

## ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS ESTÉTICAS

*Edilson Enedino das Chagas (\*)*

### **1. Serviços médicos como serviços de massa, pois umbilicalmente relacionados à saúde, direito difuso por excelência.**

A vida e a saúde são direitos básicos no ordenamento jurídico pátrio. Direitos fundamentais; uma das espécies de cláusulas pétreas; portanto, constitucionalizados (arts. 5º, 6º e 196 c/c art. 60, § 4º, inc. IV, todos da Lei Ápice).

Natural, assim, que num país continental como o Brasil, com mais de 190 milhões de habitantes<sup>1</sup>, haja, proporcionalmente, diuturnamente, milhões de atendimentos médico-hospitalares. Trata-se de serviço de massa, a ser prestado pela rede pública de saúde, prioritariamente, e, ainda, pela iniciativa privada, de forma complementar.

A importância que a coletividade brasileira conferiu aos serviços de saúde dá conta da seriedade com que se deve abordar o tema. Confirma-se que a Constituição Federal destinou parcela substancial da arrecadação tributária aos serviços de saúde. Essa destinação vincula a Administração Pública e o Orçamento Estatal.

Não poderia o Estado sozinho dar conta da demanda pelos serviços de saúde, todavia teria que alcançar tal possibilidade, caso não fossem oferecidos os serviços médicos e hospitalares particulares. Assim, a ordem natural da prestação dos referidos serviços seria um serviço público eficiente de saúde e, supletivamente, um serviço privado alternativo ou subsidiário, ante a condição de direito fundamental atribuída à saúde.

Tanto o ente estatal, quanto o particular privado (estrito ou a serviço do SUS) devem, assim, empenhar-se na prestação de um serviço eficiente. Caso o particular tenha o interesse de substituir o público, deve incutir na sua consciência a seriedade da atividade que visa desempenhar, isso porque lidará com direito fundamental. Ocorrendo infortúnio, deve preparar-se para receber tratamento distinto daqueles que lidam com outros direitos disponíveis e não fundamentais e, mais especificamente direitos patrimoniais,

A forma de tratar o erro que envolve coisas e patrimônio, especialmente quando não se assume eventual resultado, não pode ser equiparada ao tratamento dado

---

(\*) Juiz de Direito do TJDF, titular da 2ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Samambaia - DF

a quem lida com a vida e a saúde humana. Ainda mais quando a sociedade brasileira atribuiu tão especial valor a tais direitos.

Nesse sentido, ao menos formalmente, a legislação brasileira estabeleceu um dos sistemas de saúde - “sistema de saúde como conjunto de relações políticas, econômicas e institucionais responsáveis pela condução dos processos relativos à saúde de uma população” (SILVA, 2008, p. 2)<sup>2</sup> - mais bem elaborados do mundo.

O denominado SUS (Sistema Único da Saúde) albergado, primeiramente, no texto da Constituição Federal (arts. 197, 198, 199 e 200) e, infraconstitucionalmente, estruturado pela Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde, também cognominada de Lei do SUS) e Lei 8.142/90 (que regulamentou a participação da sociedade na gestão do SUS, bem como as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde).

E, dentre os pilares do SUS, os princípios da universalidade, integralidade, equidade, descentralização, regionalização e hierarquização. Sucintamente, os princípios da universalidade e da integralidade se percebem pela amplitude dos serviços de saúde disponibilizados: do atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos (métodos preventivos e curativos), acessíveis, em perspectiva, a toda população do país, gratuitamente.

Integram o SUS os centros e postos de saúde, os hospitais (incluindo-se os universitários), bem como os laboratórios, hemocentros, os serviços de vigilância sanitária e os institutos de pesquisa (art. 4º, da Lei 8.080/90).

Apesar da universalidade almejada, perceptível, no dia a dia dos pronto-socorros, as vicissitudes de um serviço público essencial que, não raras vezes, encontra-se carente de infra-estrutura adequada (número de leitos insuficientes, por exemplo), de recursos materiais (estoque deficitário de utensílios para higienização, a título de ilustração) e de médicos; ainda pior, longe dos grandes centros urbanos, a ausência da prestação do serviço.

Assim, mesmo que a Lei Orgânica da Saúde, expressamente, refira-se ao princípio da igualdade, inc. IV, do art. 7º, da Lei 8.080/90, “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”, defensável, doutrinariamente, para além de uma igualdade formal, de oportunidades, um incremento do acesso aos serviços de saúde, diante das históricas desigualdades sociais e regionais existentes em nosso país, sendo que essa otimização no acesso aos serviços de saúde recebe o nome de princípio da equidade.

A saúde - preconiza a Constituição Federal em seu art. 196 - é “direito de todos e dever do Estado”; logo, compatível com a forma de Estado adotada no Brasil (Federação) a descentralização político-administrativa dos serviços de saúde, e, por tal razão, naturalmente delineadas as competências dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com “ênfase na descentralização dos serviços de saúde

para os municípios” e “regionalização e hierarquização da rede de serviços à saúde” (respectivamente, alíneas “a” e “b”, do inc. IX, do art. 7º, da Lei do SUS).

A traduzir os princípios da regionalização e da hierarquização tem-se a prestação dos serviços de saúde em graus ou níveis de complexidade. A atenção básica ou primária à saúde, essencialmente preventiva e multidisciplinar, idealmente, deveria cobrir o todo da população. Por outro lado, outros serviços de maior complexidade, menos frequentes, lançar-se-ão à parcela específica da população e quando se demonstrarem necessários.

De se salientar, ainda, de acordo com a norma de regência (Lei do SUS, mais especificamente, em seus arts. 7º, inc. XI, e 10, *caput*, e §§ 1º e 2º), a previsão da “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;” e em nível sub-regional ou local, respectivamente, a possibilidade de consórcios entre Municípios e a organização do SUS em distritos “de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde”.

Teoricamente, a enunciação e a implementação dos princípios acima como estratégias para um serviço de saúde de qualidade refletem o alcance de um federalismo cooperativo<sup>3</sup>. Do ponto de vista formal, portanto, o SUS, ideológica e administrativamente, é um modelo a ser respeitado.

Para validar e avaliar a concretização do nosso Sistema de Saúde como paradigma, elaborou-se no âmbito do CONASEMS (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde), em 2008, relatório substancial, comparando o SUS com os sistemas de saúde adotados na União Européia. Como pressuposto de análise, estabeleceu-se que a Atenção Básica à Saúde no SUS corresponderia à denominada Atenção Primária à Saúde (APS), de acordo com os parâmetros adotados pela Organização Panamericana de Saúde, muito bem sintetizados por SILVA (*Ibid.*, p. 3), nas seguintes letras:

[...] no conceito de APS utilizado atualmente predominam os seguintes princípios: (1) é formada por um conjunto de elementos estruturais e funcionais que garantem a cobertura e acesso universal, (2) oferece cuidados amplos, integrados e apropriados, enfatizando a prevenção, promoção e (3) constitui a primeira linha de atenção [...]

E, conforme asseverou SILVA (2008), alguns tópicos de comparação destacaram-se, a saber: a) tipo de profissionais de primeiro contato, local de atendimento, configuração da porta de entrada e adscrição de usuários à equipe de atenção básica; b) oferta de médicos em relação ao número de habitantes na atenção básica; c)

remuneração dos médicos generalistas; d) número de consultas por habitante/ano e alguns dados de cobertura na atenção à saúde da mulher; e) gastos públicos em relação aos gastos totais em saúde e cobertura populacional; f) número de tomógrafos, leitos hospitalares e taxas de internação; g) vínculo, forma de remuneração e porcentagem de generalistas em relação ao total de médicos.

E dos referidos critérios de investigação alcançados os resultados seguintes (*Id. ibid.*, p. 17/18):

- 1) Os países europeus têm mais médicos disponíveis por habitante na APS do que o Brasil;
- 2) Os países europeus têm uma produção de consultas médicas “ nas áreas básica e especializada “ por habitante superior à do SUS;
- 3) A proporção de médicos generalistas nos países europeus em relação ao total de médicos em atividade é bem superior à do Brasil;
- 4) A adscrição de usuários por médico, nos países europeus (1.030 a 2.500) é inferior à encontrada no SUS (3.500 a 4.500);
- 5) O valor de remuneração dos médicos no PSF é inferior ao dos países europeus que têm faixa salarial menor;
- 6) A cobertura de exames preventivos de Câncer de colo de útero e a porcentagem de mulheres que fizeram mamografia, nos anos analisados, são maiores na grande maioria dos países europeus, comparado com o SUS;
- 7) A porcentagem de gastos públicos em relação aos gastos totais é bem maior nos países europeus do que no Brasil, assim como a cobertura assistencial do sistema público (75% no Brasil e próxima de 100% para a maioria dos países europeus);
- 8) As taxas de internação e o número de leitos por habitante são bem superiores nos países europeus do que no SUS;
- 9) Nos países europeus preserva-se relação autônoma no trabalho do médico de APS e a remuneração por incentivos à produtividade e resultados é mais institucionalizada do que na Atenção Básica do SUS;
- 10) No SUS é alta a rotatividade dos profissionais que atuam na Atenção Básica.

Os dados acima bem demonstram a tendência à universalização dos serviços de saúde. E, prognosticamente, fácil perceber tratar-se a atenção à saúde primária interesse difuso, essencialmente coletivo, institucionalizado, padronizado, indissociavelmente, à obriedade, serviço de massa, relação de consumo.

Entretanto, apesar da coincidência no priorizar a Saúde Primária, tanto no Brasil, quando na União Européia, as discrepâncias nos resultados se acentuaram. E por esclarecedoras, mais uma vez, as observações de SANTOS (*Id. ibid.*, p. 19/20):

Nos sistemas europeus, em muitos países, há uma maior preocupação em organizar o cuidado da atenção médica por vinculação do profissional médico com usuários previamente registrados. O gerenciamento do cuidado é feito, em geral, com a participação desse profissional. Aparentemente a APS procura a assumir a demanda da atenção à saúde no seu nível de competência, restringindo o acesso ao especialista. Esse estímulo se dá pelos seguintes fatores: (1) investimentos na formação do generalista; (2) forma de remuneração, que induz à maior produtividade e obtenção de melhores resultados para obter ganhos na remuneração e (3) relação de médicos por população na APS que permita atender a demanda e realizar as atividades de prevenção e promoção da saúde. O número de usuários registrados por médico varia de 1.030 a 2.500, números bem inferiores ao encontrados aqui, como comentado anteriormente.

No SUS o modelo *almejado* é menos médico-centrado. Tanto na Saúde da Família, quanto nas UBS tradicionais, preconiza-se o trabalho multiprofissional e interdisciplinar, na perspectiva de integralidade e equidade na atenção. Na prática observa-se um conflito entre o que se pretende e o que efetivamente acontece. O modelo continua médico-centrado em virtude da hegemonização desse modelo na cultura das organizações da saúde e da própria população. Existe dificuldade de organizar o trabalho em equipe na perspectiva almejada. A vinculação dos usuários à equipe multiprofissional e/ou ao médico da equipe é débil em virtude de: (1) não consolidação de modelo de atenção que integre a clínica com as outras ações de saúde, na perspectiva da integralidade da atenção, (2) oferta insuficiente da atenção médica na área básica (médico para 3.500 pessoas ou mais); (3) insuficiente formação do profissional médico para exercer a função de generalista e gerenciador do cuidado.

Que contribuição traz a comparação com os sistemas europeus para a agenda do SUS?

Primeiramente, deve-se considerar que o processo de construção do SUS é recente quando comparado à construção dos sistemas públicos universais nos países europeus.

Nossos indicadores de oferta assistencial na AB são bem inferiores aos daqueles países, mas são bem superiores aos do passado, mostrando que o SUS, apesar das dificuldades está ampliando o acesso da população à atenção básica. Esses achados devem ser analisados considerando esses aspectos e também a condição econômica dos países europeus, bem superior a do Brasil.

Feitas essas ressalvas, é necessário estabelecer metas na agenda futura do SUS que visem superar dificuldades para que a Atenção Básica possa almejar acessibilidade universal, seja resolutiva para 85% das demandas assistenciais e seja ordenadora do cuidado integral à saúde. A experiência internacional nos mostra que alguns equívocos devem ser corrigidos e outros evitados nessa agenda futura. Sucintamente destacamos alguns que ressaltam desse estudo:

1º) A oferta assistencial na área médica é insuficiente na Atenção Básica. A vinculação de um médico para 3.500 a 4.500 usuários por profissional é excessiva;

2º) O modelo de atenção adotado na Atenção Básica no SUS - com ênfase na multiprofissionalidade, intersetorialidade, integralidade e equidade - tem, em sua concepção, aspectos positivos quando comparado com os sistemas europeus. Deve-se dar continuidade aos esforços de consolidação desse modelo, no entanto, não se deve desconsiderar a importância e o desafio que comporta a organização da clínica e do gerenciamento do cuidado no modelo adotado;

3º) Na organização da clínica e do gerenciamento do cuidado da atenção à saúde, o trabalho médico tem especificidades que devem ser consideradas. A experiência dos países europeus mostra que a resolutividade do trabalho médico na atenção básica depende de alguns aspectos habitualmente negligenciados na agenda do SUS: (1) formação de médicos generalistas em número bem superior ao existente; (2) adequação da oferta médica à demanda/necessidades, utilizando parâmetros médico/população mais adequados; (3) introdução de mecanismos mais inovadores para fixação e motivação profissional para gerenciamento da atenção, criação de vínculos e longitudinalidade no acompanhamento dos usuários e obtenção de resultados, na perspectiva de avanços contínuos na qualidade de atenção.

A preferência pelo atendimento multiprofissional, em tese, bem alicerça a manutenção da responsabilidade civil objetiva, como regra, nas relações que se desenvolvem entre instituições hospitalares (pessoas jurídicas) e os usuários de seus serviços, pacientes-consumidores, eventuais vítimas de “erros” médicos, por aplicação da Teoria do Risco da Atividade.

## 2. A Falibilidade Humana e a Factibilidade do Erro Médico

Responsabilidade civil por erro médico, que se constituiu em painel sobre o qual se construiu o universo de referência da presente pesquisa. Assim, na delimitação do tema, buscou-se desmitificar a ideia já ultrapassada da prestação do serviço médico como relação *intuitu personae*, pois ainda que o médico não organize a prestação de seus serviços empresarialmente, mesmo assim será considerado Fornecedor, diante do enquadramento de sua atividade como elemento objetivo de uma relação de consumo.

No modelo clássico, liberal, percebia-se que a relação médico-paciente projetava-se, primeiramente, na reputação do profissional médico, mas somente se consolidava pela dedicação que pudesse demonstrar a outros entes da família do paciente, processo, às vezes longo, e a atravessar gerações; juridicamente, espelhava-se a relação médico-paciente num contrato, pautado pela autonomia da vontade. A quebra de tal paradigma, por outro lado, ocorreu gradativamente, com o avanço da medicina, cada vez mais especializada, a reclamar a associação dos profissionais de saúde; e, assim, paralelamente ao serviço público de saúde, surgiram os planos gerenciados por pessoas jurídicas, a congregar profissionais conveniados.

Hoje, não se contratam serviços médicos, preponderantemente, pela confiança depositada no talento profissional, mas sim por imposição do mercado, pela necessidade de usufruir de assistência à saúde não disponibilizada satisfatoriamente pelo poder público. Nas palavras de COELHO (2006, p. 12) o consumidor “contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer”. Pelo contrário, premido pela necessidade, sujeita-se a contratos-padrão, contratos de adesão, tornando-se naturalmente o personagem vulnerável da avença.

E sobre essa paulatina desumanização da relação médico-paciente dissertou BARBIERI (2008, p. 16):

[...] aquele médico, amigo e confidente da família e do doente, e que conhecia todo o histórico de doenças da família, deu lugar à outra geração. Hoje, o crescimento das cidades e a impessoalidade gerada pelo sistema capitalista transformaram-no em um fornecedor de técnicas médicas.

O distanciamento de alguns médicos com seu paciente, tratando-o como uma máquina com defeito, chegando muitas vezes a chamá-lo pelo nome da doença, expôs os atos médicos.

Consequentemente, esta exposição é explorada pela mídia sensacionalista que propaga os casos de erro médico, comparando toda classe médica à imagem do antigo cirurgião grego Árcagato, considerado ‘médico-carniceiro’.

Se de um lado está o médico-prestador de serviço, no polo extremo está o paciente consumidor.

A reforçar a ideia de que os serviços em geral, dentre eles os serviços médicos, são reflexos de uma produção em série, pautada e condicionada, predominantemente, pela lei da oferta e da procura, as observações de NUNES (2006, p. 155):

Com a explosão da Revolução Industrial, a aglomeração de pessoas nos grandes centros urbanos e o inexorável aumento da complexidade social, exigia-se um modelo de produção que desse conta da sociedade que começava a surgir.

A necessidade de oferecer cada vez mais produtos e serviços para um número sempre maior de pessoas fez com que a indústria passasse a produzir em grande quantidade. Mas o maior entrave para o crescimento da produção era o custo.

A solução foi a produção em série, cuja escala, a partir de modelos previamente concebidos, permitia a diminuição dos custos. Com isso era possível fabricar mais bens para atingir um maior número de pessoas. O século XX inicia-se sob a égide desse modelo de produção: fabricação de produto e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, com um custo de produção menor de cada um dos produtos, possibilitando que fossem vendidos a menor preço individual, com o que maiores parcelas de consumidores passaram a ser beneficiadas.

E durante o transcurso do século XX esse projeto de produção capitalista desenvolveu-se numa velocidade jamais imaginada, fruto do incremento dos sistemas de automação, do surgimento da robótica, da telefonia por satélite, das transações eletrônicas, da computação, da microcomputação etc.

E, neste século, da geração internet, do comércio virtual, *on line*, do *marketing* agressivo, paralelamente aos avanços da medicina para a cura (que passou a adotar métodos equiparáveis à produção industrial em série), incrementou-se a medicina para o consumismo, não para o doente, e, sim, para o são, para fins de “embelezamento”, de que são exemplos até alguns *reality shows*<sup>4</sup>.



E, se passíveis de indenização os erros médicos em casos de acidente de consumo, em que não se promete resultado algum, *a fortiori*, igualmente indenizáveis os “erros médicos” relacionados a incidentes de consumo, posto que, em cores, convence-se o paciente/consumidor a uma intervenção cirúrgica, na expectativa legítima de determinado resultado. E aqui não se trata de contrato aleatório, não se adquire somente a esperança de que eventualmente aquele resultado venha materializar-se; ao contrário, confia-se e tem-se como natural o adimplemento daquilo que foi prometido.

É bem verdade que houve reação do Conselho Federal de Medicina (órgão que normatiza e fiscaliza a profissão no país) ao que se denomina “Medicina Mercenária”, tanto que em vigor, a partir do mês de abril do ano em curso, o novo Código de Ética Médica, e que declara expressamente:

**[...] É vedado ao médico:**

Art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico [...]<sup>5</sup>

E, ainda que não existam estatísticas oficiais no Brasil sobre erro médico, possível inferir, atuariamente, por projeção, diante da generalização dos serviços médicos, a factibilidade cada vez mais crescente quanto a sua ocorrência. Nesse sentido, mais uma vez, a doutrina de NUNES (2008, p. 155):

[...] uma das características das sociedades de massa é a produção em série (massificada). Em produções seriadas é impossível assegurar como resultado final que o produto ou o serviço não terá vício/defeito.

O sistema de saúde norte-americano, em 2007, segundo a matéria “Erros Médicos” veiculada pela Revista “Brasília em Dia”, trouxe à comunidade científica números alarmantes:

A literatura voltada para o estudo dos erros na área de saúde tem crescido nos últimos anos, porém ainda há uma grande diversidade nos conceitos, o que, muitas vezes, impossibilita uma homogeneização das informações coletadas e, conseqüentemente,

suas comparações. Com o objetivo de minimizar esse problema, tem-se sugerido uma uniformização para os termos mais comuns. Tendo em vista a grande complexidade da natureza da prática médica e do grande número de intervenções que cada paciente recebe, a incidência de uma alta taxa de erros não constitui surpresa. Por exemplo, um paciente em unidade de tratamento intensivo recebe em média 178 intervenções por dia. A ocorrência de 1,7 erros por paciente, por dia (1% do total de intervenções), indicaria que a eficiência dos profissionais de saúde que lidam com tal paciente é de 99%. Essa incidência de 1% de erro parece pequena quando analisada isoladamente; entretanto, quando comparamos com outros setores, tais como os da produção industrial e de prestação de serviços, essa taxa se torna inaceitável. Mesmo uma taxa de 0,1% de erro, o que daria uma margem de 99,9% de acertos, pode não ser adequada na prática médica. Esta pequena taxa de erro (0,1%), quando transportada para outros setores, acarretaria problemas catastróficos. Por exemplo, com esta taxa de erro, dois aviões defeituosos seriam produzidos por dia, 16.000 cartas se extraviariam por hora, e 32.000 cheques seriam descontados em bancos errados, a cada hora, nos EUA. Só nos Estados Unidos, cerca de um milhão de pacientes por ano são vítimas de eventos adversos com drogas (administradas por profissionais de saúde). Destes, 140.000 morrem anualmente. Segundo recente estatística, a probabilidade de morte decorrente de evento adverso com drogas em pacientes hospitalizados (390/dia) é três vezes maior do que as decorrentes por acidentes automobilísticos (125/dia), e infinitamente maior do que a chance de morrer em um acidente aéreo (0,27/ 1 milhão de decolagens). Considerando-se que cerca de três milhões de bagagens circulam diariamente nos aeroportos mundiais, é preocupante saber que a probabilidade de ocorrência de erro relacionado à administração de drogas a pacientes hospitalizados é maior do que a chance de uma dessas bagagens se extraviar. Várias publicações nos últimos anos têm analisado a epidemiologia do erro médico, concentrando-se, principalmente, na prevalência, nas consequências desses erros e no perfil dos profissionais neles envolvidos<sup>6 7</sup>

Sem dúvida, conforme as projeções acima, se há risco de erro médico na simples prescrição de medicamentos, inegável haver risco de intercorrência ou insucesso

inerente a qualquer intervenção cirúrgica, conforme salientado por AGUIAR JR. (2000), ao destacar a doutrina francesa, doutrina que não faz distinção entre a responsabilidade civil do médico decorrente de obrigações de meio e de resultado, responsabilidade que lá será sempre apurada subjetivamente.

Se assim é, numa crítica apressada, alguém poderia objetar se haveria para o problema “risco de erro médico em cirurgia estética” solução divergente em relação às demais cirurgias, em que igualmente natural a álea, e, ao responder-se negativamente, no âmbito do direito civil, perderia o interesse pela discussão e pesquisa a respeito.

Entretanto, ainda que alguns queiram restringir a responsabilidade civil do médico à seara contratual, de se ver que, independentemente, da espécie de contrato escolhida para enquadramento do serviço prestado como fonte de obrigações (mandato, empreitada, locação de serviços, inominado ou multiforme), a Lei 8.078/90 (art. 14, § 4º), o Código de Defesa do Consumidor, mais de uma década antes da vigência do atual Código Civil, já havia estabelecido, em casos de acidentes de consumo, a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais (de que são exemplos clássicos os médicos), “mediante a verificação de culpa”.

Por outro lado, não só na “medicina para a cura”, jungida aos acidentes de consumo, repise-se, mas também na “medicina cosmetológica” o risco virá, inevitavelmente; porém, na segunda hipótese, há expedientes para mensurá-lo e reduzi-lo a níveis aceitáveis, pois, do contrário, inviável o desenvolvimento de serviços médicos, envolvendo obrigações de resultado, das quais são exemplos as cirurgias plásticas embelezadoras.

Assim, discutir e buscar respostas para, no âmbito do direito privado brasileiro, homogeneizar mecanismos extrajudiciais e também judiciais eficazes a minorar a exponencial e ascendente curva relacionada aos casos de erro médico nas cirurgias embelezadoras, demonstra-se preocupação legítima e premente.

Nessa linha de raciocínio, os caminhos de solução encontram-se atados à junção das locuções Direito do Consumidor, Princípio da Boa-fé Objetiva e Erro Médico.

“Erro Médico nas Cirurgias Estéticas” como tema delicado e multidisciplinar, que ultrapassa a preocupação do meio jurídico, por ser estudado e investigado por outras ciências (como a medicina, a psicologia e a sociologia), e somente o pensar e o enfrentar o “Erro Médico” através de uma força-tarefa múltipla propiciarão resultados profícuos. Esforço necessário e urgente para mitigar (o quanto possível) o cancro “Erro Médico”; e, para que, paralelamente, desenvolvam-se também ações de prevenção a tema tão suscetível.

### **3. Do necessário “Diálogo de Fontes”**

Bem por isso, a doutrina e a jurisprudência têm encampado a necessária convivência entre diplomas legais concorrentes, por exemplo, em relação a contratos

de planos de saúde. Como se sabe há legislação específica a tratar desse tipo de avença (Lei 9.656/98, art. 15) em que possíveis reajustes diferenciados em razão da idade dos usuários-contratantes, salientando a natureza peculiar desses negócios: “cativos” e de trato sucessivo; porém, a complementar o disposto no art. 15 da lei de regência, preferível verificar, nos casos concretos, se tais reajustes não tenham ultimado por infringir o razoável, não se percebam excessivamente onerosos, pois se tal ocorrer, haverá abuso de direito, desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva (princípio e cláusula geral, a limitar o referido abuso, arts. 4º, inc. III e 51, inc. IV, ambos do CDC).

A aplicação do CDC se faz necessária, porque um dos contratantes, sobretudo tratando-se de consumidor pessoa física, por presunção legal, será a parte mais fraca, vulnerável da avença (art. 4º, I, da Lei 8.078/90). Além disso, há consumidores mais vulneráveis do que outros, dentre os quais crianças e idosos; para esses, a discriminação positiva se potencializará pela convergência dos estatutos próprios. GARCIA (2009, p. 89) salienta precedentes do Tribunal do Rio Grande Sul e do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> em que se adotou o “diálogo de fontes” entre o CDC, a Lei dos Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), “conjuntamente, de modo a evitar o aumento abusivo de mensalidades, principalmente àqueles consumidores que completam 60 anos”.

MARQUES (2007) foi a responsável pela divulgação no Brasil do referido “diálogo de fontes”, com base na doutrina alemã. De forma bastante didática, subdivide referido diálogo em níveis de otimização, para superar as ortodoxas formas de superação dos eventuais conflitos de leis no tempo (especialidade em sentido estrito, anterioridade e hierarquia). Reporta-se ao Código de Defesa do Consumidor, como legislação prioritária, sempre que em dado negócio jurídico, perceba-se, num dos polos da relação jurídica um profissional, fornecedor de bens ou serviços e, do outro, como usuário/destinatário potencial de tais bens e serviços, sujeito vulnerável; vulnerabilidade fática (pelo amesquinhar do direito de escolha, já que existem serviços que são oligopólios), técnica (o consumidor não detém controle sobre as informações e dados específicos dos produtos e serviços produzidos no mercado) ou jurídica (pela imposição das avenças mediante contratos de adesão).

Entende, assim, que o CDC constituiu-se em um Código para desiguais, para diferentes, exatamente por concretizar o projeto constitucional que tornou a defesa do consumidor direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII, da CF); ao passo que o Código Civil seria aplicável quando não se verificasse a disparidade de tratamento evidenciada pelas várias faces do princípio da vulnerabilidade; o Código Civil, portanto, um Código para iguais; a salientar, ainda, que essa paridade pode ser observada entre empresários, o que reclamará a aplicação da legislação específica e própria do Direito Comercial (Empresarial).

E, nas relações de consumo, somente na lacuna da lei prioritária (CDC, por regra, diploma legal mais benéfico) é que possível a aplicação subsidiária do Código Civil. Diz MARQUES (2007, p. 87):

O uso da expressão [...] ‘diálogo de fontes’ é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada (...)’ que, em um momento posterior a descodificação, à tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato - uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

A exemplificar um “diálogo” de reciprocidade ou complementaridade de conceitos, percebe-se que o risco da atividade criado pelo Fornecedor (art. 3º, do CDC), figura que se aproxima do Empresário em sentido amplo (arts. 966 c/c 982, do Código Reale) impõe, para a facilitação da prevenção/repressão de eventuais danos aos seus consumidores, a regra da responsabilidade objetiva e solidária.

E, especificamente em relação aos serviços médicos-hospitalares, quando se propagarem através de pessoas jurídicas de direito privado, ainda que desenvolvam suas atividades sem a expectativa do lucro como fim principal (v.g., através de uma cooperativa), mantida a regra de responsabilizar-se objetivamente o fornecedor (leia-se independentemente da perquirição de dolo ou culpa) por eventuais vícios de qualidade (incidentes do mercado de consumo massificado) ou, pior, vícios funcionais que acarretem danos à saúde e à segurança do consumidor (acidentes de consumo, pelo fato da atividade desenvolvida, pelo fato do serviço como diz a lei). É o que se depreende dos arts. 12, 13, 14, 18, 19 e 20, todos do CDC, sendo que no Código Civil, semelhantemente, dispõem os arts. 927, parágrafo único, e 931.

É lógico que a pessoa jurídica, pessoa ideal, formal, faz materializar sua vontade através de seus sócios ou cooperados, bem como exterioriza o desenvolvimento de sua atividade, através dos atos de seus prepostos ou empregados. Nesse sentido, há médicos conveniados e também médicos empregados. Se assim é, ainda que eventual dano seja causado pelo médico preposto, neste caso, parceiro empresarial da pessoa jurídica ou, minimamente, terceiro interessado no sucesso da atividade coordenada ou gerenciada pela referida pessoa jurídica, mais consentânea com o projeto constitucional

traçado para a defesa do consumidor a contextualização da responsabilidade objetiva e solidária da pessoa coletiva<sup>910</sup>.

Por outro lado, como bem observa AGUIAR JR. (2000, p. 164) há a necessidade de divisar eventuais responsabilidades entre os profissionais pessoas físicas e pessoas jurídicas, quando se tratar de medicina coletiva:

[...] é preciso distinguir entre (1) ato médico, propriamente dito, que somente pode ser realizado por médico (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico), e pelo qual ele responde, (2) e os atos realizados por pessoal auxiliar mediante a sua direta supervisão, ou por pessoal qualificado seguindo suas instruções, pelos quais também responde, (3) dos atos derivados do contrato de hospedagem, ligados á administração hospitalar, como o dever de guarda do doente, e (4) atos de tratamento, realizados em hospital ou em farmácia, de que são exemplos a administração de remédio errado, injeção malfeita, compressas excessivamente quentes, etc., pelos quais o médico não responde [...]

Logo, se possível afastar a relação de preposição ou subordinação, entre o médico, a quem imputado o erro causador do dano, e a pessoa jurídica, hospital (por hipótese), que tenha possibilitado a infraestrutura para a realização de uma intervenção cirúrgica por aquele (ao cabo desastrosa), sem que se vislumbre concorrência da pessoa jurídica para o infortúnio do paciente, afastada a solidariedade e também a responsabilidade objetiva. Remanescerá a possibilidade de se responsabilizar o médico pessoalmente; porém, nessa hipótese, aplicar-se-á o disposto no § 4º, do art. 14, do CDC ou, por similitude, o disposto no art. 951, do Código Civil<sup>11</sup>, ou seja, deverá ser demonstrada a culpa do médico, para que se possa alcançar êxito em eventual ação indenizatória.

Insiste-se na priorização da aplicação do disposto no § 4º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos serviços pessoalmente prestados pelo médico, pois não há razão para que não seja considerado exemplo típico de profissional liberal.

A lei não define a locução profissional liberal, razão pela qual coube à doutrina esclarecê-la. Nesse sentido, NELSON NERY JR. citado por GARCIA (2009, p. 133) com bastante clareza conceitua o profissional liberal como

[...] o não empregado, aquele que trabalha por conta própria, seja em profissão de nível universitário ou não, exercendo atividade científica ou artística. É geralmente autônomo, exercendo sua

atividade por livre opção e havendo faculdade na sua escolha pelo cliente. Para que o profissional seja considerado liberal, não deve exercer sua atividade mediante vínculo empregatício, com subordinação hierárquica. Não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para efeitos do CDC, art. 14, § 4º, se o for *intuitu personae*. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviços o profissional liberal, ou, ainda procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratado pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva [...]

Como se disse acima, o conceito de empresário (explicitamente referenciado no art. 966, do Código Civil) se aproxima do conceito de fornecedor (conforme dispõe o art. 3º, do CDC). Entretanto, ressalte-se, não há plena coincidência. A leitura do art. 966, mencionado, permite contextualizar o empresário como aquele com talento e coragem para concatenar os denominados fatores de produção (capital, insumo, mão de obra de outrem e tecnologia) e com profissionalidade, habitualidade, motivado pela expectativa de lucro, dedica-se à produção, distribuição, e comercialização de produtos e serviços.

Assim, o profissional liberal, de que é exemplo o médico, quando se lança ao exercício individual de sua especialidade, também organiza os fatores de produção, anteriormente mencionados, porém, ao menos teoricamente, no exercício de sua atividade, deveria prevalecer sobre a preocupação econômica a realização de outros valores, mais especificamente, “a saúde do ser humano”, conforme estabelece como princípio geral o recentíssimo Código de Ética Médica Brasileiro (Capítulo I, inc. II), em vigor desde o dia 13 do mês em curso; disposição semelhante há no Código Internacional de Ética Médica (de 1949), que segundo BARBIERI (2008, p. 44) dispõe que “o médico deve ter sempre presente o cuidado de conservar a vida humana”; e acrescenta (*Id. Loc. cit.*) também que a Declaração dos Princípios Éticos dos Médicos para o MERCOSUL, de 1995, enuncia como primeiro mandamento correlacionado ao exercício profissional o seguinte: “O alvo de toda atenção do médico é a saúde do ser humano”.

SHARP JR. (2006, p. 19/20), ao discorrer sobre as atividades econômicas que não se inserem como empresariais, salienta as profissões liberais, em que predominam a intelectualidade:

[...] toda vez que a intelectualidade estiver situada na atividade fim, isso afasta a empresarialidade [...] A intelectualidade somente

se converteria em elemento de empresa, permitindo a natureza empresarial, quando representasse um mero componente na organização dos fatores de produção e não o produto ou serviço final em si oferecido no mercado [...]

Sylvio Marcondes e Arnaldo Wald, respectivamente, citados por SHARP Jr. (*Loc. cit.*) explicam o porquê da exclusão dos profissionais liberais do regime empresarial:

[...] Dessa ampla conceituação [de empresário] exclui, entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços como fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou serviço, sem interferência exterior de fatos de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental. Portanto, não podem - embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços - ser considerados empresários [...]

[...] Com efeito, a produção derivada da atividade de natureza técnica é intrinsecamente ligada à própria pessoa do técnico, decorrente do seu conhecimento e de sua capacidade técnica e, como tal, independe da existência de estrutura organizada para dar suporte ao exercício da atividade que desempenha.

E a referendar o mesmo entendimento, os Enunciados<sup>12</sup> 193, 194 e 195, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal:

**193** - Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

**194** - Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

**195** - Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

À obriedade, se não houver como caracterizar o profissional liberal como empresário, com os olhos voltados apenas para as disposições do Código Civil,



impensável responsabilizá-lo objetivamente, por eventuais danos que venha a causar no exercício de sua atividade. A interpretação extensiva e *a contrario sensu* do art. 931 do Código Civil permitiria tal ilação.

Entretanto, como se expôs, tendo em vista que os serviços médicos se lançam, comumente, à preservação da saúde, direito difuso, de interesse geral, eventual intercorrência médica que se conforme como acidente de consumo somente será indenizável pelo profissional se na correlata demanda judicial restar demonstrada sua culpa no evento. Por outro lado, trata-se de regra excepcional, e, por tal razão, merece interpretação restritiva.

É dizer, quando a atividade do profissional liberal conformar acidente de consumo (com regime jurídico entre os artigos 12 e 17, do CDC, na seção que trata da responsabilidade pelo Fato do Serviço), a apuração de sua responsabilidade será objetivamente (pois essa a regra geral nas relações de consumo). De maneira simples, o regime jurídico a respaldar eventual indenização seria o constante do art. 20, do CDC.

E a diferenciar as duas situações, a dicotomia obrigação de meio e obrigação de resultado. Usualmente, os serviços médicos se lançam à prevenção/recuperação da saúde do paciente/consumidor, no exercício da medicina para cura, em que as obrigações do profissional corresponderão aos meios ao seu alcance para tanto quanto possível suprir a expectativas do paciente/consumidor, sem, entretanto, garantir o sucesso ou a eficácia do tratamento ou do resultado positivo de eventual intervenção cirúrgica.

De outra parte, excepcionalmente, poderá ser firmado o compromisso quanto à concretização de um resultado anunciado, em perspectiva, almejado, e no exercício da Medicina que se ousou chamar de Medicina para o Consumismo, Medicina para o são, Medicina para o “embelezamento”.

Nessa hipótese, a obrigação será de resultado. Se o resultado for alcançado, devidamente restará cumprida a avença. Entretanto, se frustrada a legítima expectativa do consumidor quanto ao resultado do serviço, natural que o paciente/consumidor se proponha a exercer o direito potestativo de escolha distribuído nas alternativas do art. 20, do CDC, dentre as quais se indenizar por perdas e danos, sendo que em eventual demanda judicial, como autor-paciente-consumidor lhe caberá demonstrar o dano e o nexo de causalidade, sem se preocupar em perquirir a culpa do fornecedor-médico-requerido.

Assim, ainda que haja dissenso jurisprudencial acerca do tema, o entendimento dominante no âmbito do STJ é no sentido de que em se tratando de cirurgia predominantemente estética, pelo risco do insucesso, deve responder o médico objetivamente.<sup>13</sup>

Surpreendentemente, talvez no afã de combater os abusos da “Medicina Mercenária”, o Conselho Federal de Medicina ao revisar o Código de Ética Médica tenha confundido mercancia com relação de consumo, e, por isso, tenha feito constar no inc. XX, do Capítulo I, que a “natureza personalíssima da atuação profissional do médico

não caracteriza relação de consumo”, o que soa falso, pois, ainda que personalíssima a prestação de serviço, perfeitamente possível caracterizar o médico como profissional liberal e o seu paciente como consumidor.

A par disso, de se ver que o Código de Ética Médica foi editado mediante resolução do órgão de classe, espécie normativa de hierarquia inferior à lei ordinária, não se prestando a derogar dispositivos do CDC, portanto.

No Brasil, a Lei 8078/90 corresponde a diploma de função social, por irradiar, horizontalmente, a eficácia de um direito fundamental. A restrição referida pelo Código de Ética Médica, portanto, carece de legalidade.

De se salientar, por outro lado, que, comparativamente, tomadas as leis de proteção aos consumidores do Brasil, Uruguai, Paraguai e Argentina, somente esse último país expressamente excluiu do âmbito das relações de consumo os serviços prestados por profissionais liberais, que dependam, para o exercício regular das respectivas atividades, de título universitário e autorização da corporação correlata. Assim, por oportuna, a transcrição dos dispositivos pertinente da lei argentina, para fins de análise:

Lei nº 24.240, de 1993 (Ley de Defensa Del Consumidor):

Art. 2º [omissis]

*[...] No estan comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haya de su ofrecimiento [...]*<sup>14</sup>

#### **4. Das Teorias Civilistas sobre a Responsabilidade do Médico**

Segundo KFOURI NETO (2007), a responsabilidade civil do profissional da medicina deve ser aferida de forma subjetiva, ou seja, a culpa dele deverá ser demonstrada, na modalidade de dolo ou de culpa estrito senso.

O Código Civil admite responsabilidade sem culpa, objetiva, parágrafo único, do art. 927, mas tal disposição não se aplicaria à atividade médica.

O art. 951, também do Código Civil, falando das sequelas que podem atingir a vítima e a respectiva indenização por tal, afirma que o dever de reparar dependerá de uma conduta negligente, imprudente ou imperita de quem exerça profissionalmente a atividade. Mas, exige o artigo que a conduta médica tenha causado morte, agravado o mal, ou inabilitado a vítima para o trabalho.

Para KFOURI NETO (Op. cit.) não se deve impor aos profissionais da saúde, agentes de atividade cujo risco é inerente, a adoção da responsabilidade objetiva,

com base na teoria do risco criado. Assim, a responsabilidade do médico, em regra, continuaria sendo subjetiva.

Destaca que para SÍLVIO RODRIGUES a responsabilidade civil somente poderia ser subjetiva (fundada na culpa) ou objetiva (que desconsidera a culpa e se funda na teoria do risco), não havendo outras espécies, mas sim, outras maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.

Percebe-se, então, dentre os civilistas, a corrente SUBJETIVISTA, a salientar a defesa da demonstração da culpa; culpa que teria lastro moral, pois o médico sentir-se-ia responsável e obrigado a reparar dano causado por ato culposo seu, em situação em que houve previsibilidade, reconhecendo-se responsável, por ter causado o dano verdadeiramente.

Em sentido diametralmente oposto, a corrente OBJETIVISTA, visando: a) abranger todos os casos de danos; b) atender ao princípio social da reparação em todas as circunstâncias em que ela possa vir a se reproduzir, sendo que, na hipótese de responsabilidade objetiva, tem-se a culpa como presumida, pois a lei simplesmente dispensa sua comprovação. Em consequência:

a) Sendo presumida, inverte-se o ônus da prova (o autor prova somente a ação ou omissão do réu e o resultado danoso - ex. art. 936 do CC: só cabe prova de excludente, culpa exclusiva da vítima ou força maior).

b) Sendo responsabilidade sem culpa, basta demonstrar a relação causal entre a ação e o dano (hipóteses de responsabilidade sem culpa - art. 927, parágrafo único, CC)

Para SERPA LOPES, citado por KFOURI NETO (*Ibid.*) haveria duas modalidades de responsabilidade objetiva: a) teoria do risco proveito (quem tem proveito econômico com a atividade lucrativa, deve reparar os danos decorrentes dela); b) teoria do risco criado (pelo simples fato de agir, o homem cria riscos para os demais, por isso deve responder pelo dano causado).

HERMES RODRIGUES DE ALCÂNTARA defende, por sua vez, a responsabilidade objetiva para a atividade médica, em suma, porque a medicina atual pouco teria de abstrata.

KFOURI NETO (*Op. cit.*) reafirma que, no que se refere a algumas especialidades médicas (radiologia, anatomopatologia, cirurgia estética propriamente dita - cosmetológica ou embelezadora), coerente a inversão do ônus da prova, em benefício da vítima. As outras especialidades exigiriam a análise subjetiva da conduta do profissional, sob pena de voltar a pré-história da medicina, onde os médicos praticavam

apenas intervenções de extrema singeleza, pois o insucesso seria letal, acarretando a morte também do médico<sup>15</sup>.

A exacerbação da responsabilidade levaria à adoção da teoria do risco, podendo alcançar a possibilidade do risco integral.

A regra geral aponta para a responsabilidade médica na modalidade contratual, apesar de tal responsabilidade constar do capítulo dos atos ilícitos. Eventualmente, essa responsabilidade poderá ser extracontratual, como no caso de atendimento a pessoa caída na rua.

A obrigação de reparar o dano sempre existirá, ocorra ela dentro ou fora do contrato. A obrigação do médico, ao assistir o paciente, é **de meio** (salvo as exceções acima expostas) e não de resultado. A atividade contratada é o objeto do contrato, e não o resultado dela, tendo o médico que esforçar-se para obter a cura, mesmo não a conseguindo.

Assim, apesar da natureza contratual da relação entre médico e paciente, não se presume a culpa pela ausência do resultado, já que o profissional não se compromete a isso, mas sim de proceder conforme as regras e métodos de sua profissão. Não se presume a culpa do médico, por regra.

Em sentido contrário, também para os civilistas, excepcionalmente, a atividade médica poderia corresponder a uma obrigação de resultado, na qual se enquadra a cirurgia plástica estética propriamente dita (pois seria similar a um contrato de empreitada ou de transporte). Em tais hipóteses, o que se negocia é o resultado, sem o qual não cumprida satisfatoriamente a avença.

Quanto à extensão e quantificação dos danos, merecem lembrança os arts. 944 e 945, do Código Civil, pois o grau da culpa volta à tona, para, em perspectiva, evidenciar:

- a) a excessiva desproporção da gravidade da culpa com a extensão do dano, pode reduzir o valor do ressarcimento; ou,
- b) a concorrência da vítima para o evento influenciará na fixação do valor do ressarcimento, considerando a gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor.

KIFOURI NETO (*ibid.*) considera mais justa tal aferição, pois a fixação do valor ressarcitório levaria em conta a gravidade da imperícia, negligência e imprudência na atividade do profissional médico.

A culpa, ainda que levíssima, determinaria a responsabilidade civil, enquanto sua gravidade determinaria o *quantum* indenizatório.

## 5. Da Prova do Erro Médico no Direito Comparado

Enquanto no Brasil se tem que demonstrar a culpa do profissional, noutros países procura-se facilitar o trabalho do ofendido na prova da culpa médica. O objetivo é vê-lo indenizado, focando-se no resultado lesivo e esgarçando-se o nexo de causalidade.

Conforme esclarece KFOURI NETO (2007), no direito comparado, destacaram-se as seguintes teorias: a) da *prima facie*; b) *perte d'une chance*; c) da *res ipsa loquitur* e d) das cargas probatórias dinâmicas.

Na Itália, Alemanha e Espanha, mesmo em se tratando a atividade médica obrigação de meio por excelência, em caso de configuração de erro médico, à primeira vista (*prima facie*) se desloca o ônus da prova, livrando-se o médico do dever de indenizar se “comprovar a execução adequada e diligente da prestação que lhe incumbia, e que o dano se originou de uma causa fortuita - evento inevitável e imprevisível”.

*Perte d'une chance* - perda de uma chance (França, a partir de 1965) - o que se indeniza não é o prejuízo final, mas a chance perdida de continuar vivo ou de ser curado.

Aqui, elimina-se a dificuldade de estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte, a “atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável”, ou ainda, segundo Penneau, “não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou tal prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido” (Brasil, RJTJRGS 158/214, p. 67).

*Res ipsa loquitur* - a coisa fala por si (Estados Unidos e Canadá). Parte-se da presunção de que agiu com negligência o médico, pelo simples fato da ocorrência de morte, amputação e outros. Considera-se que “o fato não teria ocorrido se não tivesse havido culpa do médico.” A formulação parte do “direito de evidência circunstancial”, aplicando-se quando: 1) não há evidência de como e por que ocorreu o dano; 2) acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa; 3) recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente.

Destacam-se como elementos de tal teoria: 1) o dano decorre de fato que não ocorreria ordinariamente, porém última por se desencadear como consequência de negligência; 2) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou alguém sob sua direção ou controle; 3) deve ter ocorrido sem que o paciente o tenha causado voluntariamente ou por culpa sua.

Os precedentes norte-americanos construíram-se em hipóteses várias, organizadas nas categorias abaixo (e hipóteses a denotar a presunção de culpa):

- a) esquecimento de objetos no corpo do paciente;
- b) danos a parte saudável do corpo;
- c) remoção equivocada de parte do corpo;
- d) dentes que caem pela traquéia;

- e) queimaduras de lâmpadas, radiografias e produtos químicos;
- f) infecção consequente de instrumento não esterilizado;
- g) omissão em radiografar sem diagnosticar possível fratura;
- h) colocação equivocada de gesso;
- i) incapacidade resultante de má aplicação de injeção;
- j) explosão de gases anestésicos.

Pelo que pode inferir, os danos correlatos e contextualizados nos *cases* acima não teriam ocorrido se não houvesse negligência. No Brasil, a troca de pacientes, invertendo-se cirurgias de laqueadura tubária e curetagem pós-aborto exemplificaria hipótese de aplicação da teoria norte-americana.

Quanto à prova do erro médico, nas hipóteses de acidente de consumo, ainda que a lei brasileira exija do autor-consumidor, em princípio, a demonstração da culpa do médico-prestador do serviço, ele (consumidor) poderá ser beneficiado com o deferimento da inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/90).

Trata-se de direito básico, mas não de aplicação obrigatória; reclama requisitos a serem aferidos pelo julgador, caso a caso. A lei fala da possibilidade de que haja a inversão quando verossímil a alegação manejada na Inicial ou se constatada a hipossuficiência do autor consumidor.

O inc. VIII, do art. 6º, do CDC, positivou no ordenamento pátrio a Teoria das Cargas Dinâmicas e Compartilhadas do Direito Argentino e, segundo BARBIERI (2008, p. 120)

Esta teoria surgiu [...] tendo como objetivo buscar maior maleabilidade ao excessivo rigor formal da prática processual quanto ao ônus da prova e, também, de primar pela obtenção da verdade material, dando às partes oportunidade de colaborarem para este fim, agindo sempre com boa-fé.

Em complemento, ensina GARCIA (2009, p. 71/72):

O CDC adotou a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que o magistrado tem o poder de redistribuição (inversão) do ônus probatório, caso verificada a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. O CPC, ao contrário, adotou a regra da distribuição estática do ônus da prova, distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, através do art. 333 do CPC. Assim, caberá ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Percebe-se que há confusão ao analisar o instituto da inversão do ônus da prova. Não raras vezes, em se tratando de relação de consumo, diz-se que a legislação aplicável é o art. 6º, VIII, do CDC. No tocante às relações privadas em geral, diz-se que a regra a ser aplicada é a do CPC, ou seja, o art. 333, incisos I e II. Importante destacar que, em momento algum, o CDC tratou da distribuição do ônus da prova, ao contrário do CPC. O que O CDC regulou foi a possibilidade de inverter o ônus probatório, instituto disciplinado, repita-se, tão somente no CPC. Conclui-se, portanto, que o art. 333, incisos I e II, deverá ser aplicado às relações de consumo, ou seja, caso o consumidor venha a propor a ação (autor), deverá fazer prova do fato constitutivo do direito. O que pode acontecer é que, em alguns casos, quando a prova a cargo do consumidor se tornar difícil de ser feita ou muito onerosa (requisito da hipossuficiência) ou quando os argumentos alegados, segundo as regras ordinárias de experiência do magistrado, forem plausíveis (requisito da verossimilhança das alegações), o juiz poderá inverter o ônus da prova que, a princípio, foi distribuído de acordo com o CPC.

## 6. Considerações Finais

Para os Civilistas, a regra geral corresponderia à análise da culpa individual do médico, com o ônus da prova para o ofendido; excepcionalmente, possível a contextualização de presunção de culpa. Ex.: cirurgia estética propriamente dita (cosmetológica e embelezamento), exames de laboratório e check-up.

A Responsabilidade objetiva das instituições de saúde: hospitais e clínicas - mesmo havendo subordinação, a atividade do médico geralmente é relegada ao plano secundário. E a ilustrar “culpa objetiva”: eventuais equívocos em bancos de sêmen e sangue.

Por outro lado, numa visão pró-consumidor, o objetivo principal deste estudo foi o de ressaltar que há mecanismos hábeis a combater o “Erro Médico”, principalmente o “erro” relacionado à “medicina do consumismo”.

“Erro Médico” que, muitas vezes, ultima oculto, pois o corporativismo tende a preservar os dogmas e a práxis médica da cultura da infalibilidade, as explicações, termos técnicos e procedimentos não condizentes com a proteção e o consentimento esclarecido que deveria derivar de um relacionamento ético entre médico e paciente/consumidor.

De se ver, ainda, que reavivar a discussão sobre a minimização dos “Erros Médicos” na “Medicina do Consumismo” é preocupação legítima e atualíssima, pois em perspectiva pode-se prever como tendência, no Brasil, um aumento das ações de reparação civil em consequência de intervenções cirúrgicas com resultados insatisfatórios, seja pela iminente aprovação do projeto de lei sobre o denominado “Ato Médico”, em que são reafirmadas as competências privativas da categoria<sup>16</sup>, seja pela revisão do protocolo de segurança sobre cirurgias plásticas, em discussão e prometido para o segundo semestre do ano em curso, conforme informações veiculadas pelo Conselho Federal de Medicina no portal da entidade.

Percebeu-se, como resultado da pesquisa, que, doutrinária e jurisprudencialmente, diante da inevitabilidade do “Erro Médico nas Cirurgias Estéticas”, há como conciliar a preservação do exercício da atividade dos médicos (fornecedores, prestadores de serviços) e as legítimas expectativas de seus pacientes (consumidores), pois próprio da atividade desenvolvida o risco, risco compensável com a contratação de seguro-saúde, sendo plenamente possível dimensionar e inserir no preço do contrato a rubrica pertinente ao seguro. Tal providência, ainda que encareça os honorários do profissional médico, a serem suportados por seus eventuais pacientes, demonstrar-se-á compatível com a regra da responsabilidade objetiva, positivada no CDC, quando o serviço médico envolver obrigação de resultado, de que são exemplos as cirurgias embelezadoras.

Entender como objetiva a responsabilidade do profissional médico pode desestimular uma atividade que se destina à correção corporal, visando à cura da alma. Entender o contrário poderia estimular mais ainda a indústria da beleza e da cosmetologia em situações que não reclamariam, *prima facie*, intervenção cirúrgica.

Parece, então, mais equilibrado, ao menos nesse estágio da evolução da medicina e de ansiedade pelo alcance de um padrão de beleza estética, um aprofundamento na análise da culpa, todavia permitindo-se a inversão do ônus da prova naquelas intervenções médicas em que se busca a beleza estética.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de; **Responsabilidade Civil do Médico**. In Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. Edição Semestral, nº 5, Brasília, Janeiro a Junho de 2000, p. 151/192.

BARBIERI, José Eduardo; **Defesa do Médico (Responsabilidade Civil)**. Cidade Jarim, SP: Editora de Direito, 2008, 167 p.

COELHO, Fábio Ulhôa; **Curso de Direito Comercial**. 10<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, 1<sup>o</sup>. Vol., 510 p.



GARCIA, Leonardo de Medeiros; **Direito do Consumidor (Código comentado e Jurisprudência)**. 5ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, 522 p.

KFOURI NETO, Miguel; **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima, et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 411 p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto; **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 806 p.

SHARP JR, Ronald Amaral; **Aulas de Direito Comercial e de Empresa**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2007, 258 p.

---

## Notas

<sup>1</sup> Fonte: *Almanaque Abril*, 2009, p. 410.

<sup>2</sup> SILVA, Silvio Fernandes; *Comparação entre Serviços de Saúde da Europa e o SUS: Pontos para a reflexão da Atenção Básica*. Disponível em: < [http://www.redeamericas.org.br/files/ComparacaoSistEuropeus\\_SUS.pdf](http://www.redeamericas.org.br/files/ComparacaoSistEuropeus_SUS.pdf)>. Acesso em 24 de abril, de 2010, às 14:00.

<sup>3</sup> *Federalismo cooperativo ou assimétrico, que pressupõe o compartilhar de competências. Entretanto, ainda que haja competências concorrentes no que diz respeito à gestão, organização, do SUS, diante da Autonomia dos entes federativos e da execução, preponderantemente, pelos Municípios, em caso de erro médico, nas dependências de hospital conveniado, em nível local, encampada a ilegitimidade passiva da União. A guisa de exemplo: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PROVIMENTO PARCIAL (...) 4. A Lei 8.080/90 - que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes - prevê as atribuições e competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos serviços de saúde pública. Nesse contexto, compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII). Por sua vez, os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI). 5. "Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007). 6. A União não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação em que o particular visa ao pagamento de indenização em decorrência de erro médico cometido em hospital conveniado ao SUS" (REsp 992265/RS, DJ e 05/08/2009)*

<sup>4</sup> Há quase uma década a TV fechada tem apresentado seriados que ultimaram por banalizar as cirurgias plásticas, preponderantemente estéticas. É exemplo o Extreme Makeover (Reconstrução Total) do canal Sony e, mais recentemente, o "Dr. Hollywood", já exibido pela TV aberta, no canal Record. Nessa mesma linha, neste mês de abril, a equipe da Rádio "Jovem Pan" lançou a campanha promocional "Ovo Frito Nunca Mais" em que exhibe, numa foto-montagem, uma moça com compleição física a denotar seios pequenos, tanto que substituídos por

ovos fritos, achatados, incitando as mulheres que tenham biótipo semelhante à cirurgia plástica, com a seguinte chamada: “Faça agora o seu cadastro aqui no site e envie a sua foto\* (do busto vestindo biquíni ou top) e responda a seguinte pergunta ‘Por que eu mereço turbinar minha comissão de frente?’. A resposta mais criativa leva 6mil reais\*\* para dar uma turbinada no seu look!” (disponível em: < <http://jovempanfm.virgula.uol.com.br/promocao/input/ovofrito1.php>>. Acesso em 27 de abril de 2010, às 22:00.

<sup>5</sup> O novo Código de Ética Médica pode ser a visualizado, na íntegra, no endereço seguinte: < [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em 28 de abril de 2010, às 00:50.

<sup>6</sup> Edição 532. Matéria publicada em 10 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.brasiliaemdia.com.br/ApresentaSite.asp?o=100&t=1871>>. Acesso em 27 de abril de 2010, às 2:00.

<sup>7</sup> É preciso esclarecer que a população norte-americana é bem superior à brasileira; em dados de 2008, mais de 308 milhões de habitantes (Almanaque Abril, 2009, p. 456). Além disso, o sistema de saúde naquele país não é universal e gratuito, pois apenas aqueles em situação de vulnerabilidade têm os serviços de saúde custeados pelo Governo. O Medicare (para os maiores de 65 anos) e o Medicaid (para famílias de baixa renda), por exemplo. Tema atualíssimo naquele país, porque, conforme divulgou a BBC Brasil, a ampliação da cobertura dos serviços de saúde subsidiados pelo dinheiro público, domesticamente, constituiu-se no principal compromisso do Governo Obama. Leia-se a reportagem a “Entenda a reforma no sistema de saúde dos EUA”, publicada em 22 de março de 2010. Disponível em:

< [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/03/100322\\_reforma\\_saude\\_entenda\\_dg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/03/100322_reforma_saude_entenda_dg.shtml)>. Acesso em 27 de abril de 2010, às 16:00.

<sup>8</sup> Nesse sentido, a seguinte ementa: Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária - de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 989.380/RN, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, à unanimidade, DJ e de 20 de novembro de 2008)

<sup>9</sup> A reforçar a responsabilidade da pessoa jurídica por ato de seus subordinados, o teor do Enunciado 931, da III Jornada de Estudos de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “191 - Art. 932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932 III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico.” Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIjornada.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2010, às 23:00.

<sup>10</sup> Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: 1) “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14. I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado. II. Recurso especial não conhecido.” (REsp 309760/RJ, DJ 18/03/2002 p. 257. RSTJ, vol. 159, p. 472) - 2) “RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA. QUEIMADURA CAUSADA NA PACIENTE POR BISTURI ELÉTRICO. MÉDICO-CHEFE. CULPA “IN ELIGENDO” (E “IN VIGILANDO”. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO. - Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento.

- Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido.” (REsp 200831, DJ 20/08/2001 p. 469, LEXSTJ, vol. 147 p. 110; RDTJRJ, vol. 51, p. 83; RSTJ, vol. 154, p. 381; RT vol. 796 p. 214) - 3) RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.” (REsp 467878/RJ, DJ 10/02/2003 p. 222; RSTJ, vol. 174, p. 413) - 4) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO - OXIGENOTERAPIA - FIBROPLASIA RETROLENTICULAR - RETINOPATIA DO NASCITURO - CRIANÇA COM PERDA DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DA VISÃO - RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELO TRIBUNAL “A QUO” - SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - RAZOABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - EXTENSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.086.451/SC, QUANTO A JUROS, AO AGRAVANTE. I - A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolenticular - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório. II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes. III - Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do quantum indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos. IV - Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 1092134/SC, DJ e de 06/03/2009)

<sup>11</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual - vínculo estabelecido entre médico e paciente - refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional - teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado - daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.” (REsp 908359/SC, DJe 17/12/2008)

<sup>12</sup> Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf> >. Acesso em 27 de abril de 2010, às 23:00.

<sup>13</sup> “[...] CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃO PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites

em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de **cirurgia** plástica meramente **estética**.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da **cirurgia** plástica meramente **estética**. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento (...)" (REsp 236708/MG. DJ e 18/05/2009)

<sup>14</sup> Publicação do Ministério a Justiça. A Defesa do Consumidor na Argentina, no Brasil, no Paraguai e no Peru: uma análise comparativa. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/dpdc/main.asp?Team=%7BB5920EBA%2D9DBE%2D46E9%2D985E%2D033900EB51EB%7D>>. Acesso em 28 de abril de 2010, às 01:00.

<sup>15</sup> Ou ressuscitar o princípio de talião, tal qual, inaugurado no Código de Hammurabi, por volta do século XVIII, antes de Cristo: § 218 Se um médico fez em um homem livre uma operação difícil com um escapele de bronze e causou a morte do homem livre e abriu a cabeça do homem livre e destruiu do homem livre, eles cortarão a sua mão. (In "O Código de Hammurabi", de Emanuel Bouzon, 10ª Ed., Vozes, Petrópolis: 2003.)

<sup>16</sup> Projeto de Lei 7.703/2006, já aprovado na Câmara e atualmente em trâmite no Senado Federal. Disponível em: <<http://www.atomediconao.com.br/>>. Acesso em 28/04/2010, às 03:00

