado de adesão, com a empresa de transporte<sup>10</sup>. Assim, esta assume a obrigação de conduzir o passageiro até o seu destino final, são e salvo e, caso ocorra algum acidente que deixe o passageiro ferido, estaremos diante do inadimplemento contratual, gerando, por conseguinte, a responsabilidade de indenizar as perdas e danos.

Por outro lado, ao exemplificarmos a responsabilidade extracontratual, estaremos diante de um atropelamento. *In casu*, o agente infringe um dever legal, não existindo, porém, acordo prévio e vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano.

O *códex* civilista diferenciou essas duas espécies de responsabilidade, aplicando-se, além do artigo 186 aludido acima, os artigos 188, 927 e 954, ao passo que o contratual se encontra nos artigos 389 e seguintes, bem como no 395 e seguintes.

Ademais, além dessa distinção, cabe trazeremos à baila o que diz respeito ao ônus da prova, mormente porque será muito tratado nos próximos capítulos quando adentrarmos no tema específico deste estudo.

Caso a responsabilidade seja contratual, o credor será obrigado a demonstrar o não cumprimento da prestação, ao passo que o devedor não será condenado a reparar o dano se comprovar a ocorrência de alguma das excludentes previstas em lei, a saber: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Conclui-se, portanto, a atribuição, ao devedor, do *onus probandi* no caso de responsabilidade contratual.

De outra toada, quando a responsabilidade é extracontratual, o autor da ação, ou seja, a vítima do dano, é quem possui o ônus de provar que o fato se deu em razão da culpa do agente.

Correlacionando o tema em questão no que diz respeito ao cerne deste estudo, entendemos que as ações indenizatórias por erro médico em cirurgias plásticas é uma relação de responsabilidade contratual, pois incide a responsabilidade derivada de contrato prévio entre o profissional de saúde e o paciente. Consequentemente, portanto, caberá ao médico provar a ocorrência de alguma das excludentes previstas em lei.

Outra diferença existente entre a responsabilidade extracontratual e contratual é sobre às *fontes de que promanam*. Enquanto a primeira tem em seu bojo o dever de não causar dano a outrem, *neminem laedere*, conforme elencado no artigo 186 do Código Civil, a segunda é oriunda da convenção celebrada entre as partes.

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 4 v. p. 44.

Ainda há uma diferença no que se refere à *capacidade do agente* causador do dano. Partindo do pressuposto que a celebração de contrato exige agentes plenamente capazes, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios, tendo em vista que de acordo com o Código Civil menores de 18 anos são absolutamente incapazes<sup>11</sup> e relativamente incapazes<sup>12</sup>, dependendo da idade, exceto se, já tendo 16 anos, de má-fé declarou-se maior<sup>13</sup>, restringe a responsabilidade contratual, vez que apenas indivíduos plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas. Sendo assim, a responsabilidade extracontratual não possui vínculo, logo, não exige capacidade plena de outrem e, portanto, é mais comumente no ordenamento jurídico.

Em suma, concluímos que a ilicitude contratual se consuma com o descumprimento de obrigações celebradas anteriormente, enquanto a ilicitude extracontratual se perfaz das seguintes formas: em *stricto sensu* (subjutivo), pelo descumprimento de normas jurídicas (artigo 186 do Código Civil) e, em última hipótese, em sentido objetivo pelo ilícito funcional ou abuso de direito, conforme prevê o artigo 187 do Código Civil.

Insta salutar a decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à prescrição da responsabilidade contratual, que são de 10 anos, e não de 3, conforme elencado no artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil<sup>14</sup>.

Passamos à análise de mais duas espécies de responsabilidade civil: a subjetiva e objetiva.

A culpa era fundamento da responsabilidade, haja vista a teoria clássica, também chamada de “subjetiva”, a qual pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Destarte, a responsabilidade subjetiva é um mecanismo que protege o interesse das vítimas contra danos e lesões provocadas pela conduta repreensível de outrem.

Primordial consignar, desde já, que a culpa compreende o dolo (intenção deliberativa) e a culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia e imprudência, as quais serão tratadas detalhadamente no próximo tópico). Entretanto, pondera-se, desde já, que na imperícia e na imprudência o agente tem atitude comissiva, isto é, de ação, enquanto na imperícia, executa sem a habilidade necessária, enquanto que na imprudência faz sem o cuidado devido. Por sua vez, a negligência a uma atitude é omissiva, pois o agente deixa de fazer algo essencial.

---

<sup>11</sup> “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”

<sup>12</sup> “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

<sup>13</sup> “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”

<sup>14</sup> “Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;”

De acordo com esta tramontana, caso a conduta do agente não seja voluntária, não decorrendo de imprudência, negligência ou imperícia, não há que se falar em ato ilícito e reparação de danos. Afirma-se, pois, que o liame da responsabilidade subjetiva é a culpa e, conseqüentemente, a sua prova faz com que esteja caracterizada o dano indenizável.

Cumpra salientar que a legislação brasileira estabeleceu que a responsabilidade dos médicos é regulada pelo sistema fundado em culpa, pois ao tratar dos danos engendrados aos pacientes no exercício da atividade profissional, a inteligência do artigo 951 do Código Civil<sup>15</sup> aduz clara e expressamente a “negligência, imprudência ou imperícia”, perenizando a norma prevista no artigo 1.545 do diploma civil de 1916.

Mais incisivo, neste sentido, é o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor<sup>16</sup>, o qual prevê uma exceção ao regime de responsabilidade do fornecedor fundada no defeito do serviço, ao determinar que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Contudo, no curso do século XIX, diante da insuficiência em atender as demandas da sociedade geradora de riscos habituais, ocorre o nascimento e, posteriormente, a consagração do hodierno momento do direito, qual seja a adoção da responsabilidade objetiva pelo *códex* civilista. Desse modo, os juristas enunciaram a teoria objetiva, também chamada de risco, a qual reconhece o dever de reparação do dano mesmo sem culpa do agente.

Nesse diapasão, a lei impõe, a determinadas pessoas e situações, a reparação de dano independente de culpa, sendo denominada de responsabilidade objetiva, vez que dispensa a culpa e se satisfaz somente com o dano e o nexo de causalidade. O nome desta teoria, comumente conhecida e chamada de objetiva, também intitulada de risco, tem em seu bojo que todo dano é indenizável, devendo ser reparado por quem a ele esteja ligado por um nexo de causalidade, livre de culpa.

Desta feita, portanto, entendemos que o ponto central da diferença entre as duas responsabilidades está na necessidade ou não de culpa. De um lado encontraremos a responsabilidade objetiva, a qual é reconhecida por sua independência de culpa, enquanto por outro, nos deparamos com a responsabilidade subjetiva, cuja sua prova culpa faz-se essencialmente necessária.

---

<sup>15</sup> “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

<sup>16</sup> “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Aprofundando o tema em apreço, entendemos que a responsabilidade subjetiva é a regra do ordenamento jurídico, sem prejudicar, porém, a adoção da responsabilidade objetiva em diversos dispositivos esparsos do Código Civil. Nessa esteira, podemos relembrar os artigos 936, 937 e 938, que versam, respectivamente, das responsabilidades dos: donos de animais, donos dos prédios em ruína e do morador da casa da qual caírem objetos. Ademais, importante consignar o artigo 933, cujo responsabiliza pais, curadores, tutores, empregadores, donos de escolas e hotéis, independente de culpa, pelos atos danosos causados por filhos, curatelados, hóspedes, empregados, hóspedes e educandos. Nas mesmas circunstâncias, nos deparamos com o artigo 927, parágrafo único, que dispõe a obrigação de reparar o dano, nos casos específicos em lei, bem como quando a atividade desenvolvida provocar, por natureza, riscos para outrem. É importante salientar que a palavra atividade no sentido empregado pelo Código Civil é uma conduta habitualmente exercida, a qual é organizada para realizar e prestar serviços com fins econômicos.

A tese da responsabilidade objetiva não se limitou apenas ao Código Civil, sendo consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei de Responsabilidade Civil por Danos Nucleares e Atos Relacionados com Atividades Nucleares, Lei de Acidentes do Trabalho e outras.

Desta feita, uma vez inseridos em todas as espécies de responsabilidade civil, adentraremos ao estudo dos seus elementos no próximo tópico.

### 1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em conformidade com o pensamento tecido no tópico anterior a respeito das espécies de responsabilidade civil, relevante adentrar, por ora, nos elementos deste instituto e detalhando todas as suas características.

Nesse sentido, examinaremos em primeiro lugar a ação ou omissão: a ação ou omissão do agente, que dá origem à indenização, geralmente decorre da infração de um dever, que pode ser legal (disparo de arma em local proibido), contratual (venda de mercadoria defeituosa, no prazo da garantia) e social (com abuso de direito: denúncia caluniosa).<sup>17</sup>

Partindo-se de tais bases terminológicas arguidas, as quais despertam relevância à exposição, torna-se propício, no presente momento, o avanço do raciocínio e o tratamento específico dos elementos essenciais da responsabilidade civil, que será feito didaticamente

---

<sup>17</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

separando e apresentando todas as suas hipóteses, sendo primordial para a consagração do entendimento deste estudo.

Há quatro elementos essenciais da responsabilidade civil, os quais serão trazidos e estudados detalhadamente: 1) conduta humana (ação ou omissão); 2) dano; 3) nexo causalidade; 4) culpa.

Presente em todas as modalidades de responsabilidade civil, independente de qual seja, deverá sempre existir uma conduta, proveniente de comportamento humano, sendo ela uma ação ou omissão, voluntária ou imputável. Dizemos ser a conduta algo voluntário, pois pode ser controlada pelo agente, ou seja, exclui-se os atos inconscientes ou sob coação absoluta. Ademais, é imputável, porque é atribuída à prática do ato, tendo o agente discernimento e vontade para determinar-se.

A conduta humana é classificada como duas: ação ou omissão. A primeira é simplesmente a prática de comportamento ativo, o qual acarreta em algum dano, a exemplo do dano causado por um sujeito que, embriagado, arremessa algum objeto no muro do vizinho com o intuito de causar dano.

De outro viés, a segunda forma de conduta é a de omissão geradora de dano. A omissão pode ser interpretada como “não fazer”, ou “abster-se de agir”, e este comportamento pode acarretar dano atribuível ao agente, que deverá ser responsabilizado por ele. A exemplo disso é o caso da enfermeira<sup>18</sup> que deve administrar os medicamentos de um paciente, mas não o faz por dolo ou desídia.

Nesse sentido, a inteligência artigo 186 do Código Civil determina a obrigação de indenizar a todo aquele que “por ação ou omissão voluntária” causar prejuízo a outrem.

Outrossim, trazemos à baila outro requisito fundamental e indispensável a existência da responsabilidade civil: o dano. Com fulcro nisso, segue o mesmo raciocínio da conduta, vez que se encontra presente em todas as modalidades de responsabilidade civil, independente de qual seja.

A partir de tal enfoque, insta salutar os requisitos que tornam o dano indenizável, sendo eles 1) a violação de interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial, tendo em vista o exposto no artigo 186 do Código Civil cumulado com a Constituição Federal de 1988; 2) a certeza do dano, pois somente o dano efetivo é indenizável, ao passo que este sendo incerto ou hipotético não será compensado; 3) subsistência do dano, isto é, caso ele já tenha sido reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil.

---

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v. p. 61.



No campo da responsabilidade civil, o dano apresenta-se como elemento central, sem o qual não se configura o dever de indenizar. A importância do dano para a responsabilidade civil é tão grande que, nos países de língua espanhola, o Direito de Responsabilidade Civil foi reduzido à expressão *Derecho de Daños*. A noção jurídica de dano ressarcível, entretanto, nunca coincidiu – nem mesmo poderá coincidir, por ser muito mais restrita – com a acepção corrente ou comum da palavra “dano”, que compreende qualquer forma de modificação pejorativa. Afinal, para o Direito, nem todo dano é ressarcível; nem todo dano é, por assim dizer, injusto.<sup>19</sup>

Antes de mais nada, afigura-se imprescindível reprimir que a responsabilidade civil médica é subjetiva e, por conseguinte, o dano deverá ser fruto de ação ou omissão culposa (negligência, imprudência ou imperícia) que nasça o dever de reparar ou compensar os danos causados, ao passo que o regime jurídico de responsabilidade civil possui em seu bojo o princípio da reparação integral, significando dizer, portanto, que a responsabilização médica abarca na indenização por danos materiais e compensação por danos morais e estéticos.

Desta feita, tendo em vista a difícil tarefa do Poder Judiciário em arbitrar o *quantum* indenizatório nas relações médico-paciente, verificamos a relevância e importância da investigação do tema em apreço, ante a ausência de harmonização na fixação dos danos extrapatrimoniais por erro médico.

Essa ausência de harmonização é consequência da falta de critérios objetivos para a fixação dos danos extrapatrimoniais, ao qual compete, exclusivamente, ao Poder Judiciário. Por outro lado, entretanto, não é possível estabelecer uma tabela absoluta para a fixação dos danos, sob pena de não compensação razoável ao paciente vítima do evento danoso.

Para tanto, uma vez que o legislador não postulou os critérios objetivos, a análise jurisprudencial ganhou força para a busca de êxito do nosso estudo, mas, por outro lado, foi necessário delimitarmos o tempo de investigação e o espaço e, por isso, a escolha do Superior Tribunal de Justiça, já que existe uma competência uniformizadora de jurisprudência, além de filtrarmos a busca em decisões mais recentes, entre os anos de 2019 a 2021.

Com esse recorte metodológico aqui proposto, além de traçamos um panorama da responsabilização por erro médico a partir da escolha das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, estabelecemos as tendências e problemas que necessitam ser solucionados para alcançarmos a visão panorâmica da jurisprudência acerca do *quantum* dos danos oriundos

---

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

de erro médico. De outra parte, os aspectos adentrados e concentrados foram os critérios relativos à fixação dos danos extrapatrimoniais do erro médico.

O dano causado em razão da atuação médica pode ser patrimonial, classificado como lucro cessante ou dano emergente; e, extrapatrimonial, se subdividindo em danos morais, oriundos do abalo psicológico, e, estéticos, sendo qualquer alteração morfológica da vítima.

Com relação aos danos materiais, elencados no artigo 948 do Código Civil<sup>20</sup>, entendemos não ter problemas para arbitrar o seu montante, já que deve reparar o prejuízo sofrido ou o que se deixou de auferir, em clara consonância com os danos emergentes e lucros cessantes<sup>21</sup>. Argui o artigo 949<sup>22</sup> do Código Civil que, sendo a lesão for contra saúde, o ofensor indenizará a vítima de qualquer prejuízo sofrido e das despesas do tratamento, bem como dos lucros cessantes até a sua recuperação integral.

À luz desses critérios, o Superior Tribunal de Justiça<sup>2324</sup> estabeleceu parâmetros para a fixação dos lucros cessantes nos casos de homicídio por erro médico além do pensionamento mensal em 2/3 de um salário mínimo para os parentes da vítima falecida, desde que seja comprovada a dependência e hipossuficiência econômica. Ulteriormente, esse *quantum* será minorado para 1/3 quando a vítima completar 25 anos, idade que comumente a pessoa constitui nova família, devido até a data que a vítima completaria seus 65 anos.

A dependência econômica dos familiares, por sua vez, é determinante para a fixação dos lucros cessantes, e, por isso, algumas presunções são estabelecidas para respeitar esse critério.<sup>25</sup>

Ademais, encontramos uma exceção da inteligência do artigo 3º, inciso III, na Lei 8009/90<sup>26</sup>, qual seja, o bem de família pode ser utilizado para o pagamento dos lucros cessantes

---

<sup>20</sup> “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.”

<sup>21</sup> “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

<sup>22</sup> “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp: 1824691 SP*. 2019/0151790-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 01/10/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgRg no AgRg no REsp 1483628-MG*. RECURSO ESPECIAL. 2014/0200313-1. Relator Ministro MOURA RIBEIRO. Data do julgamento: 19/03/2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

<sup>25</sup> ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 41.

<sup>26</sup> “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos,

pertinentes aos alimentos indenizatórios, pois conquanto seja indenização, possuem natureza alimentar.

Uma vez apresentados os balizamentos utilizados para a fixação dos danos materiais, analisaremos a fixação do importe indenizatório dos danos extrapatrimoniais, tarefa mais complexa do tema em apreço. Ressalta-se, desde já, que o ordenamento jurídico brasileiro não possui norma específica que regulamente a fixação dos danos extrapatrimoniais, sendo o artigo 944<sup>27</sup> um dos poucos momentos onde o legislador tratou do valor indenizatório, porém, conta com normas também capazes de fundamentar a compensação pecuniária para as vítimas de erro médico.

Esse critério, se objetivamente considerado, deve observar a natureza do dano, a possibilidade ou não de recuperação, o risco de agravamento no tempo, sequelas, consequências físicas, psíquicas e sociais desse dano e até a capacidade de resiliência da vítima<sup>28</sup>.

Na responsabilidade civil por danos materiais pode reparar propriamente o dano, com o ressarcimento do prejuízo suportado pela vítima, devendo cumular-se os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, formando um tríplice. Sendo assim, para o cálculo utilizado para a determinação dos danos extrapatrimoniais não se deve utilizar o montante já estabelecido a título de danos materiais para majorar ou minorar o valor dos danos morais e estéticos, haja vista a discrepância dos fundamentos.

Em outras palavras, conquanto a condenação por danos materiais seja irrisória ou elevada, não é indubitável que influencie o julgador no momento de calcular os danos extrapatrimoniais, já que as dificuldades imputadas por este dano precisam de uma análise mais detalhada e não podem ser confundidas.

Outra polêmica recorrente é a consideração do contexto financeiro das partes, que acaba sendo um critério subjetivo para fixar o *quantum* indenizatório, porém é uma distorção do próprio fundamento teórico da responsabilidade civil. Nessa linha de raciocínio, urge asseverar que: se a pessoa vive em más condições econômicas, não significa que ela está fadada de apresentar sempre para tais condições.<sup>29</sup> Nesse mesmo sentido, encontramos outro julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>30</sup>.

---

sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida.“

<sup>27</sup> “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

<sup>28</sup> ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 43.

<sup>29</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003. p. 301.

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp: 951777-DF*. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Data de Julgamento: 19/06/2007. Data de Publicação: 27/08/2007. Disponível em:

Dessa forma, não é correto que a condição econômica da vítima seja levada em consideração no momento de fixar o *quantum*, pelas razões já arguidas, porém, de outro viés, pode ser considerada a condição financeira de quem causa o dano, pois a quantia arbitrada pode importar na sua miserabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça utiliza-se do método bifásico para quantificar os danos extrapatrimoniais, o qual resulta na reunião de dois critérios, sendo a valorização sucessiva das circunstâncias e do interesse jurídico lesado. Assim, o método bifásico inicialmente alcança o montante que se fixa para casos assemelhados e posteriormente agregam-se as circunstâncias específicas do caso em tela, majorando ou minorando o valor básico encontrado na fase inicial.

Com o Código de Processo Civil, especificamente em seu artigo 292, inciso V,<sup>31</sup> afetou o método bifásico já que o magistrado, na primeira fase, verificará o valor normalmente arbitrado, limitado ao valor da causa. Entretanto, se o advogado fizer um pedido de compensação de danos morais inferior ao patamar arbitrado pelo Tribunal, o juiz não está apto a elevar a condenação a um valor que ultrapasse o pedido na exordial.

Nessa toada, estabelece o Superior Tribunal de Justiça o seguinte parâmetro: a indenização por dano moral decorrente de morte de aos familiares da vítima é admitida, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos.<sup>32</sup> Embora exista esse parâmetro apresentado pelo corte, não se trata de tabela de danos extrapatrimoniais, por isso a variação no *quantum*.

Vale destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos pacientes em estado vegetativo em razão do erro médico, qual seja, considerar que tão grave quanto a morte, se não mais, tendo em vista a dor dos familiares em cuidar do paciente querido naquela situação, bem assim presenciar o seu sofrimento intenso.

Poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame, (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque.<sup>33</sup>

---

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021. p. 252.

<sup>31</sup> “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;”

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *AgRg no AREsp 514556/SP*. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data de Julgamento: 16/09/2014. Data de publicação: 20/10/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

<sup>33</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v. p. 67.

Analisando a conjuntura específica do nexo causal, exaramos que se encontra entre a causa e efeito pertinente a conduta praticada pelo agente e o dano sofrido pela vítima. Assim como a conduta humana e o dano, o nexo causal faz-se essencial para caracterizar a responsabilidade civil, ao passo que também está presente em todas as suas modalidades.

Sob outras palavras, o nexo causal é o liame que une a conduta do agente (ação ou omissão), ao dano.

Para tanto, existem três principais teorias que explicam o nexo de causalidade: 1) teoria da equivalência de condições “*conditio sine qua non*”; 2) teoria da causalidade adequada; 3) teoria da causalidade direta ou imediata. Apontamos, desde já, que dentre as inúmeras teorias existentes, a que foi abraçada pelo Código Civil de 2002 foi a do dano direto e imediato, na vertente da causalidade necessária, conforme expresso no artigo 403<sup>34</sup> do referido *códex*. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal num acórdão paradigmático de 1992 (RE 130.764), sua principal formulação teórica no Brasil é atribuída a Agostinho Alvim, que redigiu acerca do tema na vigência do Código Civil anterior.

Entretanto, na prática, o aplicador do direito, tentando beneficiar a vítima, imputa o dever de reparar o dano de maneira discrepante ao da teoria adotada pela legislação em vigor. A partir desse momento, caímos nos domínios da “teoria do resultado mais grave”, cristalizada pelas expressões inglesas “*The Thin Skull Role*”.

Em outras palavras, destarte, se o agente deu causa a um resultado gravoso, mesmo não podendo visualizar a sua responsabilidade segundo as três teorias convencionais apresentadas, seria justo que compensasse a vítima.

Na esteira desta teoria, muito embora não seja a adotada pelo Código Civil em vigor, por vezes, a teoria do resultado mais grave é aplicada com intuito de evitar que a vítima não receba uma justa indenização. Assim, o clássico exemplo<sup>35</sup> em que: o cidadão “dá um leve tapa” na cabeça da vítima e esta vem a óbito por conta de uma fragilidade craniana, pelas teorias convencionais, até mesmo pela ausência de previsibilidade, não deveria o sujeito responder pela morte.

Frisa-se, ademais, a importância do estudo das concausas, que nada mais é o acontecimento anterior ou superveniente que deflagrou a cadeia causal, acrescentando-se a este, em direção ao evento danoso.

---

<sup>34</sup> “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

<sup>35</sup> GOUVEIA, Cardoso apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 522.

Outrossim, trata-se de uma causa que, ao juntar-se à principal, concorrerá para a produção do resultado. Causa esta que não interrompe o nexo causal e tampouco inicia, colaborando apenas para o seu reforço.

De maneira geral, as concausas, quando preexistentes ou concomitantes não desfazem o nexo causal, mantendo, portanto, a obrigação de indenizar. Porém, em se tratando de concausa superveniente, a causalidade poderá ser rompida se esta, por si só, causar o evento danoso.

Partindo para o último elemento, a culpa, precisaremos, desde já, esclarecer que diferente dos outros componentes mencionados, ela não se aplica a todas as modalidades de responsabilidade civil. Temos duas modalidades de culpa a serem estudadas: a culpa *lato sensu* (dolo), a qual é voluntariamente alcançada para obter a violação do dever jurídico, e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia e negligência.

A negligência é a ausência do emprego das precauções indispensáveis para a prática de determinados procedimentos, traduzida pelo desleixo, falta de atenção e descaso na atuação da atividade desempenhada.

De outra parte, a imperícia, em suma, é a ausência e incapacidade de aplicação dos conhecimentos científicos e técnicos acerca da atividade exercida, podendo até ser entendida como o desempenho de uma profissão desconhecida pelo agente, a qual revela inaptidão integral para fazê-lo, como é o caso do famoso “Dr. Bumbum”<sup>36</sup>, que foi indiciado quatro vezes pela Polícia Civil do Distrito Federal por exercício ilegal da medicina e por crime contra o consumidor.

Transladando-se esse entendimento para o âmbito das cirurgias plásticas estéticas, especificamente no caso do “Dr. Bumbum”, mencionado acima, é correta a postura do requerente na ação de responsabilidade civil ao qual fundamentou-se a culpa do erro médico na imperícia, em razão da sua ausência e incapacidade de aplicação das técnicas da atividade exercida.

Finalmente, com relação a imprudência, é caracterizada pela ausência do dever de cautela e adoção das práticas e procedimentos primordiais para àquele tratamento, sendo, destarte, a falta de moderação e precipitação sobre o bom senso e profissionalismo do *expert*.

Como arguido *a priori*, verificamos que para obter a reparação do dano em consonância com a teoria subjetiva, é necessário provar o dolo ou a culpa do agente. Contudo, o direito positivo admite e usufrui a responsabilidade objetiva que é fundamentada pela teoria do risco.

---

<sup>36</sup> QUEM é o 'Doutor Bumbum', médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente. *BBC News Brasil*, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>. Acesso em: 03 maio 2021.

A culpa *lato sensu* não é imprescindível ao ato ilícito, pois a Lei Civil admite a responsabilidade objetiva, onde a culpa é substituída por risco. Os arts. 186 a 188 devem ser interpretados em conjunto com o parágrafo único do art. 927, que admite a responsabilidade de quem, sistematicamente, cria o risco.<sup>37</sup>

Posto isto, torna-se indubitável que a culpa, em casos específicos na legislação, não é essencial para caracterizar a responsabilidade civil.

Importante abordarmos, ainda, a questão relacionada a prova da culpa. Nos casos de responsabilidade contratual em que houver o inadimplemento, a culpa do agente é presumida, cabendo a ele provar o contrário e, na extracontratual, o ônus é de quem alega, ou seja, da vítima lesada.

A fim de somar mais ainda conteúdos primordiais ao estudo dos casos de erro médico em cirurgias plásticas, frisa-se que relativamente à responsabilidade contratual uma distinção deverá ser demonstrada. Nos contratos de meio, o ônus da prova é da vítima lesada, devendo, portanto, demonstrar que o agente praticou ação ou omissão voluntária ou culposamente. Porém, ao tratarmos de contrato com obrigação de resultado, em que a parte se obriga a alcançar fins de interesse e envidar esforços, caberá ao agente provar a sua ausência de culpa pelos danos examinados.

À luz de tal inteligência, uma vez inseridos em todos os elementos de responsabilidade civil, adentraremos ao estudo das suas excludentes no próximo tópico.

#### 1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desta feita, alicerçando-se nas premissas teóricas lançadas acima, notadamente no que diz respeito as espécies e elementos de responsabilidade civil, faz-se imprescindível, ainda, antes de se proceder ao exame aprofundado da medicina e da responsabilidade civil médica, que são alguma das linhas mestras deste estudo, adentrar no universo das excludentes da responsabilidade civil, bem como avaliar e expor, detalhadamente, as suas hipóteses conforme a doutrina, bem como a incidência na prática.

Tal análise se mostra salutar, pois, em diversos casos por erro médico, sendo em cirurgias plásticas ou não, o profissional da saúde não é imprudente, negligente ou imperito, e o resultado acaba sendo adverso do esperado por outros motivos, como por exemplo a culpa da vítima.

---

<sup>37</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.

Somente aduzindo este assunto detalhadamente será exequível afastar raciocínios falhos e equivocados acerca dos processos de indenização por erro médico, os quais alguns são no sentido de que a regra é o médico deve sempre ressarcir o paciente quando ocorrer resultado diverso do esperado.

Assim, iniciaremos as causas de excludente da responsabilidade civil tratando da culpa exclusiva da vítima, a qual o causador do dano será mero instrumento do acidente, não havendo, destarte, liame de causalidade entre o ato danoso e o prejuízo da vítima. Transladando-se tal raciocínio a um prisma mais prático, isto é, trazer estudo jurisprudencial atualizado e cotidiano, junta-se pesquisa feita junto ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo, com filtro “culpa exclusiva da vítima”, onde obtivemos 32223 resultados<sup>38</sup>.

Embora tenhamos encontrado inúmeros julgados na nossa pesquisa jurisprudencial, escolhemos esse em virtude da clareza que a ementa presenteia, esclarecendo os principais motivos pelos quais houve o não provimento da apelação, como por exemplo “Prova dos autos, documental e oral, que confirma a culpa exclusiva da vítima”, bem como “Culpa exclusiva da vítima configurada nos autos, que constitui hipótese de excludente de responsabilidade civil e afasta o dever de indenizar, ante o rompimento do nexa causal”. Ademais, é um caso extremamente didático que faz o leitor compreender facilmente um exemplo na prática em que ocorre a excludente da responsabilidade civil. Por fim, importante frisar a data de julgamento do v. acórdão, 09/02/2021, que é muitíssimo recente e atualizada.

Trata-se de apelação interposta pela autora da ação, pois, indignada com a improcedência dos pedidos em primeiro grau, na ação de indenização por danos materiais e morais, pretendia a reforma da r. sentença. *In casu*, entendeu o relator do caso que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que mesmo ciente das obras realizadas no condomínio, não tomou os devidos cuidados imprescindíveis, motivo pelo qual afastou-se o dever de indenizar por parte da ré, ora apelada.

Desta feita, a exclusiva atuação culposa da vítima tem a capacidade de quebrar o nexa de causalidade, escusando o causador da obrigação de indenizar. A hipótese não constava expressamente no Código Civil anterior, de 1916, porém, a jurisprudência e a doutrina, junto com a legislação extravagante, consolidaram essa excludente de responsabilidade civil.

---

<sup>38</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1027656-82.2017.8.26.0562*. Relator: Alfredo Attié. Julgado em: 09/02/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5149A45C09.cjsjg1> Acesso em: 16 fev. 2021.



Além disso, urge salientar que em alguns casos a vítima possui uma culpa parcial ou concorrente com o causador do dano. Nesse diapasão, autor e vítima cooperam, ao mesmo tempo, para a produção do fato danoso e, por conseguinte, a indenização poderá ser reduzida pela metade,  $\frac{1}{4}$  ou  $\frac{2}{5}$ , conforme o caso.

Sob esse prisma, dispõe o artigo 945 do Código Civil, *in verbis*: 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<sup>39</sup>.

Mas note-se que somente se houver atuação exclusiva da vítima haverá quebra do nexo causal. Como vimos linhas acima, havendo ocorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, como regra geral, ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito.<sup>40</sup>

Um exemplo clássico trazido pela doutrina de culpa exclusiva da vítima é a hipótese que um sujeito dirigindo seu veículo em consonância com as regras de trânsito, depara-se com um sujeito arremessando sob as suas rodas, com intuito de suicidar-se e, por consequência de tal ato, vai a óbito. Por óbvio, a culpa não será atribuída ao motorista, mas sim ao suicida, que é a vítima.

Nos casos de erro médico em cirurgia plástica com obrigação de resultado, é corriqueiro a vítima não obter o resultado esperado em virtude de não se utilizar dos cuidados necessários como medicamentos e repouso absoluto, por exemplo. Nessas hipóteses, tendo o profissional da saúde feito os procedimentos corretamente, não terá obrigação alguma de indenizar o paciente.

A partir daí, passaremos a analisar a próxima causa de excludente da responsabilidade civil: caso fortuito e força maior. Inicialmente, vamos distinguir essas duas figuras.

Na força maior é conhecido o motivo do acontecimento, vez que se trata de um fato da natureza, *exempli gratia* chuva forte que provoca inundação que danifica produtos e impede a entrega de mercadorias; um raio que provoca incêndio ou acarreta em prejuízos milionários. Por outro lado, o caso fortuito decorre de fato alheio à vontade da parte, como por exemplo motim, greve e guerra.

Ambos, como afirmado anteriormente, são excludentes da responsabilidade civil pois afetam a relação de causalidade, na medida que rompem o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

---

<sup>39</sup> “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.”

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v. p. 162.

Dois conceitos, por conotarem fenômenos parecidos, servem de escusa nas hipóteses de responsabilidade informada na culpa, pois, evidenciada a inexistência desta, não se pode mais admitir o dever de reparar.<sup>41</sup>

Para tanto, exige-se a presença de alguns requisitos sendo eles: 1) o fato deve ser inevitável; 2) o fato deve estar fora do alcance do ser humano; 3) o fato deve ser necessário e não pode ser caracterizado pela culpa, pois, se há culpa, não há caso fortuito.

Ademais, cristaliza o Enunciado 443 do Conselho de Justiça Federal (CJF): O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes a responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.<sup>42</sup>

De qualquer modo, o caso fortuito e a força maior partem de fatos estranhos e alheios à vontade do agente, de modo que haverá o rompimento do nexos causal e, conseqüentemente, o afastamento da obrigação indenizatória. Ressalta-se, ademais, que a ideia desta excludente de responsabilidade vale tanto para a responsabilidade contratual, quanto para a extracontratual.

Seguindo tal ordem de ideias, passaremos a vislumbrar, a excludente de cláusula de irresponsabilidade ou de não indenizar. Trata-se de modalidade prevista apenas no âmbito contratual, ao passo que esta cláusula é uma espécie de acordo entre as partes será afastada as conseqüências da execução inadequada do contrato celebrado.

Conquanto seja muito discutida a validade desta cláusula, pois muitos entendem que ela é imoral, acreditamos, acima de tudo, no princípio de autonomia entre as partes, vez que são livres para contratar, desde que o objeto do contrato seja lícito. No entanto, as legislações civilista e consumerista em vigor não simpatizam com esta cláusula não indenizatória.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, inciso I<sup>43</sup>, mostra a sua posição quanto a referida cláusula, sendo ela contrária. Entretanto, no mesmo dispositivo verificamos uma “abertura” legal no sentido de limitar a responsabilidade indenizatória nas situações em que o consumidor seja pessoa jurídica, porém, o mesmo não vale para consumidor que seja pessoa natural.

Nessa toada, embora pesquisado na jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros assuntos relacionados a cláusula supramencionada, alterando, inclusive, inúmeras vezes os

---

<sup>41</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 288.

<sup>42</sup> Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356> Acesso em: 17/02/2021.

<sup>43</sup> “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;”

filtros de pesquisa, não logamos êxito em encontrar a sua incidência nos casos por erro médico em cirurgia plástica, temática principal deste trabalho.

Outra excludente da responsabilidade civil é a prescrição, a qual está elencada no Código Civil em seu artigo 206, §3, inciso V<sup>44</sup>.

Antes de mais nada, importante frisar o seu significado e o termo inicial da sua contagem. Nesse sentido, prescrição é a perda de pretensão de reparação de direito violado e possui termo inicial é a data da autoria e do dano.

Outrossim, estando prescrita a pretensão de reparação de danos, resta afastada qualquer possibilidade de recebimento de indenização. Entretanto, conquanto esteja elencada no dispositivo supramencionado, a qual verificamos o prazo de 3 anos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento que a busca pela reparação civil contratual é de dez anos, obedecendo a regra do artigo 205 do Código Civil.<sup>45</sup>

Urge salientar, porém, que o prazo prescricional da responsabilidade civil extracontratual continua abarcado no dispositivo excepcional, a saber, o do artigo 206, §3º, inciso V, ou seja, de 3 anos.

Transladando-se para outro prisma, mas ligado ao tema central deste tópico, as excludentes de responsabilidade civil, adentraremos ao estudo do fato de terceiro. De proêmio, insta lembrar que em matéria de responsabilidade civil, predomina o princípio da obrigatoriedade de o causador do dano repará-lo, ou seja, a culpa de terceiro não exonera o causador do dano de indenizar.

Até se tentou pacificar a questão também em relação à responsabilidade civil contratual, por meio do Enunciado nº 419 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado em novembro de 2011<sup>46</sup>. Na época, o intuito era regularizar as pretensões fundadas em ambas responsabilidades, contratual e extracontratual, porém, concluímos, com base no exposto, que a divergência persistiu.

O assunto em questão vem regulado de forma indireta pelos artigos 929 e 930 do Código Civil, sendo que o último estabelece a ação de regresso contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver o montante despedido no ressarcimento ao dono da coisa. Como arguido

---

<sup>44</sup> “Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;”

<sup>45</sup> “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

<sup>46</sup> MATSUBARA, Patrícia; REIS, Iuri. STJ Prestigia segurança jurídica e pacifica prazo prescricional de 10 anos na responsabilidade civil contratual. Machado Meyer, Inteligência Artificial, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-de-disputas-ij/stj-prestigia-seguranca-juridica-e-pacifica-prazo-prescricional-de-10-anos-na-responsabilidade-civil-contratual#:~:text=A%20discuss%C3%A3o%20se%20restringe%20exclusivamente,prescricional%20%C3%A9%20de%20tr%C3%AAs%20anos>. Acesso em: 17 fev. 2021.

anteriormente, esses dois dispositivos não se referem expressamente à culpa exclusiva de terceiro, todavia, indiretamente, aderem a possibilidade da culpa e responsabilidade de terceiro.

Caso um fato de outrem acarrete em um dano que envolva uma clara imprevisibilidade, necessidade e, acima de tudo, marcada inevitabilidade sem que intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto consubstanciado pelo fato de terceiro, obviamente que não há motivo para que não se equiparasse ele ao fortuito. Precisamos ter em mente que somente pela circunstância de se tratar de um fato de terceiro não o tornaria equipolente ao *casus* ou *vis major*.

Tão somente quando o fato de terceiro se equiparar ao caso fortuito ou força maior é que a responsabilidade civil do causador do dano poderá ser excluída. Em outras palavras, além do ato de terceiro, sendo este exclusivo, fazer desaparecer a relação de causalidade entre ação e omissão do agente do dano, caso revista as características do caso fortuito ou força maior, sendo imprevisível e inevitável, haverá a exclusão da responsabilidade.

Nessas linhas apresentadas, haja vista a importância da responsabilidade civil para o tema em apreço, bem como o seu exame mais aprofundado, passaremos à análise dos elementos da responsabilidade civil médica, caminhando mais ainda à especificidade do objeto de estudo deste trabalho.

## 2 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

### 2.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Estando inseridos no pensamento tecido nos subtópicos acima a respeito da responsabilidade civil de maneira geral, bem como perfazendo-se entendidos o seu lineamento histórico, elementos e espécies, passamos a estreitar nosso estudo a partir da análise da responsabilidade civil médica, antes de chegarmos ao estudo do erro médico em cirurgias plásticas.

Antes de mais nada, passaremos à uma breve análise do esboço histórico da responsabilidade civil médica, a qual nos permite mostrar que o erro médico já era de certa forma sancionado e, especificamente obteve seus primeiros fragmentos com previsão de pena de morte ou deportação do profissional, na antiga Roma, com a *Lex Aquila*. Ou seja, verificamos que há mais de 1.500 anos já se legislava perante a imperícia médica, bem como de sua responsabilidade pelos danos causados por ausência ou falha de habilidade.

Hodiernamente é indubitável que a responsabilidade civil médica possui natureza contratual, pois o simples fato de atender o paciente, há a formação de um autêntico contrato. Outrossim, é cediço que a responsabilidade civil dos médicos, além de contratual, também é subjetiva e a dos estabelecimentos médico-hospitalares decorre de culpa na conduta de seus prepostos.

Ao se afastar dos cânones da medicina, previstos para determinada hipótese, e caso daí sobrevenha dano, o médico agirá culposamente.<sup>47</sup>

A prestação de serviços médicos não é uma operação matemática em que o profissional afirma, *a priori*, a cura do indivíduo, dada a sua condição, em regra, da obrigação de meio. Por essa razão, a responsabilidade civil médica decorre de culpa corroborada, ao passo que se não provada a imprudência, imperícia, negligência e nem erro grosseiro, afasta-se a responsabilidade do *expert* da medicina.

Transladando-se para o Código de Ética Médica<sup>48</sup>, verificamos um raciocínio na mesma toada do Código Civil e Defesa do Consumidor, no seu artigo 1º, parágrafo único<sup>49</sup>, o qual a

---

<sup>47</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 110.

<sup>48</sup> O vigente Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina, é a Resolução CFM nº1.931/2009 (publicada no *DOU* de 24-9-2009, Seção I, p. 90, com retificação publicada no *DOU* de 13-10-2009, Seção I, p. 173, tendo entrado em vigor em 13-4-2010).

<sup>49</sup> 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.

responsabilidade médica é pessoal e a culpa não pode ser presumida, além de ser essencial para a responsabilização de um possível dano, ao passo que deve decorrer de ação ou omissão, por imprudência, imperícia e negligência.

De outro prisma, a jurisprudência trata com enorme rigor a exigência da produção de provas, com alicerce na legislação civilista, no já mencionado artigo 951 e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. Importante salientar, ademais, que o profissional médico, certamente encontra-se em maiores condições de acostar nos autos os elementos necessários à análise de sua responsabilidade civil médica.

Em vista de tal ordem de ideias, o Código Civil acrescenta a existência de responsabilidade delitual dos médicos quando há negação de socorro, redigem atestados falsos e, por conseguinte, causam danos a outrem; um exemplo<sup>50</sup> disso é a presunção de culpa do médico que ordenou uma enfermeira aplicar determinada injeção em um paciente e dela resultou a paralisia do braço.

Ademais, caso o retardamento de cuidados médicos enseje algum dano ao paciente, poderá importar em responsabilidade pela perda de uma chance. Esta, por sua vez, consiste na interrupção, em virtude de determinado fato antijurídico, de um processo que caucionaria a uma pessoa a obter futuramente algum benefício e que, por esse motivo, a oportunidade ficou inexoravelmente destruída.

Nos casos em que há situação de perigo de vida, a realização de tratamento mesmo sem lograr êxito, com eventual óbito do paciente, não deverá ser imposta a responsabilidade civil do profissional tendo em vista que existe o risco da profissão e estará cumprindo o seu dever como médico, conforme pontua o Código de Ética Médica.

Ter a vida de outrem em mãos tendo que decidir os rumos e cuidados que serão tomados é uma atribuição espinhosa, a qual àqueles vocacionados se doam para a medicina e aceitam toneladas de fardos todos os dias como profissionais da saúde para tentar cessar o sofrimento de um paciente.

O próprio Código de Ética Médica nos faz entender que a luta pela preservação da vida não é simplesmente vestir um jaleco branco, instrumento de identidade pessoal dos médicos, mas sim uma regra para pautar conhecimentos nesta atividade tão essencial para a população.

Na esfera da responsabilidade profissional, ademais, o erro médico é motivo de muitas controvérsias, porém deve ser palpado antes de qualquer acusação, já que em certas ocasiões gera um resultado onde a culpa não é do profissional de saúde e, mesmo assim, a parte ingressa

---

<sup>50</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 4 v. p. 499.

com ação indenizatória. Por isso a prova de culpa dentro das modalidades já citadas (imprudência, negligência e imperícia) é extremamente importante.

No âmbito de erro médico, podemos dizer que existem dois tipos de resultado adverso: de ordem pessoal e de ordem estrutural. O primeiro, caracteriza-se quando o ato lesivo se deu por responsabilidade exclusiva do médico, por qualquer motivo que seja, enquanto o segundo é motivado por causas funcionais ou estruturais, onde a profissão é exercida em condições precárias que favorecem efeitos danosos aos pacientes, haja vista o descaso do governo com a população nas questões de saúde pública.

Dessa ordem de ideias e avaliando-se, à luz do ordenamento constitucional brasileiro em vigor, evidencia-se que as garantias constitucionais são de máxima importância para a consagração dos elementos e condições da existência humana, quais sejam, à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde, remetidos expressa e recorrentemente na Carta Magna.

Nesse viés, por meio de um exame de todos os direitos e garantias fundamentais cristalizados na Constituição Federal, verifica-se a proteção à dignidade humana, taxada como princípio fundamental, em consonância com o artigo 1º, III, bem como à vida, elencada no artigo 5º, *caput*, e à saúde, conforme prevista no artigo 6º, *caput*, as quais estão inerentemente correlacionadas entre si, bastando concluirmos que a saúde tem por pressuposto a vida e se potencializa com condições dignas e qualitativas de vida.

Existem alguns Princípios Fundamentais que integram tanto a medicina quanto o seu *códex* supremo, o Código de Ética Médica, e seguem no propósito de manter e harmonizar a dignidade profissional, o interesse da sociedade, dos pacientes e as exigências de ordem pública. Corolários de um compromisso histórico, os Princípios Fundamentais têm o intuito de demonstrar que os seres humanos, sem distinção e limitação de qualquer natureza, dispõem do direito à saúde e à vida que lhe permita um bem-estar compatível com o mínimo existencial e com à dignidade humana.

À luz desta postura, o Código de Ética Médica não se restringe somente ao tratamento de doenças, mas a propostas para favorecer a saúde do ser humano, na medida que o profissional de saúde não deterá o plano curativo e individual se não promover o bem-estar geral da coletividade.

Neste norte, portanto, entendemos que a prestação de cuidados e curativos preventivos equitativa e universal para a população é uma questão de justiça social, que não pode ser considerada fundamental e dever do Estado apenas constitucionalmente, mas também na prática, já que se trata da vida, saúde e integridade da pessoa.

Em decorrência da responsabilidade profissional do exercício da medicina, o médico é subordinado a inúmeros deveres e obrigações morais dos quais o não cumprimento acarretará em consequências normativas impostas pelo Código de Ética Médica. Nada obstante a isso, também estará subordinado à ordem jurídica a qual o médico responderá pelas sanções ali previstas, vez que a questão vai muito além da responsabilidade de moral pois atinge o respeito humano e interesses de ordem pública.

Esta responsabilidade moral está gravada na consciência do médico pelo mais tradicional dos seus documentos, o *Juramento de Hipócrates*, e cobrada pelos membros da sociedade, que esperam do profissional o respeito à tradição que consagrou a medicina como um bem comum, desde os tempos imemoriais.<sup>51</sup>

A partir de tal enfoque, o Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina do Brasil adotou um sistema cujo entendimento é no sentido de que a responsabilidade moral tem seus princípios na obrigação natural e está elencada na consciência individual, bem como na “lógica deontica”, haja vista a complexidade e o número de obrigações e deveres do desempenho funcional. Por sua vez, o princípio da responsabilidade jurídica está ligado com a alteração do equilíbrio social gerado pelo prejuízo causado, ao passo que a responsabilidade civil possui o encargo de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pelo autor do dano.

Assim, o termo “responsabilidade” pode ser empregado tanto no sentido moral como no sentido legal, visto que, em se tratando do exercício de uma profissão liberal, intrincam-se necessariamente os valores éticos e legais, pois as regras jurídicas não podem dissociar-se das regras de ordem moral.<sup>52</sup>

Transladando-se a análise para o papel do Poder Judiciário no tema em apreço, o Supremo Tribunal Federal, em especial, coleciona julgados que conferem maior proteção aos direitos e garantias fundamentais dos direitos à dignidade humana, à saúde e à vida, da mesma maneira como julga o efeito dos direitos humanos *non cliquet*<sup>53</sup>, os quais as garantias e direitos fundamentais não podem ser restringidas, ou ab-rogadas da ordem constitucional em vigor, sob pena de ofender o Estado Democrático Constitucional e Social de Direito.

---

<sup>51</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 60.

<sup>52</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 60.

<sup>53</sup> A expressão “cliquet” é de origem francesa, empregada pelos alpinistas para significar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder, devendo prosseguir sempre para cima, designando um movimento em que só é permitida a subida no percurso. Cf. ALBANESI, Fabrício Carregosa. O que se entende por efeito “cliquet” nos direitos humanos? *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 09 mar. 2021.



A obrigação do médico profissional, em regra, é obrigação de meio, incumbindo-lhe em cuidar adequadamente do paciente, valendo-se de todos os conhecimentos técnicos e de elementos científicos disponíveis e corretos para o tratamento. Isto porque indispensável a noção da culpa, e nem poderia ser diferente nos hospitais públicos, quando o nexo causal que se pretende provar é o da conduta do funcionário médico, no exercício da medicina, e o evento danoso. Todavia, serão civil e penalmente responsabilizados somente quando houver incidência de culpa em razão de negligência, imprudência e imperícia.

Destarte, fica claro que a exceção é a obrigação de resultado, é caso, por exemplo, dos cirurgias plásticas, cuja atuação não se limita em cuidar adequadamente do paciente, valendo-se de todos os conhecimentos técnicos e de elementos científicos disponíveis e corretos para o tratamento, mas também ao desenvolvimento de uma conduta para obtenção de um resultado. Urge salientar, entretanto, que as cirurgias plásticas reparadoras entram na regra, que é obrigação de meio.

De outra banda, importante consignarmos também neste capítulo a responsabilidade civil imputada aos hospitais.

Uma vez que a conduta do médico deve necessariamente ser culposa em razão da sua responsabilidade civil ser subjetiva, a do hospital exsurge como uma responsabilidade objetiva que prescinde da comprovação de culpa, conforme a inteligência dos artigos 932, inciso III<sup>54</sup> e 933<sup>55</sup>, ambos do CC, bem como o 14<sup>56</sup> do CDC, porém, existem algumas questões importantes para serem analisadas.

Nos casos em que o médico esteja vinculado ao hospital, seja por vínculo empregatício, por sociedade ou integrante do corpo clínico, o estabelecimento hospitalar responderá solidariamente pelos atos culposos de seu preposto. Ressalta-se, além disso, que o hospital não poderá ser compelido a indenizar, exceto se a culpa do médico preposto restar indiscutivelmente clara.

Todavia, quando o médico não for empregado do hospital, a responsabilidade do estabelecimento, transmuda-se para caráter subjetivo, dependendo da comprovação de culpa do hospital, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>57</sup>, se configurando em

---

<sup>54</sup> “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

<sup>55</sup> “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

<sup>56</sup> “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1579954/MG*. RECURSO ESPECIAL 2016/0020993-7. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 08/05/2018. Data

solidariedade nos termos do artigo 25, parágrafo primeiro do CDC<sup>58</sup>, se demonstrada a culpa médica.

Nesse diapasão, simplesmente o fato do hospital ceder, a título oneroso, suas instalações para o médico que não mantém nenhuma espécie de vínculo com a instituição, não o torna corresponsável junto ao médico. Nesse sentido, para complementar nosso trabalho, pesquisamos jurisprudências atualizadas acerca do tema, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colocando o filtro “Erro médico evidenciado. Obrigação de indenizar do hospital”, onde obtivemos 5762 resultados. A pesquisa demorou 0.359 segundos<sup>59</sup>.

Conquanto tenhamos encontrado inúmeros julgados na nossa pesquisa jurisprudencial, escolhemos esse em virtude de uma observação feita pelo ínclito relator do processo que nos chamou atenção. No teor da decisão, ressaltou que o hospital será parte legítima para responder pelos danos somente quando o paciente tiver se submetido à intervenção cirúrgica em suas dependências e, ademais, em decorrência de erro médico se o *expert* for vinculado de proposição ou integrar a estrutura do hospitalar.

Assim, entendemos que caso sobrevenham danos ao paciente, é medida de rigor verificar a origem deste dano: se causado pela atuação do médico, ou se oriundos da hospitalização, como por exemplo em decorrência da ministração de medicamentos errados, sangue contaminado ou equipamentos deteriorados, etc, fora do alcance do médico. Em outras palavras, o médico responderá pelos danos causados em virtude da sua própria atuação, ao passo que pela atuação dos funcionários, enfermeiros, técnicos de enfermagem ou falha de algum equipamento, responderá o hospital.

Para a consecução e realização de todo esse ideário proposto para ser estudado neste trabalho, faz-se imprescindível que a relação médico-paciente seja transparente, confiável e ética. Justamente daí, estudaremos a seguir principalmente o direito à informação, a qual está diretamente ligado com a transparência do médico junto ao paciente e vice-versa.

## 2.2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

---

de publicação: 18/05/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia> Acesso em: 17/03/2021.

<sup>58</sup> “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

<sup>59</sup> RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consulta jurisprudencial. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscaassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscaassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa) .Acesso em: 23 mar. 2021.

Afigura-se fundamental analisar a relação entre médico e paciente, mormente quanto ao consentimento e a informação, elementos indispensáveis para este relacionamento que embora tenha surgido apenas no século passado por questões humanitárias, é hodiernamente reconhecido como direito personalíssimo. Visto isso, adentraremos a uma pequena análise histórica acerca do tema, fazendo uma espécie de linha do tempo desde o “nascimento” do consentimento e da informação dentro da relação entre médico e paciente.

A esse respeito, importante consignar que a relação médico-paciente passou por um amplo e exaustivo processo histórico, pois somente nos séculos V e IV a.C, Hipócrates, conhecido como “Pai da Medicina”, estabeleceu um método verdadeiramente científico de tratamento médico e, gradativamente, se distanciou do sacerdotismo. Dessa feita, cada vez mais predominava a ciência, perfazendo-se com que se modificasse e evoluísse alarmantemente desde a época do pensamento Hipocrático, sempre acompanhando a concepção da saúde, que deixou de se resumir à mera ausência de doenças e passou a englobar em uma ideia mais dinâmica e voltada para o bem-estar do homem.

Deixando para trás a Antiguidade, passamos pelo movimento humanista da cultura greco-latina, que marcou a transição para a Idade Moderna, até adentrarmos à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual estabeleceu direitos individuais e políticos juridicamente, com alicerce no dilema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Fato é, porém, que o processo de sofisticação da relação médico-paciente baseado no preceito da informação ao paciente e da obtenção de consentimento ainda havia muitos traços da Antiguidade. A consagração do consentimento e da informação como requisitos primordiais da relação médico-paciente se deu apenas em 1947 quando, cessada a Segunda Guerra Mundial, foi promulgado o Código de Nuremberg, com o intuito de impedir a experimentação humana sem o consentimento paciente, bem como de repudiar as teorias eugenésicas do regime nazista, determinando a transformação do paradigma do exercício da Medicina.

Gradativamente<sup>60</sup>, a obtenção do consentimento do paciente vai-se firmando não apenas como imperativo ético-moral relacionado ao exercício da Medicina, mas como requisito de validade dos atos e negócios representativos da relação entre médico e paciente. Finalmente, em 1981, a Associação

---

<sup>60</sup> “Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer tese ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento” (Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995).

Médica Mundial veio afirmar, por meio da Declaração de Lisboa, o direito que assiste ao paciente de “dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico”.<sup>61</sup>

Paralelo a isso, a jurisprudência inglesa, desde o século XVIII, já havia reconhecido o consentimento como indispensável para a relação médico-paciente, bem como direito personalíssimo.

Tal cenário revela, portanto, a necessidade indispensável de garantir a autonomia do paciente como uma maneira de desenvolver a soberania da pessoa sobre a sua própria vida e saúde, de modo a escolher qual intervenção submeterá. Assim, é indiscutível a presença do princípio do consentimento informado, sinteticamente previsto na inteligência do artigo 15 do Código Civil<sup>62</sup>, ratificado também em Resoluções e Conselhos Médicos, como o próprio Conselho Federal de Medicina, perfazendo-se indiscutível a exigência da prestação de informações claras e adequadas para o paciente.

Tendo em vista tais premissas, nasce o conceito binômio esclarecimento-consentimento, consagrado na esfera dos ensaios clínicos, os quais amplia seu conceito como pressuposto de uma nova compreensão das atividades de autodeterminação sobre o corpo em todos os âmbitos da medicina, como por exemplo em tratamentos clínicos e autonomia sobre a sexualidade e gênero.

As informações prestadas pelo médico dependem de esclarecimentos específicos em relação a cada caso e pessoa-paciente, não sendo suficiente, portanto, informações genéricas. Fazendo uma ponte com o referido raciocínio, verificamos que o binômio esclarecimento-consentimento atrai novas questões a serem analisadas, como os critérios para uma adequada prestação de informações, meios de demonstração de consentimento, natureza do dever de informação, a existência ou não da prestação do tratamento abarcar em uma obrigação de meio ou resultado, a diferenciação entre procedimentos terapêuticos e meramente estéticos, a personalização para pacientes com particularidades em decorrência da idade, maturidade, capacidade cognitiva e sofrimento psíquico.

Com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, a informação deve ser inteligível, clara e adequada, ao passo que conforme a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoas, regida sob nº 13.709/2018, o consentimento deve ser uma “manifestação livre, informada e inequívoca”.

---

<sup>61</sup> TEIXEIRA, Ivan Lobato Prado. *Capacidade e consentimento na relação médico-paciente*, 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 72.

<sup>62</sup> “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Para tanto, existem os elementos constantemente oferecidos pela literatura médica e jurídica, a qual identificamos como primordiais para a prestação do dever de informar e esclarecer acerca dos riscos existentes, das alternativas plausíveis e dos efeitos de cada procedimento médico. Com base em tais elementos, estabelecemos um conjunto de indagações que podem e, eventualmente, devem estar presentes no processo de informação para que seja preenchido corretamente o dever de esclarecer, quais sejam: Quais os riscos da realização do procedimento? Em caso de adiamento, quais as consequências? Há efeitos colaterais? Qual impacto de outro procedimento alternativo? Se não for realizado o procedimento, quais serão as consequências? Qual o tempo estimado de recuperação? Haverá restrições a qualidade de vida? Qual prognóstico usual? Finalmente, qual a chance de dar integralmente correto o procedimento?

A autonomia e autodeterminação do paciente ao consentir com as respostas de todas essas indagações abrange em escolhas difíceis, conforme o caso, como a possibilidade de recusar tratamentos e tomar decisões aparentemente ruins ou incomuns, consideradas fora do padrão esperado, a qual cabe ao médico incentivá-lo em alcançar a aderência ao tratamento e procedimento arguido.

Transladando-se este assunto também no âmbito da responsabilidade civil, podemos afirmar que a falta de consentimento ou insuficiência de informações ao paciente também é motivo para reparar. Ou seja, além da falha na intervenção corporal, também caberá o dever de indenizar nos casos em que houver ausência de consentimento ou prestação de informação adequada, clara e específica.

Isto porque, a Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XIV<sup>63</sup>, postula a todos o acesso à informação e resguarda o direito de sigilo, a qual também se aplica em relações médico-paciente, tendo em vista também a universalização do direito à saúde e à vida, advindos do binômio esclarecimento-consentimento que atrai critérios para uma adequada prestação de informações, meios de demonstração de consentimento, natureza do dever de informação.

Urge salientar, ademais, que o consentimento prestado adequadamente constitui em hipótese de excludente de responsabilidade civil.

Dando prosseguimento a todo entendimento já esboçado, trazemos à baila mais uma pesquisa jurisprudencial com intuito de demonstrar o funcionamento prático e usual do nosso

---

<sup>63</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

universo jurídico nos casos de reparação de danos oriundos da ausência de consentimento e informação. Por sua vez, há um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual encontramos dentro em um acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>64</sup>, local onde fizemos a pesquisa jurisprudencial aplicando os filtros: "ausência de informação" e "médico", obtendo o total de 2732 resultados.

Em apertada síntese, trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelos agravantes em virtude de procedimento cirúrgico de "talamotomia e subtalamotomia" realizado no terceiro autor, que agravou seu estado de saúde, o qual se recuperava de acidente automobilístico ocorrido em ano anterior. Os pedidos foram julgados improcedentes, seguindo-se apelação em que os autores alegaram o desrespeito ao dever de informação, por parte do *expert* da medicina, acerca dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Por sua vez, Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>65</sup> e dos Territórios, por maioria, negou provimento ao recurso em acórdão, mantendo a improcedência dos pedidos deduzidos na ação de indenização ante o exame minucioso do fático-probatório dos autos, concluindo que os autores foram informados acerca dos procedimentos cirúrgicos realizados, ainda que de modo verbal e que a prova técnica comprovou que não houve erro médico.

Entretanto, em sede de recurso especial, o relator reconheceu o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação, ressaltando que a falta de informação pelo médico ao paciente é considerada ilícito contratual, configurando culpa do profissional na modalidade da negligência, em razão da omissão no dever de informar.

Portanto, na moldura fática do acórdão recorrido, restou evidenciado no julgado em apreço o não cumprimento do dever de informação, mas tão somente a conclusão que tal dever teria sido satisfeito verbalmente, haja vista a presunção de que era normal na época essas informações serem prestadas dessa maneira, o que não é compatível com a gravidade de procedimentos em ambos os lados do cérebro.

Em casos clínicos mais graves, onde o paciente não possui "ação comunicativa", ou seja, possibilidade de cognição de mensagens em decorrência da sua incapacidade de agir, escolher e consentir, os médicos mesmo sem ter condições de prestar e veicular informações de

---

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1579954/MG. RECURSO ESPECIAL 2016/0020993-7*. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data do julgamento: 08/05/2018. Data de publicação: 18/05/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia> Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>65</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Consulta jurisprudencial. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao> Acesso em: 01 abr. 2021.

imediatamente, não se restringirão a proceder qualquer tipo de procedimento para salvar a vida do paciente, sob pena de colocar em risco a vida da pessoa. Nessa toada, a elaboração do discurso médico sobrepõe a qualquer direito de informação e consentimento na relação médico-paciente em virtude do direito à vida.

Nesse viés, inegável a importância deste subtópico para nosso estudo, pois emerge a imprescindibilidade da informação e consentimento nas relações entre médico e paciente, consagrada pelo Direito Pátrio como personalíssimo. Ademais, também aprendemos que a inadimplência de consentimento e informação adequada, clara e específica, são gatilhos que fundamentam o ingresso com ação indenizatória, exceto nos casos em que o foram prestados adequadamente ou, ainda, quando paciente se encontrar sem capacidade de agir, escolher e consentir.

Justamente à luz de todo exposto até aqui, avançaremos nosso estudo para a inversão do ônus da prova nos casos de responsabilidade civil por erro médico, eis que os pilares da relação médico-paciente já foram todos apresentados e estudados.

### 2.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Por sua vez, de enorme relevância dentro do fenômeno judicial, merece destaque este subtópico que versa sobre a inversão do ônus da prova nos casos de responsabilidade civil por erro médico, empreendida pelo Poder Público, o que se afigura corolário, nos termos já denotados, de uma maneira que favorece o autor da ação indenizatória nos casos de erro médico, já que na responsabilidade contratual em que houver o inadimplemento, a culpa do agente é presumida, cabendo a ele provar o contrário.

Entretanto, o médico tem como atuação profissional o corpo humano, e sempre está sujeito a riscos que escapam de seu controle, por mais impecável que seja sua atuação. Ademais, mister salientar que o resultado de qualquer tratamento ou cirurgia é também dependente do fator reacional e pessoal do paciente, ou seja, do pós-operatório. Desta feita, é injusto a acusação de culpa pela não obtenção do resultado almejado e, por isso, tamanha importância deste subtópico em apreço, ganhando destaque o sistema probatório nas ações de responsabilidade civil médica. Sendo assim, nosso escopo é analisar a questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por erro médico.

Dentro do curso do processo, a prova é a que mais influência para o juiz proferir a decisão processual e, conseqüentemente, a que busca mostrar a verdade material dos fatos

alegados pelas partes. No âmbito da responsabilidade civil médica, tudo é objeto de prova, desde os fatos alegados pelas partes, até os documentos juntados, perícia, imagens, vídeos, testemunhas, enfim, o que tenha pertinência com os pressupostos legais que ratifiquem a obrigação indenizatória.

Importante destacarmos a prova pericial, que por sua vez, é a mais certa e usufruída para demonstrar a ocorrência ou não do erro médico. Entretanto, alguns obstáculos assolam a sua realização, como a falta de profissionais para a realização do serviço, o seu custo elevado e o espírito corporativo que impera nas entidades profissionais de classe, em respeito ao seu companheiro de profissão. Por esses motivos, existe a prolongação das atividades instrutórias para a comprovação dos fatos técnicos alegados, tornando espinhoso o caminho traçado até o necessário amadurecimento das questões de fato, imprescindível para o veredito do magistrado.

Para se verificar se o médico agiu com culpa ou não, necessário se faz comparar o seu comportamento com o de outro médico, dentro de uma mesma categoria. Tem o julgador, portanto, para a produção da prova da culpa médica, outros recursos além da prova testemunhal e de elaboração de laudo por perito médico, quais sejam: perquirição de indícios suficientemente lógicos e fortes para conduzi-lo à convicção legítima.<sup>66</sup>

Por outro lado, a falta de conhecimento técnico por parte do Juiz não é óbice para conhecimento e julgamento das questões para as quais não tem habilitação própria, estando previstos em todos os códigos processuais modernos o auxílio que pode requisitar de peritos ou experts no tema a ser apreciado<sup>67</sup>.

Precisamos ter em mente, ademais, que nesses casos teremos sempre dois lados da moeda, o do paciente lesado que, muitas vezes, não aufere conhecimento sequer da técnica utilizada pelo profissional médico para o tratamento realizado, ou seja, é leigo na ciência médica, sem contar que é ainda fragilizado pela doença ou pelas consequências do tratamento incorreto.

Do outro viés da relação processual, nos deparamos com o *expert* da medicina que tem contra si a acusação de ter provocado um dano no paciente em decorrência de comportamento ilícito e culposo no exercício de sua atuação profissional.

Nesse sentido, tendo em vista que os termos e a linguagem utilizados na toada médica são muito específicos e complexos, sendo o seu conhecimento restrito aos profissionais da

---

<sup>66</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

<sup>67</sup> WIDER, Roberto. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CIRURGIA PLÁSTICA. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista20/revista20\\_115.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_115.pdf). Acesso em: 04 maio 2021. p. 4-5.



saúde, é natural que o paciente, leigo, tenha mais dificuldade para provar a culpa médica e, conseqüentemente, possua meios probatórios insuficientes para comprovar a ilicitude do comportamento do profissional médico e da sua culpabilidade.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, a distribuição do ônus da prova está elencada pela inteligência estampada no artigo 373 do Código de Processo Civil<sup>68</sup>. Em seu bojo, consigna-se que o autor deve provar os fatos que constituem o direito afirmado na exordial, ao passo que a parte requerida possui o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do requerente.

Entendemos que existe, portanto, uma distribuição do ônus da prova entre requerente e o requerido, a qual é realizada conforme a natureza dos fatos invocados, fundamentada pelo princípio da igualdade, já que o encargo de alegar e provar distribui-se entre as partes na mesma medida de suas respectivas pretensões.

Assim, o requerente está incumbido de fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto o requerido deve provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Transladando-se essas informações do referido artigo do Código de Processo Civil para o universo da responsabilidade civil por erro médico, o paciente lesado está encarregado de provar todos os fatos necessários para configurar o dever de indenizar, ou seja: fato, ilicitude, culpabilidade, dano e nexo de causalidade. Entretanto, como afirmamos acima, o paciente na maioria das vezes é pessoa leiga perante a medicina e seus termos complexos, a qual torna-se um encargo penoso produzir provas e, muitas vezes, conduz à improcedência do pedido.

Salienta-se que a obrigação de meio o ônus probatório é do autor (paciente), porém, é exequível a sua inversão caso este seja hipossuficiente e vulnerável, além de ser primordial verossimilidade das alegações dos autos. Doutro giro, seguindo raciocínio oposto, o ônus da prova na obrigação de resultado é do fornecedor (médico e réu), todavia, na obrigação de meio, é também se pratica a inversão do ônus da prova, sob as mesmas condições do anterior.

Dessa forma, o seguimento à risca do modelo legal para a distribuição do ônus da prova adotado pelo sistema jurídico brasileiro, mostra-se insuficiente para abarcar de maneira adequada os casos submetidos a julgamento na questão da responsabilidade civil médica.

À luz do raciocínio supramencionado, o legislador afastou, em determinados casos, a regra geral da distribuição do ônus probatório, conforme determina o artigo 373 do Código de Processo Civil. Estamos falando de um instituto muito importante para nosso trabalho: a inversão do ônus da prova, previsto no mesmo dispositivo mencionado, mas em seu parágrafo

---

<sup>68</sup> “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

primeiro<sup>69</sup>, que tem o escopo de fazer não recair sobre a parte tradicionalmente onerada o ônus de demonstrar a verdade, mas, sim, sobre a contraparte, que será incumbida de provar o fato contrário.

A maior evidência do caráter procedimental da norma definidora da distribuição do ônus probatório, encontra-se na possibilidade legal conferida ao juiz para dinamizar esse encargo, afastando-o do sistema estático da lei (art. 373, § 1º). Essa alteração, porém, exige o cumprimento do contraditório e só pode acontecer mediante decisão judicial fundamentada. Só se justifica, outrossim, com o propósito de transferir o *onus probandi* à parte que possua, de fato, melhores condições de cumpri-lo.<sup>70</sup>

Logo, a parte que, pela regra geral, tinha o ônus da prova, fica dispensada desse encargo. De outro lado, a parte que, pela regra geral, não tinha qualquer ônus probatório em relação a esse pressuposto, agora tem o encargo exclusivo de provar o fato contrário.

Destarte, se a distribuição do ônus probatório se apresentar de uma forma tal que torne impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo negado o acesso à tutela jurisdicional, violando o devido processo legal e os seus corolários como o contraditório e a isonomia<sup>71</sup>.

O juiz, ao perceber que determinada parte tem melhores condições de produzir determinada prova, deve anunciar expressamente, apontando para ela o ônus de produzi-la, indicando quais fatos devem ser produzidos, justamente por ter melhores condições para tanto<sup>72</sup>.

Sistemática e atualmente, partilha-se do entendimento de que a mera dificuldade do encargo probatório, por maior que seja para a parte onerada, por si só, justifica a inversão do ônus da prova por determinação judicial, conforme previsão do parágrafo primeiro do mesmo artigo 373, do Código de Processo Civil.

Este dispositivo, por sua vez, é fundamentado com base na teoria da distribuição do ônus da prova, a qual carrega em seu bojo a possibilidade de aplicação, pelo magistrado, das regras de distribuição do *onus probandi* com base na análise do caso concreto. Consoante ao parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, as quais possuem relação com a impossibilidade ou a dificuldade de

---

<sup>69</sup> “[...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

<sup>70</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 23. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 503.

<sup>71</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015. p. 58.

<sup>72</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015. p. 90.

cumprir o encargo nos termos do *caput* do artigo 373, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o magistrado atribuir o ônus da prova adversamente, desde que seja por decisão fundamentada, dando à parte a oportunidade de cumprir com o que lhe foi atribuído.

Este mecanismo de distribuição rompe com o rígido modelo estático de distribuição do ônus previsto no antigo artigo 333, do CPC/73, tornando esta regra mais flexível, dinâmica, adaptável a cada caso, sendo dirigida a parte mais preparada para a produção da prova.<sup>73</sup>

Outra questão a ser destacada é a orientação prevista no parágrafo segundo do artigo 373<sup>74</sup>, do Código de Processo civil, a qual veda a distribuição dinâmica, aquela de modo diverso do previsto no *caput* do artigo 373, quando puder tornar a produção da prova abundantemente dificultosa ou impossível à parte destinatária do encargo.

Não obstante a previsão no Código de Processo Civil mencionada, o Código de Defesa do Consumidor, com esteio no seu artigo 6º, inciso VIII, também prevê inversão do ônus da prova, desde que atenda alguns requisitos fundamentais: hipossuficiência do consumidor (técnica, econômica e/ou jurídica) e a verossimilhança das alegações. Considera-se o Código de Defesa do Consumidor como o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica, pois o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final. Portanto, a relação jurídica entre ambos é de consumo.

Outrossim, existe uma referência em relação à responsabilidade civil pessoal do profissional liberal, disposta na inteligência do parágrafo 4º, do artigo 14, ao prever que será apurada mediante a verificação de culpa. À vista disso, a responsabilidade pessoal do profissional liberal é subjetiva.

O médico, em contrapartida, é um profissional da saúde. O mercado de atuação é assistencial, ou seja, labora em favor do paciente, tendo em vista a garantia de um direito absoluto à saúde. O serviço médico não se confunde com prestação econômica em sentido estrito. O exercício da medicina não tem, como fim central, a busca do lucro, mas, sim, a cura da doença ou sua prevenção. O risco da atividade médica é decorrência do estado natural e pessoal do paciente, inerente à sua condição de pessoa humana, carente de tratamento profissional. O risco da atividade não se reverte em favor do médico; ao contrário, torna sua atuação muito mais complexa, porque especializada e sujeita a fatos que, naturalmente, são imprevisíveis e incontroláveis. O objeto sobre o qual recai a atividade médica é o próprio corpo das pessoas. Por consequência, a responsabilidade decorrente da

---

<sup>73</sup> SILVA, André Rodrigues Pereira. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. *Âmbito Jurídico*, 1 abr. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

<sup>74</sup> “Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

atuação do médico é dependente de seu comportamento profissional, de sua conduta. Daí a importância do pressuposto da culpa, caracterizada pelo dolo ou negligência. A responsabilidade, portanto, é subjetiva.<sup>75</sup>

Transladando-se para a prática processual jurídica, buscamos o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do tema, para qual colocamos os seguintes filtros de busca: “inversão do ônus da prova” e “erro médico”. Obtivemos, assim, 3.767 resultados, os quais a maioria dos relatores, nos casos de culpa médica, manteve o deferimento do magistrado *a quo* da inversão do ônus da prova, ou proveu o recurso do autor para determinar a inversão do *ônus probandi*, com fundamento legal dos artigos 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil, no sentido de que a relação das partes é de consumo<sup>76</sup>.

No caso supracitado, trata-se de um agravo de instrumento, dentro de uma ação de perdas e danos onde a Juíza de Direito indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova. Sustentam os ora agravantes ser aplicável a legislação consumerista à hipótese, sobretudo por se tratar de discussão a envolver suposto erro médico.

A Douta Procuradoria de Justiça, presente nos autos em virtude de o polo ativo conter menor de idade, opinou pelo provimento do agravo de instrumento e, no mesmo sentido, votaram todos os julgadores, em conformidade com o relator, que ressaltou em seu voto que é inegável relação de consumo existente entre as partes, bem como o preenchimento dos requisitos previstos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, revelando-se ser de rigor a postulada inversão do ônus da prova.

Nessa seara, acreditamos que o paciente lesado, requerente da ação indenizatória, deva ficar excluído do encargo de provar a culpa do médico, em virtude de presumir-se que o médico agiu com culpa para a produção do dano. De outra parte, o encargo probatório da contraprova é exclusivo do médico, cabendo a ele demonstrar, durante a instrução, que não agiu com culpa para a produção do evento danoso, ou que o evento lesivo se deu em decorrência de fator estranho à sua conduta profissional.

Uma vez inseridos no estudo da inversão do ônus da prova, peça chave do julgamento de uma indenização por erro médico, passaremos a análise da responsabilidade médica à luz

---

<sup>75</sup> RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Responsabilidade civil médica: Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril\\_v51\\_n203\\_p249.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p249.pdf). Acesso em: 15 abr. 2021. p. 7.

<sup>76</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 2201570-08.2020.8.26.0000*. Relator: Luiz Antônio de Godoy. Data de Julgamento: 12/04/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5149A45C09.cjsg1>. Acesso em: 19 abr. 2021.

apenas de uma legislação: o Código de Defesa do Consumidor, pois, como arguido anteriormente, é o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica, já que o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final.

#### 2.4 RESPONSABILIDADE MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de mais nada, importante introduzirmos as normas, conceitos e teorias que regem a legislação consumerista. Vivemos em uma sociedade de consumo acelerado, na qual as relações jurídicas são travadas por meio de contratos de adesão, na grande maioria das vezes previamente elaborados por fornecedores, sem qualquer possibilidade de negociação por parte do consumidor, colocando-o numa posição vulnerável que justifica a proteção especial que o Código de Defesa do Consumidor lhe confere. Eis o motivo pelo qual a conceituação de consumidor torna-se de extrema relevância.

É certo que, mesmo existindo uma evidente relação consumerista entre as partes, deve existir, independentemente de qualquer outro requisito, a autonomia da vontade e liberdade de contratar, não se tolerando que uma das partes se locuplete em face da vulnerabilidade da outra. Tal prática deve ser evitada, repartindo-se adequadamente os riscos, pois é notória a existência de um interesse social nas relações de consumo.<sup>77</sup>

Seguindo uma tendência universal, nossa Constituição Federal de 1988, de maneira inédita, incorporou aos princípios da ordem econômica, no seu artigo 170, inciso V<sup>78</sup>, a defesa do consumidor, incluindo, também, entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, XXXII<sup>79</sup>, ao determinar que o Estado promoverá, com fulcro na lei, a defesa do consumidor. Ulteriormente, na inteligência do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>80</sup>, determinou que o Congresso Nacional, após a promulgação da Constituição, elaborasse o código de defesa do consumidor, advindo, portanto, a Lei nº 8.078/1990, que ampliou os princípios e proteção

---

<sup>77</sup> CAMPOS, Valdir de Carvalho; MANDALITI, Reinaldo L. T. Rondina. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 28.

<sup>78</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] V - defesa do consumidor;”

<sup>79</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII: Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

<sup>80</sup> “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

legal não apenas a um único tipo contratual, mas a todos os contratos em que há relação de consumo.

À luz deste raciocínio, essencial entendermos o alicerce teórico do Código de Defesa do Consumidor, bem como o que a jurisprudência dos tribunais superiores adotou. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça recentemente abarcou na aplicação da teoria do finalismo aprofundado com intuito de amenizar controvérsias e, conquanto seja uma posição mais restritiva de aplicação da legislação consumerista, amparada pela presunção de destinatário fático e econômico do bem, excepciona a regra em situações de vulnerabilidade do consumidor, sendo ela profissional ou pessoa jurídica.

Segundo a teoria finalista, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que, integrantes da relação de consumo, utiliza o produto ou serviço como destinatário final, para a sua própria fruição e não para o uso profissional. Exige-se na teoria finalista a destinação fática e econômica sem qualquer ato de profissionalismo<sup>81</sup>.

Em âmbito legal, verificamos que consumidor é toda pessoa física ou jurídica, adquirente ou usufrutuária de produto ou serviço como destinatário final, de modo a ampliar o conceito de consumidor contido no artigo 2º, *caput*<sup>82</sup>, da Lei nº 8.078/90, fazendo-se, por conseguinte, estender o leque da vulnerabilidade, que constitui uma presunção legal absoluta que todo consumidor é vulnerável na presença da lei, sendo essa uma característica de ordem material.

Outrossim, a título de complemento do conteúdo, exsurge-se também dentro do Código de Defesa do Consumidor, além da vulnerabilidade, o conceito de hipossuficiência do consumidor, sendo uma característica não incidente em de todo e qualquer consumidor. Desse modo, é uma circunstância que deve ser aferida dentro do processo, caso a caso, e sua finalidade é equilibrar a relação consumerista na ação judicial.

Indo em direção do raciocínio nas relações médicas, importante ressaltar, desde já, que o Código de Defesa do Consumidor é o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica, já que o médico é prestador de serviço, caracterizando-se, portanto, como um tipo de fornecedor<sup>83</sup>, segundo o próprio *códex*, considerado profissional liberal pela doutrina, e o paciente é um destinatário final.

---

<sup>81</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.

<sup>82</sup> “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

<sup>83</sup> “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Os profissionais liberais clássicos são bem conhecidos: o advogado, o médico, o dentista, o contador, o psicólogo etc<sup>84</sup>. Por tais razões já arguidas, entendemos que são enquadrados como fornecedores dos indivíduos que contratam serviços, chamados de consumidor, formando o ciclo da relação consumerista.

Ao tratarmos da responsabilidade do profissional liberal, conquanto tecnicamente também possa ser considerado fornecedor, ele só será responsabilizado diante da comprovação da culpa, segundo o que diz o já mencionado parágrafo quarto do artigo 14<sup>85</sup> do Código de Defesa do Consumidor.

A grande maioria desses profissionais liberais atuam no mercado prestando atividade de meio e não obrigação de resultado, ou seja, atuam obrigando-se pelo meio e pelo emprego correto dos meios que tecnicamente estão autorizados a aplicar, como faz o médico em uma cirurgia e o advogado em um processo, podendo ser responsabilizados subjetivamente se prestarem seus serviços de maneira imperita, imprudente ou negligente isto é, com culpa. Nunca poderão ser responsabilizados pelo simples fato de a cirurgia não ter sido bem-sucedida, ou porque o cliente perdeu a causa, respectivamente.

No entanto, há profissionais liberais que, por conta da natureza específica de sua atividade, obrigam-se pelo resultado entregue ao consumidor, e não apenas pelo meio. É o caso dos cirurgiões plásticos e de outras profissões, onde a natureza da atividade permite que o resultado seja assegurado ao consumidor do serviço, porém, mesmo nesses casos, a responsabilidade desses profissionais também será subjetiva.

Existem serviços oferecidos e executados pelos profissionais liberais que são, em si, obrigação de resultado e não atividade de meio, qual seja aqueles onde não há dependência de nenhuma outra circunstância.

Fica claro, ademais, que tanto os médicos com obrigação de meio, quanto aqueles com obrigação de resultado, são considerados profissionais liberais e, conseqüentemente, estão albergados pela responsabilidade subjetiva, a qual dependente de culpa, conforme rege o Código de Defesa do Consumidor, afigurando-se, portanto, uma relação entre o médico-paciente consumerista

De outro viés, importante lembrar que o prazo de propositura de ação por responsabilidade civil no Código Civil atual é de três anos. Porém, o Código de Defesa do

---

<sup>84</sup> NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 314.

<sup>85</sup> “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Consumidor, em seu artigo 27<sup>86</sup>, estipula a prescrição de cinco anos para pretensão à indenização dos danos causados por fato do produto ou do serviço. Isto quer dizer que, caso o médico, paramédico ou assemelhado seja acionado com esteio na legislação consumerista, principalmente por falha no serviço prestado, será esse o prazo de propositura da ação.

Imprescindível avançar, ora, ao exame do dano moral nas relações de consumo, que possui caráter punitivo e é defendido pela doutrina como prevenção contra as grandes corporações que dominam a prestação dos serviços no mundo capitalista atual, já que tão somente a aplicação de multas simbólicas não intimidam os grandes fornecedores. Assim, é necessário introduzir no Brasil, a “indenização punitiva” para defender a sociedade consumerista da desídia notada na prestação dos serviços monopolizados, negligentes, imprudentes e imperitos.

Critica-se a aplicação insipiente e ineficaz no direito brasileiro da “teoria do desestímulo”, que, tal como procedem os tribunais, “apresenta uma abordagem punitiva e pedagógica de baixíssima repercussão”.<sup>87</sup>

Consoante o pensamento da doutrina supramencionado, entendemos a aplicabilidade do dano moral punitivo nas relações de consumo também como uma prevenção de futuros inconvenientes oriundos de culpa ou da má prestação de serviços no geral, mormente para tentar afastar futuros prejuízos de outros consumidores, seja financeiro, físico, estético ou psicológico.

Resta clarividente, ante todo exposto, que as relações médico-paciente são de consumo, tanto porque o médico de fato presta um serviço, como porque, de outra parte, está o paciente, o qual é o destinatário final da prestação de serviços médicos, que, se prestam à manutenção e melhoria de sua saúde, motivo pelo é indiscutível a sua classificação como relação consumerista.

Uma vez inseridos no estudo da inversão da responsabilidade médica à luz do Código de Defesa do Consumidor, bem como de todas as suas normas, teorias e como essa profissão é enxergada pela legislação e doutrina, o qual concluímos que a relação médico-paciente é consumerista, afigura-se adentrarmos ao estudo do nosso último, mais importante e específico capítulo do nosso estudo ora proposto: a responsabilidade civil médica e o erro médico nas cirurgias plásticas. Antes de mais nada, traremos à baila no primeiro subtópico a diferenciação de cirurgia plástica como obrigação de meio ou de resultado.

---

<sup>86</sup> “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

<sup>87</sup> BORREGO, Christiane. As relações de consumo e a teoria do valor do desestímulo em face da globalização dos negócios jurídicos. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, n. 104, v. 18, nov./dez. 2016. p. 15.



### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

#### 3.1 CIRURGIA PLÁSTICA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO

A partir de tal enfoque, salutar o avanço do trabalho ao exame da discrepância entre a cirurgia plástica como obrigação de meio ou resultado. Para tanto, dada, notadamente, a natureza como importância de desenvolvimento, faz-se primordial a abordagem da diferença entre as cirurgias plásticas meramente embelezadoras, as quais são feitas com intuito de melhorar a aparência e autoestima do indivíduo, das cirurgias plásticas necessárias, com fins terapêuticos, afastando-se uma abordagem excessivamente abstrata.

Assim como o Direito, a Medicina é uma arte<sup>88</sup>. O médico, conhecedor da ciência para dar segurança ao paciente, deve se comprometer a tratar o cliente com zelo, utilizando-se de diligências e meios adequados para curar o doente, mas nunca se obrigando a tal. A mesma situação se dá com o advogado ao assumir uma causa: possui uma obrigação de meio e não de resultado, mas sempre buscando as melhores ferramentas para lograr êxito na demanda contraída.

Em outras palavras, o médico possui deveres, sendo transmitir segurança e obrigar-se a empregar toda sua técnica e seus conhecimentos da melhor maneira, com perspicácia, na tentativa de curar ou minorar dos males do paciente, mas nunca podendo garantir a cura, mesmo porque a vida e a morte são valores que pertencem a âmbitos espirituais e naturais da vida.

Entende-se a obrigação de meio como àquela em que a sua realização não está condicionada ao alcance de um resultado específico, mas tão somente ao emprego de determinado meio. Todavia, em algumas ocasiões a jurisprudência entende a obrigação médica ou paramédica como de resultado, como por exemplo na cirurgia plástica meramente para fins estéticos e em procedimentos técnicos laboratoriais como radiografias e ressonâncias magnéticas.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar para outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será a garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada

---

<sup>88</sup> VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 601.

produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar uma certa visita.<sup>89</sup>

Conquanto a supra citação esteja desatualizada, o tema em apreço merece uma passagem dos ensinamentos do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que estava aposentado do Superior Tribunal de Justiça desde 2003, em razão da relevância para a relação do direito com a medicina.

Portanto, torna-se incontroverso que a obrigação de resultado é a promessa de um resultado em que, caso não seja alcançado, fomentará na chance de propositura de ação condenatória para apuração dos danos e, ulteriormente, na indenização civil. Entretanto, cremos ser necessário aferir do porquê não se obteve o resultado almejado.

À luz de tal inteligência, entendemos que a obrigação de meio e de resultado não significa uma variação na configuração da relação obrigacional, mas sim que existe uma promessa e garantia do devedor em desempenhar determinada atividade, sendo esta a prestação, objeto da obrigação, como meio para produzir o resultado útil (a entrega ou transferência de certa coisa, no nosso caso o resultado embelezador almejado) que satisfaz o interesse do credor (função obrigacional).

Nesse sentido, uma parcela da doutrina e a jurisprudência, tanto dos Tribunais de Justiça quanto do Superior Tribunal de Justiça<sup>90</sup>, se predispõem à atribuição das cirurgias plásticas meramente para fins estéticos na qualidade de obrigação de resultado, enfatizando que o fato da obrigação ser de resultado não modifica a natureza da responsabilidade subjetiva, mesmo alterando o ônus da prova para o *expert*, conforme demonstrado anteriormente.

Embora seja nessa toada o entendimento de uma parte doutrina e do Superior Tribunal de Justiça, constatamos em nossa pesquisa a existência de um descompasso doutrinário muito pertinente, plausível e correto acerca do debate da natureza obrigacional assumida pelo médico nas cirurgias meramente estéticas, sob o argumento de que a álea é a mesma de qualquer outra cirurgia, motivo pelo qual a obrigação do médico deveria ser considerada de meio.

---

<sup>89</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 138-139.

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.180.815/MG*. RECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 19/08/2010. Data de publicação: 26/08/2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 26 abr. 2021.

Ressalta-se que o então do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, *in memoriam*<sup>91</sup>, um dos maiores norteadores do nosso estudo em apreço, se posicionava contra a ligação da obrigação de resultado com as cirurgias plásticas meramente estéticas, sob argumento de o dever do médico é tão somente o emprego de determinado meio, esforçando-se para alcançar a cura do paciente.

É nossa opinião concreta, portanto, que sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de resultado, já que é uma classificação extremamente insana e difundida, sem qualquer reflexão para os leigos.

Sob ótica desse entendimento doutrinário distinto ao do Superior Tribunal de Justiça, por tudo quanto já foi dito, acreditamos que esse posicionamento minoritário se mostra conclusivo, devendo a obrigação de resultado ser apartada, e a obrigação de meio prevalecer sempre, inclusive nas cirurgias plásticas meramente para fins estéticos, já que a beleza um conceito subjetivo.

O que se exige do médico, seja qual for a sua especialidade, é a prestação de serviços zelosos, atentos, conscienciosos, a utilização de recursos e métodos adequados de agir conforme as aquisições da ciência. O que não se pode admitir, sempre com a máxima vênia, é uma corrente jurisprudencial em desalinho com a realidade moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.<sup>92</sup>

Por óbvio que somente os indivíduos, bem de saúde, procuram um médico somente para melhorar algum aspecto seu, o qual considera desagradável, almejando exatamente esse resultado, não se submetendo a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, porém, isso não torna, automaticamente, a premissa de culpa dos cirurgiões plásticos.

Com a evolução dos conceitos, se considera atualmente a saúde não apenas o bem estar físico, mas também e incolumidade psíquica e social, não havendo espaço para dúvidas sobre a finalidade curativa da cirurgia estética.<sup>93</sup>

Faz-se essencial ressaltar que além do comportamento do médico, o sucesso das cirurgias meramente estéticas também está subordinado com o próprio comportamento do paciente, já que envolve reações metabólicas, comportamento da pele humana, cuidados

---

<sup>91</sup> MINISTRO aposentado Ruy Rosado morre aos 81 anos em Porto Alegre. *STJ*, 24 ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-aposentado-Ruy-Rosado-morre-aos-81-anos-em-Porto-Alegre.aspx>. Acesso em: 03 maio 2021.

<sup>92</sup> MAGRINI, Rosana Jane. *Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35489>. Acesso em: 03 maio 2021.

<sup>93</sup> ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 111.

posteriores com pomadas, acompanhamento médico, cintas e drenagens, que, se não o fizer e por esse motivo originar o resultado adverso, rompe onexo causal. Nessa seara, é fundamental analisar, por meio de perícia médica, se houve erro médico durante o procedimento, bem como a razão do resultado adverso.

Isto porque, além do conceito embelezador ser subjetivo, toda intervenção cirúrgica pode apresentar resultados inesperados, com ou sem ausência de erro médico, por isso o meio probatório afigura-se essencial para a reparação de eventual dano ou não. Assim, não pode olhar para o cirurgião plástico de maneira tão radical de êxito sempre, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso, sempre aferindo a culpa do médico.

Podemos dizer que o sucesso da cirurgia plástica depende do resultado cirúrgico, que envolve o médico, cumprindo com a sua parte da relação contratual até onde cabe a sua ação profissional, e do resultado pós-operatório, que gira em torno dos cuidados do paciente. Em face disso, a obrigação do cirurgião médico não anula a do paciente em tomar os devidos cuidados ulteriormente e, se não houve erro médico durante o procedimento, ele não incidirá a obrigação indenizatória.

Portanto, exsurge-se a necessidade de impormos a cirurgia plástica estética como obrigação de meio, sendo necessária a revisão do entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico. Não pode se olvidar que a cirurgia plástica é equiparável a todos os demais procedimentos e tratamentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis, ainda que toda a técnica e recursos disponíveis e prudência seja empregada, não podendo, assim, o médico ser culpado pelo infortúnio, por ele também não almejado.

A toada revolucionária da obrigação de meio para a cirurgia plástica para fins meramente estéticos também atingiu a doutrina estrangeira, que se manifesta sobre o tema por meio das lições de Ricardo Rabinovich-Berkman<sup>94</sup>, que vai além e levanta diversos outros questionamentos, tais como as condições mentais do paciente que, lúcido e capaz, se submete a cirurgia plástica em busca de corrigir o que considera um defeito, uma característica que foge aos padrões do que considera beleza, tratando aquele “desvio estético” como verdadeira doença.

Com relação a prova a ser produzida na obrigação de meio, é axiomático o ônus do autor (paciente), porém, é cabível a sua inversão probatória, caso seja hipossuficiente e vulnerável, bem como verossímil as alegações dos autos, conforme incumbidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>94</sup> RABINOVICK-Berkman, Ricardo D. apud ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 114.

De outra parte, o ônus da prova na obrigação de resultado é do fornecedor (médico e réu na ação indenizatória), porém, bem como na obrigação de meio, é possível a inversão do ônus da prova, caso o paciente seja hipossuficiente e vulnerável, bem como verossímil as alegações dos autos.

Nos casos de resultados ruins, em que se procure comprovar um erro médico, o que se deve considerar, antes de qualquer coisa, além donexo causal e do tamanho do dano, são as circunstâncias do atendimento e o grau da previsibilidade do autor em produzir o resultado. Nunca, categoricamente, prender-se a um pensamento no qual afirma-se sempre que o não sucesso da cirurgia plástica se deu por culpa do médico, que fez seu papel para chegar ao resultado celebrado na relação contratual.

Outrossim, nas cirurgias plásticas meramente para fins estéticos as partes não estão confinadas ao programa contratual típico, podendo escolher o procedimento a ser realizado, bem como convencená-lo, obviamente com a orientação e auxílio do médico, posto que a obrigação imposta a esse médico nesse caso é de resultado. Com efeito, decorre a irrecusável conclusão de que o conteúdo da obrigação de resultado acarreta na concreta expectativa do paciente quanto ao resultado útil a ser alcançado pelo cirurgião plástico, a qual, de ordinário, vai de encontro com aquela prevista no tipo contratual.

A propósito, a identificação da expectativa gerada efetivamente no paciente, mostra-se preponderante, entre as diversas circunstâncias que devem ser levadas em consideração, mormente a análise das informações prestadas pelo médico ao paciente. Como afirmado anteriormente, a doutrina pondera que a obrigação do cirurgião plástico pode variar de conteúdo conforme o caso, tendo em vista, sobretudo, o motivo pelo qual foi realizado o procedimento.

Desta feita, se mostra salutar para diferenciarmos o entendimento e conceito de cirurgias plásticas meramente embelezadoras, das cirurgias plásticas necessárias, com finalidades terapêuticas, figuradas, por exemplo, na hipótese de o médico realizar procedimento cirúrgico em pessoa acidentada ou para a restauração da mama por consequência de um câncer.

A partir daí faz-se uma diferença entre a natureza jurídica da cirurgia plástica estética, quando o paciente é sob aquela ótica saudável e apenas quer melhorar sua aparência, e a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutora que corrige anomalias congênitas ou resultados de traumas.<sup>95</sup>

Arrimando-se nesse referido entendimento, verifica-se clara e inegável que as cirurgias com finalidades terapêuticas, carregam em seu bojo a obrigação de meio, a qual o médico deve

---

<sup>95</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 341.

adotar as diligências necessárias para salvar o bem mais precioso do ser humano, não tendo o condão de atingir o resultado. De outro viés, a obrigação de resultado é vista como a exigência da entrega integral, nos limites que cabem ao médico, de um determinado resultado.

Resta clarividente que seja a forma de obrigação de meio ou de resultado, perante o dano, o apurado será a responsabilidade do médico, aferindo o grau de culpa, dimensão do dano e nexo de causal, mormente em face das ações de indenizações por perdas e danos.

Destarte, em razão de todo exposto, não subsistem dúvidas acerca da diferença entre cirurgia plástica como obrigação de meio e obrigação de resultado, bem como do nosso entendimento acerca do tema abordado. Avançaremos, neste momento, para o próximo subtópico, qual seja, o da caracterização de responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas por erro médico.

### 3.2 CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS POR ERRO MÉDICO

Prosseguindo nosso estudo diante da temática da responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas, inauguraremos esse subtópico afirmando, inexoravelmente, que a responsabilidade médica é subjetiva. Disso emerge a conclusão de que para caracterizar a responsabilidade civil médica em decorrência de erro médico, sendo por cirurgia plástica ou não, é nevrálgica a incidência de culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência do médico liberal.

Comprovação da culpa exigida na responsabilidade subjetiva decorre do lastro moral inerente a todo ser humano, no sentido de que ninguém pode responder sem ser o culpado. Daí decorre a compreensão de que a responsabilidade subjetiva deve ter por fundamento a comprovação da culpa para que só então surja o dever de reparar os danos decorrentes de uma conduta voluntária, seja negligência, imprudência e imperícia<sup>96</sup>.

Isto porque, exige-se a prova do dano e da conduta negligente, caracterizada em alguma das três modalidades supramencionadas, para o surgimento do dever de indenizar, sendo que a própria natureza da atividade médica faz com que a sua responsabilidade seja indissociável do conceito de culpa. Portanto, faz-se necessário afastar, em qualquer hipótese, a responsabilidade objetiva nos casos de erro médico.

---

<sup>96</sup> CAMPOS, Valdir de Carvalho; MANDALITI, Reinaldo L. T. Rondina. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 46.

Desta feita, revisitaremos e relembremos a caracterização de cada um desses três tópicos, trazendo à baila exemplos em âmbito médico, com intuito de facilitar o cotidiano na área da saúde e quais os casos mais comuns de incidência de culpa, das três modalidades.

Para tanto, traremos à baila a imperícia, a qual deve ser dada e tratada com atenção redobrada na responsabilidade civil na seara da saúde, pois em curtos espaços de tempo são criadas inúmeras especialidades dentro da medicina. Desta feita, a imperícia médica está abarcada no profissional que não porta conhecimentos técnicos, teóricos e práticos para exercer determinada atividade médica, porém, mesmo assim, ele a pratica.

Na seara das cirurgias plásticas, reiteramos o exemplo citado anteriormente: o caso do “Dr. Bumbum”, que utilizou material sem respaldo e consenso dentro da comunidade médica, em vista da ausência de técnica cirúrgica para a sua remoção, qual seja o *polimetilmetacrilato* (PMMA), material altera algumas formas do corpo e é absorvido pelo organismo.

Por sua vez, as palavras chaves da negligência são: ausência e omissão, porque é, de fato, a falta da utilização das precauções indispensáveis para a prática de determinados procedimentos, configurada pela ausência de atenção na atuação da atividade desempenhada, sendo acarretada por diversos fatores, quais sejam: distração, indolência, descaso e inércia.

Um exemplo de negligência no âmbito da cirurgia plástica é o médico que, ao realizar uma cirurgia de abdominoplastia, esquece um bisturi dentro do abdome do paciente, causando o evento danoso.

Finalmente, entende-se a imprudência como o antônimo de previdência, sendo, sinônimo, portanto, de leviandade e a precipitação. Na toada da saúde, definir-se-á como a utilização de tratamentos e procedimento não recomendados ou vedados pela prática e ciência médica.

À imperícia, hoje em dia, deve ser dada atenção redobrada na responsabilidade civil na área da saúde, já que em curtos espaços de tempo são criadas diversas especialidades médicas. A título de exemplo cite-se a ortopedia, em que hoje existem especialistas para a coluna, membros superiores e inferiores, mãos, pés etc. Desse modo, o desempenho ou a perícia do médico pode receber questionamentos com maior rigor, dado o exigível conhecimento da área em que atue.<sup>97</sup>

*Exempli gratia* de imprudência na toada da cirurgia plástica, é o profissional, por falta de cautela, no procedimento de lipoaspiração, perfurar o órgão do paciente com a cânula utilizada para aspirar gordura, causando o evento danoso no paciente.

---

<sup>97</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. (Coord). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

Uma vez inseridos e revisados todos os conceitos e exemplos das três modalidades de culpa *stricto sensu* na toada das cirurgias plásticas, faz-se necessário aplicar o hodierno e majoritário entendimento jurisprudencial, com fulcro no Superior Tribunal de Justiça, ladeado com os Tribunais de Justiça. Este, por sua vez, é diferenciação da caracterização da obrigação de resultado e obrigação de meio, já que a estipulação de uma obrigação de resultado, aplicada nos casos de cirurgias plásticas meramente para fins estéticos, conta também com a responsabilidade subjetiva, mas com a culpa do médico presumida pelo resultado não embelezador.

Em qualquer hipótese, não milita, em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade sem culpa<sup>98</sup>.

Em vista de tal conjuntura, manifesta-se a jurisprudência majoritária no sentido de que o cirurgião deve ser responsabilizado, além dos três incidentes de culpa *stricto sensu*, por não ter alcançado êxito no procedimento cirúrgico no sentido de não trazer o resultado pretendido pelo autor, tendo em vista o bojo da obrigação de atingir determinado fim. Portanto, tem-se a obrigação de resultado a promessa de resultado que, se uma vez não alcançado, ensejará na propositura de ação de conhecimento indenizatória, para a ulterior reparação civil.

Com a máxima vênia, discordamos integralmente deste entendimento acerca da presunção da culpa médica pelo resultado não embelezador, por trata-se de um conceito subjetivo, expressando pontos de vista e julgamentos de valor da própria pessoa, além dos seus sentimentos, gostos e preferências, ventilado detalhadamente no subtópico seguinte.

Ou seja, acreditamos que nas cirurgias de com obrigação de resultado devem ser incidir a responsabilidade civil do médico somente quando há culpa, como por exemplo, o esquecimento de um bisturi dentro do abdome do paciente na cirurgia de abdominoplastia; pela falta de cautela no procedimento de lipoaspiração, ocasionando a perfuração de órgão do paciente com a cânula aspiradora de gordura; e, ademais, pela utilização de material sem respaldo e consenso dentro da comunidade médica.

A partir daí, vislumbra-se que as cirurgias plásticas com obrigação de meio, regra geral do nosso ordenamento jurídico, o médico deve adotar todas as diligências necessárias para conservar e salvar a vida do indivíduo, porém, sem o condão de atingir o resultado. Como apontado anteriormente, a cirurgia plástica com obrigação de meio está balizada para fins

---

<sup>98</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 267.



terapêuticos e não estéticos, como por exemplo a reconstrução de mama, com implante de prótese de silicone em decorrência de câncer.

Tendo em vista essa regra geral, o erro médico na obrigação de meio é simplesmente caracterizado pela verificação de culpa *stricto sensu*, adjetivando automaticamente a responsabilidade subjetiva, mas sem o adendo da culpa do médico presumida pelo resultado não embelezador.

Portanto, a caracterização da responsabilidade civil por erro médico nas cirurgias plásticas com obrigação de meio, cuja finalidade é a própria atividade do devedor, se dá apenas mediante a ocorrência de culpa, raciocínio o qual estamos em conformidade.

Sob o referido prisma, a jurisprudência enfatiza que o fato da obrigação ser de resultado não altera a natureza da responsabilidade civil médica, a qual continua sendo subjetiva, conquanto haja a presunção de culpa do médico pelo resultado não embelezador, além de se alterar o objeto do ônus da prova para o *expert* da medicina.

Assim, concluímos esse tópico expondo detalhadamente as diferenças e semelhanças da caracterização da responsabilidade civil por erro médico nos dois tipos de obrigação, apontando, outrossim, a maneira que avaliamos a discrepância que nosso ordenamento jurídico, por meio da jurisprudência e doutrina majoritária atual trazem a esse respeito.

A título de complementação do nosso raciocínio exposto, passaremos à análise do da difícil conceituação de resultado embelezador, fundamentado e alicerçado na subjetividade humana.

### 3.3 A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO DE RESULTADO EMBELEZADOR

Chegamos, enfim, ao ponto nevrálgico do nosso trabalho: a difícil conceituação de resultado embelezador.

A busca e preocupação pela beleza está enraizada na sociedade desde quando o “mundo é mundo”, já notado durante o período Paleolítico, retratado pela escultura Vênus de Laussel, na França, a qual representava a feminilidade da mulher por meio da idealização de seios volumosos, nádegas, coxas e vulvas salientes, como elementos de fertilidade, que perdura até a atual vida moderna, como mostra a conhecida frase do poeta Vinícius de Moraes: “As muito feias que me perdoem, mas beleza é fundamental”.

No que concerne ao alarmante número de cirurgias plásticas no Brasil, iniciado ainda ao final do século XX, são lembrados como um momento em que o culto ao corpo tornou-se uma obsessão, transformando-se em um estilo de vida, buscado por homens e mulheres,

principalmente por estas. Isto porque, existe uma associação entre o corpo e prestígio social, a qual coloca o corpo em um capital físico na cultura brasileira, justificando a enorme procura por cirurgias plásticas embelezadoras no país.

A prova disso, é a criação, já em 1933, da Escola Paulista de Medicina e, posteriormente, da fundação da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica em dezembro de 1948.

Somente no Brasil, foram registradas de mais de 1 milhão de cirurgias plásticas, além do *quantum* de 969 mil procedimentos estéticos não submetidos à cirurgia<sup>99</sup>. Dentre as justificativas para o quadro, nos deparamos frequentemente com a insatisfação da própria imagem, sendo a maioria motivada por demandas sociais, marcadas pela obsessão de um estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural, disseminadas com a proliferação dos veículos de comunicação que propagam a ideia de imagem corporal idealizada, a qual exige das pessoas mais do que elas podem e se sentem capazes de fazer.

Justamente em razão dessa grande obsessão pela própria imagem que se torna natural dentro da sociedade a busca por um padrão de gosto, uma regra capaz de conciliar as diversas opiniões dos homens, um consenso estabelecido que talhe tanto a aprovação, quanto a uma condenação de uma opinião.

Entre as intervenções mais procuradas, o aumento mamário com prótese de silicone, indicado para tratar mamas pequenas, flácidas e pouco projetadas, aparece em primeiro lugar. Os implantes variam em formato e em tamanho: existem aqueles chamados “redondos” (que projetam mais o colo) e aqueles ditos “anatômicos” (com aspecto mais natural). A escolha é sempre individualizada, baseada no desejo e na estrutura corporal da paciente. A cirurgia de prótese de silicone leva cerca de duas horas, em média, e não necessita internação hospitalar, de modo que a paciente recebe alta para casa no mesmo dia da operação.<sup>100</sup>

A lipoaspiração está na segunda colocação. A técnica remove acúmulos de gordura localizada em áreas como abdome, cintura, costas, coxas e braços. Como resultado, temos a modelagem do contorno corporal, com a melhor definição das regiões trabalhadas.<sup>101</sup>

Filosoficamente, porém, há uma negação da existência de um padrão de gosto qualquer, sustentando que a beleza não é uma qualidade das próprias coisas, pois existe somente no

---

<sup>99</sup> COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/blog/2020/02/13/lidermundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>100</sup> COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/blog/2020/02/13/lidermundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>101</sup> COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/blog/2020/02/13/lidermundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

espírito que as contempla, e cada espírito perceba uma beleza discrepante, conforme aduz David Hume. À luz desse raciocínio, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza, e cada um deve ceder ao seu próprio sentimento, sem a pretensão de controlar o de outrem, tornando o conceito de belo, portanto, algo totalmente subjetivo, ou seja, é a opinião pertencente ao sujeito pensante e seu íntimo.

Segundo a disposição dos órgãos corporais, o mesmo objeto tanto pode ser doce como amargo, e o provérbio popular afirma com muita razão que gosto não se discute. É muito natural, e mesmo absolutamente necessário, aplicar esse axioma ao gosto espiritual, além do gosto corporal, e dessa forma o senso comum, que diverge com tanta frequência da filosofia, sobretudo da filosofia cética, pelo menos num caso concorda com ela, proferindo uma decisão idêntica.<sup>102</sup>

Entretanto, conquanto o conceito de belo seja indubitável e indiscutivelmente subjetivo e a filosofia negue a existência de um padrão qualquer, verificamos a busca incessante dos indivíduos para chegar ao padrão social predeterminado, insatisfeito com a sua beleza, busca a realização de cirurgias plásticas para buscar maior aceitação meio aos ambientes sociais.

Psicologicamente, isso existe em decorrência da ideia de que os indivíduos fisicamente serem mais atraentes, mais bem aceitos e receberem uma atenção diferenciada em inúmeras situações cotidianas, quando comparados àqueles que não possuem beleza.

Essa percepção não só continuou como aumentou excessivamente após a era moderna, haja vista os desenhos, desde a infância, que retratam um contato com o modelo de corpo padronizado do século XXI, reproduzido pelas princesas da Disney, especialmente a boneca Barbie, um ícone da estética corporal (magra e bem delineada), que contribui para o crescimento da identidade com os ideais midiáticos, os quais veiculam concepções distorcidas de beleza.

Ou seja, o conceito de belo está diretamente ligado ao que a pessoa imagina e idealiza como tal, ponderando a sua característica totalmente subjetiva, mas que sofre com os pensamentos externos enraizados profundamente dentro da sociedade, que cresce a cada dia com os ideais midiáticos, consoante o exemplo supramencionado.

Unindo os pensamentos das duas ciências mencionadas, quais sejam a filosofia e da psicologia, ao lineamento histórico, concluímos que conquanto o conceito de belo seja subjetivo, afigura-se extremamente importante para os indivíduos estarem dentro dos padrões da sociedade, sobressaindo, muitas vezes, os padrões impostos socialmente sobre a subjetividade de cada um.

---

<sup>102</sup> DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo: textos clássicos de estética*. 2. ed. São Paulo: Editora Autêntica, 2012. p. 95.

Por tais razões, o resultado embelezador almejado pelo paciente está diretamente ligado com a satisfação da própria imagem perante outrem, marcada principalmente pela obsessão de um estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural, pois, estando nos “moldes” sociais, indubitavelmente terá o resultado embelezador, e a prova disso são estudos que versam sobre a motivação dos indivíduos a fazerem cirurgia plástica estética em virtude da insatisfação com o próprio corpo e a baixa autoestima em relação ao mesmo.

Surgidas desde meados do século XX, muitos pesquisadores começaram a construir as ideias, conceitos e as teorias das mídias digitais, e um dos autores, chamado Michael Heim<sup>103</sup>, tratou da filosofia do mundo virtual conectado. Asseverou, outrossim, que o mundo digital, por meio de computadores e celulares, entra em nosso ambiente mental, operando, inclusive, por meio de uma intersecção digital

Ademais, por meio do ciberespaço, os indivíduos compartilham informações e pensamentos que tem, sendo um espaço para imensos fluxos para os participantes trocarem opiniões, debaterem e alastrar mais ainda, conseqüentemente, o estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural.

A prova disso, conforme nos mostra a pesquisa do Ibope Inteligência<sup>104</sup>, é que 52% dos internautas brasileiros seguem influenciadores digitais em redes sociais, além de mais da metade afirmar que se sente influenciada em relação aos produtos, serviços e padrões que essas personalidades, os quais são chamados de influenciadores ou *blogueiros*, indicam nas plataformas.

Assim, concluímos que os padrões midiáticos enraizados, por entrarem na mente das pessoas, acabaram fazendo com que muitas vezes se sobressaiam perante a subjetividade inerente ao ser humano que, por conseguinte, relacionará o resultado embelezador com a aprovação externa, os indivíduos fisicamente serem mais atraentes, mais bem aceitos e receberem uma atenção diferenciada em inúmeras situações cotidianas, quando comparados àqueles que não possuem beleza.

Transladando-se para o âmbito da atuação médica, entendemos que se durante cirurgia estética não ocorreu erro médico, bem como se o profissional realizou os procedimentos da melhor maneira e alertou o paciente de todos os riscos inerentes ao procedimento, não poderá ser responsabilizado se o conceito de beleza dele for discrepante ao do paciente.

---

<sup>103</sup> HEIM, Michael apud MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 40.

<sup>104</sup> IBOPE INTELIGÊNCIA. *O Brasil e os influenciadores digitais*. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/Influenciadores-digitais-ibope.pdf> . Acesso em: 04 maio 2021.

Ante o exposto, concluímos esse trabalho entendendo e afirmando que é injusto o médico responder civilmente por uma indenização com culpa presumida (negligência, imprudência ou imperícia), simplesmente porque o conceito de resultado embelezador para o paciente é diferente do médico, já que, consoante à filosofia de David Hume, cada espírito percebe uma beleza discrepante, isto é subjetividade, e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza.

## CONCLUSÕES

A ascensão e consolidação da modernidade, ladeada com a busca e a preocupação incessante pela beleza, transformaram o culto ao corpo em uma obsessão, bem como em um estilo de vida, buscado por homens e, principalmente, por mulheres.

Isto porque, somente o Brasil líder entre os países que mais realizam procedimentos estéticos no mundo. Para tanto, as justificativas são alicerçadas na insatisfação da própria imagem, sendo a maioria motivada por demandas sociais, a obsessão de um estilo de vida padronizado, os quais são incentivados pela própria indústria cultural e disseminadas pelos veículos de comunicação que propagam a ideia de imagem corporal idealizada.

Justamente em virtude dessa obsessão pela autoimagem, aumentou-se, outrossim, a incidência de erros médicos em cirurgias plásticas e, conseqüentemente, as ações indenizatórias, as quais sempre devem ser fomentadas por negligência, imprudência ou imperícia, englobadas pela culpa *stricto sensu*, já que a responsabilidade do médico sempre será subjetiva.

Nesse sentido, acreditamos que as ações indenizatórias por culpa médica são entranhadas por questões multifacetadas de direito material e processual de difícil superação e solução. Para tanto, o nosso maior desafio como operadores do direito nessas demandas é, indubitavelmente, operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta *expert* da medicina no caso concreto.

É uma questão alarmantemente tormentosa, pois envolve necessária e indispensavelmente uma análise minuciosa do comportamento do médico durante todo procedimento e os efeitos daí decorrentes sob ótica da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento proposto.

Por tais razões, ressaltamos em nossa pesquisa a importância da perícia médica e da inversão do ônus da prova, peças chave do julgamento indenizatório por erro médico, trazendo à baila as permissões legais para tal, elencadas tanto no Código de Processo Civil, por meio do artigo 373, parágrafo primeiro, bem como Código de Defesa do Consumidor, com esteio no seu artigo 6º, inciso VIII, legislação matriz da responsabilidade civil médica, pois o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final, configurando-se, destarte, uma relação de consumo.

De outro viés, acreditamos que o direito à informação e ao resguardo do sigilo consagrado pela Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XIV além de se aplicar nas relações médico-paciente, tendo em vista também a universalização do direito à saúde e à vida,

afigura-se primordial para o liame entre o prestador de serviço e o consumidor, pois o consentimento esclarece os riscos da realização de qualquer procedimento e tratamento medicinal.

No seio da pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a investigação concluiu que cirurgias plásticas meramente para fins estéticos são versadas como obrigação de resultado, sob o argumento de que a álea é a mesma de qualquer outra cirurgia, motivo pelo qual a obrigação do médico deveria ser considerada de meio, da mesma maneira que as cirurgias plásticas com fins terapêuticos. Ademais, entendem ser obrigação de resultado em virtude da promessa de um resultado em que, caso não seja alcançado, fomentará na chance de propositura de ação condenatória, porém, certamente se olvidaram de dois aspectos importantes: a imprescindibilidade dos cuidados pós-operatórios pelo paciente, bem como da subjetividade do conceito de belo.

Em face disso, a obrigação do cirurgião médico não anula a do paciente em tomar os devidos cuidados e, se não houve erro médico durante o procedimento, automaticamente não há motivos para nascer uma obrigação indenizatória e muito menos presumir a culpa do cirurgião.

Para tanto, mostramos nossa opinião concreta acerca da temática em apreço, ponderando o enorme equívoco jurisprudencial, porque, sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de resultado, sendo uma classificação extremamente difundida, mormente em virtude de o conceito de belo ser subjetivo. Logo, imbuídos deste norte, pondera o filósofo David Hume, cada espírito percebe uma beleza discrepante, isto é subjetividade, e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza.

Arrimando-se no âmbito deste referido entendimento, verifica-se clara e inegável que tanto as cirurgias com finalidades terapêuticas, quanto as meramente para fins estéticos merecem ser tratadas igualmente, carregando em seu bojo a obrigação de meio, a qual o médico deve adotar as diligências necessárias para salvar o bem mais precioso do ser humano, a vida, não tendo o condão de atingir o resultado.

Portanto, ao fim e ao cabo concluímos que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conduz um entendimento extremamente equivocado em relação a discrepância de tratamento dos cirurgiões plásticos, pois não deve este profissional responder por uma obrigação de resultado, com culpa presumida, por não cumprir a expectativa embelezadora nos casos de cirurgias meramente para fins estéticos.

Assim, propomos uma urgente revisão nesse paradigma jurisprudencial defasado e equivocado, ora adotado, para que as mudanças imediatas possam ser implementadas no nosso

ordenamento jurídico em esfera médica, já que é frequente a busca por tratamentos estéticos no Brasil, conforme demonstramos *a priori*.

Logo, tal constatação responde devida e claramente a nossa pergunta problema aqui proposta, abrindo caminho para novas discussões acerca de outros entendimentos equivocados os quais envolvem o direito e a medicina.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ALBANESI, Fabrício Carregosa. O que se entende por efeito "cliquet" nos direitos humanos? *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 09 mar. 2021.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Lisboa*. [1995]. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html). Acesso em: 18 maio 2021.

BORREGO, Christiane. As relações de consumo e a teoria do valor do desestímulo em face da globalização dos negócios jurídicos. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, n. 104, v. 18, nov./dez. 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS DE, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. (Constituição [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp: 1824691 SP*. 2019/0151790-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 01/10/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp: 951777-DF*. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Data de Julgamento: 19/06/2007. Data de Publicação: 27/08/2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1579954/MG. RECURSO ESPECIAL 2016/0020993-7*. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data do julgamento: 08/05/2018.

Data de publicação: 18/05/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia> Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.180.815/MG*. RECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3-TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 19/08/2010. Data de publicação: 26/08/2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *AgRg no AREsp 514556/SP*. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data de Julgamento: 16/09/2014. Data de publicação: 20/10/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgRg no AgRg no REsp 1483628-MG*. RECURSO ESPECIAL. 2014/0200313-1. Relator Ministro MOURA RIBEIRO. Data do julgamento: 19/03/2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

CAMPOS, Valdir de Carvalho; MANDALITI, Reinaldo L. T. Rondina. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-ações/pj-justiça-emnumeros>. Acesso em: 02 maio 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Consulta jurisprudencial. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao> Acesso em: 01 abr. 2021.

DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo: textos clássicos de estética*. 2. ed. São Paulo: Editora Autêntica, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan Ltda, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 4 v.

IBOPE INTELIGÊNCIA. *O Brasil e os influenciadores digitais*. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/Influenciadores-digitais-ibope.pdf> . Acesso em: 04 maio 2021.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015.

MAGRINI, Rosana Jane. *Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35489>. Acesso em: 03/05/2021.

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis: Vozes, 2014.

MATSUBARA, Patrícia; REIS, Iuri. STJ Prestigia segurança jurídica e pacífica prazo prescricional de 10 anos na responsabilidade civil contratual. Machado Meyer, Inteligência Artificial, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-de-disputas-ij/stj-prestigia-seguranca-juridica-e-pacifica-prazo-prescricional-de-10-anos-na-responsabilidade-civil-contratual#:~:text=A%20discuss%C3%A3o%20se%20restringe%20exclusivamente,prescricional%20%C3%A9%20de%20tr%C3%AAs%20anos>. Acesso em: 17 fev. 2021.

MINISTRO aposentado Ruy Rosado morre aos 81 anos em Porto Alegre. *STJ*, 24 ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-aposentado-Ruy-Rosado-morre-aos-81-anos-em-Porto-Alegre.aspx>. Acesso em: 03 maio 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRAZO prescricional para ação que busca reparação civil contratual é de dez anos. *STJ*, 23 maio 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Prazo-prescricional-para-acao-que-busca-reparacao-civil-contratual-e-de-dez-anos.aspx#:~:text=Prazo%20prescricional%20para%20ação%20que%20busca%20reparação>

%20civil%20contratual%20é%20de%20dez%20anos,-  
 Conteúdo%20da%20Página&text=%E2%80%8BÉ%20de%20dez%20anos,artigo%20205%20do%20Código%20Civil. Acesso em: 18 maio 2021.

QUEM é o 'Doutor Bumbum', médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente. *BBC News Brasil*, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>. Acesso em: 03 maio 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consulta jurisprudencial. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_c completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_c completa). Acesso em: 23 mar. 2021.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Responsabilidade civil médica: Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril\\_v51\\_n203\\_p249.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p249.pdf). Acesso em: 15 abr. 2021.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

SANTO, Natale G. de; BISACCIA, Carmela; SANTO, Luca S. de; CIRILLO, Massimo; RICHET, Gabriel. Pierre-Joseph Desault (1738-1795) - a forerunner of modern medical teaching. *J Nephrol*, v. 16, n. 5, p. 742-753, set./out. 2003. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14733424/>. Acesso em: 04 maio 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consulta jurisprudencial. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 16 fev. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1027656-82.2017.8.26.0562*. Relator: Alfredo Attié. Julgado em: 09/02/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5149A45C09.cjsg1> Acesso em: 16 fev. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 2201570-08.2020.8.26.0000*. Relator: Luiz Antônio de Godoy. Data de Julgamento: 12/04/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5149A45C09.cjsg1>. Acesso em: 19 abr. 2021.

SILVA, André Rodrigues Pereira. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. *Âmbito Jurídico*, 1 abr. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. (Coord). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Ivan Lobato Prado. *Capacidade e consentimento na relação médico-paciente*, 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 23. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

WIDER, Roberto. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CIRURGIA PLÁSTICA. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista20/revista20\\_115.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_115.pdf). Acesso em: 04 maio 2021.



## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, *Isabella Henrique Bomodis*

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº , Período , Turma , 41616261, 10ª A, matutino

tendo realizado o TCC com o título: *Responsabilidade Civil por erro médico em urgências plásticas*

sob a orientação do(a) professor(a): *Dr. Lourenço de Misuanda Freire Neto*

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de 05 de 2021.

*Isabella H. Bomodis*

Assinatura do discente