

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

LUCILENE DOS SANTOS GUIMARÃES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA
ESTÉTICA EMBELEZADORA**

**RUBIATABA – GO
2007**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

LUCILENE DOS SANTOS GUIMARÃES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA
ESTÉTICA EMBELEZADORA**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Cláudia Pimenta Leal

RUBIATABA – GO
2007

LUCILENE DOS SANTOS GUIMARÃES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA
ESTÉTICA EMBELEZADORA**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador _____

Cláudia Pimenta Leal
Mestra em Ciências Penais

Professor de Monografia _____

Geruza Silva de Oliveira
Mestra em Sociologia

Examinador _____

Samuel Balduino P. da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Rubiataba, 18 de dezembro 2007.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Murilo e Mariana, que tiveram parte de sua infância comprometida por minha ausência. Mas, vocês foram meu estímulo para lutar.

Filhos vencemos juntos!!!

Ao meu marido, Edson, que apesar das inúmeras dificuldades enfrentadas neste período, colaborou, sobremaneira na construção de “minha” trajetória acadêmica.

Aos meus pais, Lázaro e Zilda, que me auxiliaram na educação de meus filhos pra que eu pudesse concluir o curso!

E aos meus irmãos Dora e Dorival que no silêncio de seus corações, torciam por mim, nessa etapa da minha vida!.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus de amor por todas as bênçãos que me concedeu, me conduzindo com força e perseverança nos momentos difíceis desta caminhada e por ter me concedido concretizar mais uma batalha em minha vida, me fazendo vencedora.

Ao meu primo Rodrigo, pela confiança em mim depositada, meu socorro bem presente em horas muitos difíceis.

A todas minhas amigas, em especial, Maria Lúcia, companheira de todo dia durante cinco anos de convivência e a Sônia, que tanto me ajudou durante o curso, pelas horas de estudo e pelo incentivo!

A minha família maravilhosa, pela paciência e incentivo nas horas de dúvida, pelas orações que sempre fizeram por mim e pelo amor constante.

RESUMO: HOJE EM DIA, DISCUTE-SE MUITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA E ISSO SE DÁ EM VIRTUDE DA NÃO SATISFAÇÃO DO PACIENTE AO OCORRER UM RESULTADO CONTRÁRIO AO ESPERADO. ASSIM SENDO, MUITAS AÇÕES ESTÃO TRAMITANDO EM JUÍZO. O PACIENTE EXIGE INDENIZAÇÃO, POIS COMPREENDE QUE O CIRURGIÃO PLÁSTICO SE LIGA A UMA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO AO EFETUAR CIRURGIAS OU PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS, UMA VEZ QUE O PROCUROU ACREDITANDO QUE UM MÉDICO LICENCIADO DEVERIA TER CONHECIMENTO TÉCNICO-PROFISSIONAL E COMPETÊNCIA. O MÉDICO REQUISITADO ALEGA QUE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL ESTÁ LIGADA A UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO. PARA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIAS, A CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA É CONSIDERADA COMO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. TODAVIA, ESSE POSICIONAMENTO TEM SIDO SEVERAMENTE CRITICADO, DE MANEIRA ESPECIAL, EM ALGUNS CAMPOS DO DIREITO CIENTÍFICO. ENTÃO, CABE AQUI, UMA ABORDAGEM SISTEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA PLÁSTICA PURAMENTE ESTÉTICA, PARA UM CORRETO ENTENDIMENTO DE COMO ESTA SITUAÇÃO É MANEJADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA, OBRIGAÇÃO DE MEIO, OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.

ABSTRACT: THE DISSATISFACTION WITH BAD RESULTS IN AESTHETIC PLASTIC SURGERIES HAVE BROUGHT DISCUSSIONS ABOUT CIVIL RESPONSIBILITY OF SURGEONS IN COSMETIC SURGERIES AND BECAUSE OF THAT THERE ARE A NUMBER OF LAWSUITS AGAINST SURGEONS IN LITIGATION. PATIENTS CLAIM FOR COMPENSATION ONCE THEY UNDERSTAND SURGEONS ARE LINKED TO A PERFORMANCE OBLIGATION WHEN OPERATING OR CARRYING OUT AESTHETIC PROCEDURES AND THAT THEY SOUGHT THEIR SERVICES FOR BELIEVING LICENSED DOCTORS MUST HAVE TECHNICAL AND PROFESSIONAL KNOWLEDGE AND COMPETENCE. THE DOCTORS WHO WERE SOUGHT SAY THAT THEIR SERVICES ARE LINKED TO A WAY OBLIGATION. FOR MAJORITARIAN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE, COSMETIC SURGERY IS CONSIDERED A PERFORMANCE OBLIGATION. NEVERTHELESS, THIS POSITION HAS BEEN SEVERELY CRITICIZED, ESPECIALLY IN SOME FIELDS OF THE SCIENTIFIC LAW. THUS, IT BECOMES SUITABLE A SYSTEMATIC APPROACH TO CIVIL RESPONSIBILITY IN PURELY AESTHETIC PLASTIC SURGERIES FOR A RIGHT UNDERSTANDING OF HOW THIS SITUATION IS DEALT WITH IN THE BRAZILIAN COURTS.

KEYWORDS: CIVIL RESPONSIBILITY, COSMETIC SURGERY, WAY OBLIGATION, PERFORMANCE OBLIGATION

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	14
1.2.1 Responsabilidade Contratual.....	16
1.2.2 Responsabilidade Extracontratual.....	18
1.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	19
1.4 Obrigação de meio e de resultado.....	22
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	23
2.1. Breve abordagem sobre a origem histórica da responsabilidade civil por erro médico.....	24
2.2 O erro médico e a responsabilidade civil.....	27
2.2.1 Erro de diagnóstico.....	30
2.2.2 Omissão de socorro.....	32
3. A CULPA: ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	35
3.1 A culpa na responsabilidade civil do médico.....	36
3.2. A culpa stricto sensu.....	37
3.2.1. Negligência.....	38
3.2.2. Imprudência.....	38
3.2.3. Imperícia.....	39
3.3. Graus da culpa.....	40
3.4. Dano.....	41
3.4.1. Classificação dos danos.....	42
3.4.2. Indenização por dano.....	43
3.5. Nexo causal.....	44
4. CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS	46
4.1. A cultura do belo.....	47
4.2. Cirurgia plástica.....	47

4.3. Breve histórico da cirurgia plástica.....	48
4.4. Considerações sobre cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora.....	49
4.5. Cirurgia Estética Embelezadora.....	51
4.5.1. Aspectos profissionais e psicológicos da cirurgia estritamente embelezadora.....	52
4.6. Responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas embelezadoras.....	53
4.7. Responsabilidade dos cirurgiões plásticos e das clínicas à luz do código de defesa do consumidor.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil dos Médicos nas Cirurgias Plásticas Estéticas é assunto de imensurável valia e que importa a todos. A cirurgia estética é aquela em que o paciente procura tão somente a melhoria de sua aparência é, atualmente, cada vez mais usada em função dos modelos de beleza exigidos pela sociedade contemporânea, sociedade da vaidade, do desenvolvimento tecnológico/científico e da resultante disseminação e queda de preço das técnicas cirúrgicas.

Nessa monografia, que tem como metodologia a pesquisa bibliográfica com a compilação de idéias de renomados doutrinadores, jurisprudência e Leis pertinentes ao assunto em pauta, a primeira abordagem feita é sobre a responsabilidade civil de maneira geral e introdutória. Nos dois capítulos seguintes será abordado a responsabilidade civil do médico, fazendo uma análise dos aspectos fundamentais sobre a conduta, os deveres, as obrigações, a culpa, o dano e as responsabilidades assumidas pelo médico e, por fim, no quarto e último capítulo, serão abordados os aspectos relativos à estética, a cirurgia embelezadora, a responsabilidade civil médica nesse caso especificamente e as conseqüências geradas pelo insucesso nessa cirurgia.

A escolha do tema “responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética embelezadora”, deu-se em virtude das grandes controvérsias que giram em torno das cirurgias estéticas tornando-as alvos de fervorosos debates entre aqueles que a consideram como obrigação de resultado e os que a defendem como obrigação de meio. A pesquisa proposta justifica-se, mesmo sendo o tema bastante discutido, pelo fato de que a imposição de um padrão de beleza pela mídia contemporânea, leva as pessoas a buscar meios de modificar seu estereótipo, sendo isso um problema para a sociedade médica atual.

Espera-se com a desenvoltura deste desiderato contribuir para o mundo jurídico à medida que se demonstrará a necessidade de expansão do assunto, bem como sua maior divulgação devido à relevância social da temática abordada e de igual modo trazer informações atuais e úteis aos operadores do Direito com vista à relação contratual entre

médico e o paciente, onde vai discutir-se o tipo de obrigação, de Meio ou de Fim, que o médico assume ao realizar a cirurgia plástica de tipo estética

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

São muitos os motivos que geram a ativação do empenho pelo estudo da responsabilidade civil do médico. No decorrer dos séculos, o seu papel permaneceu revestido de caráter religioso e ilusório, impondo-se aos intentos de Deus a saúde e a morte. Nessa conjuntura, injusto culpar o médico, que somente tomava parte de um rito, quem sabe benéfico, mas subordinado unicamente da aspiração divina.

No final do século XIX e meados do século XX, o profissional da medicina era visto como um ser cujo diploma lhe assegurava a onisciência. Era ele o médico da família, o amigo e orientador, o guru vulto de uma relação social que não aceitava suspeita sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a contendas sobre ele. A ação do médico se sintetizava na relação entre a fé do paciente e consciência do profissional.

Mas, as conjunturas mudaram; as relações sociais expandiram-se, separando o doutor do seu paciente. Até mesmo a nomenclatura dos sujeitos da relação modificou o que era doutor e paciente, passou a ser prestador de serviços e usuário e, tudo olhado sob o prisma de uma sociedade consumista, onde o indivíduo está cada vez mais cômico de seus direitos, reais ou imaginários, e de igual modo mais impertinente, quanto aos resultados.

1.1 Conceito

A responsabilidade civil fundamenta-se na culpa e sua base parte do princípio comum de que ninguém pode afetar o direito ou mérito de outrem. Deste modo, só se conjectura de indenização, quando resta certa transgressão a um dever jurídico, de forma

genérica acatado, ocasionando, portanto, o dano. Há que se observar a posição de Diniz (2003, p. 34) em relação a esse conceito:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ele mesmo praticado, por pessoa por que ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Em princípio, a responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano, vêm da conduta ilícita do autor, ou seja, conduta que não corresponde com os dispositivos legais arrolados à matéria. O ato ilícito continuamente gera o dever de ressarcir, mas nem todo dever de indenizar é proveniente de ilicitude, pois o conceito de reparação é bem mais complicado do que a singela tese relacionada aos atos ilícitos. Por isso, a responsabilidade pode ter como origem fato de outrem ou das coisas, desde que observados determinados intentos.

1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

É de vital estima salientar que o estudo feito em relação à Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual têm relevante significado, pois se pode observar que os doutrinadores, devido à divergência de opinião apresentam dois sistemas de tratamento no contexto de Responsabilidade Contratual e Extracontratual. Os dois sistemas se apresentam como: sistema unitário e o sistema clássico. Sampaio (2003, p. 23) os denomina “*monista e dualista*”, respectivamente.

O sistema monista sustenta a unidade fundamental das duas responsabilidades, porque crêem ser de raro valor os aspectos que se prestam na Responsabilidade Civil na esfera jurídica. O sistema parte do conceito de que Responsabilidade é a reação à infração a um dever já existente e que os seus efeitos são invariáveis.

E para explicar o sistema monista oferecem como prosaicos os seguintes pressupostos em ambas as responsabilidades que são o dano, a culpa ou ato ilícito do autor e o

nexo causal. Afirma Sampaio (2003, p. 23) “*tal distinção não se justifica à medida que, qualquer que seja a espécie de responsabilidade civil, são sempre os mesmos os pressupostos ensejados do dever de indenização: o dano, o ato ilícito (comportamento humano) e nexo de causalidade*”

Há doutrinadores que não aceitam a Responsabilidade Contratual e a Extracontratual como separadas. Eles então são os que integram o sistema monista por ter esta forma de pensamento. Nesse sentido comenta Gonçalves (1995, p. 22)

Há quem critique essa dualidade de tratamento. São os adeptos da tese unitária ou monista, que entendo pouco importa os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos. De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o anexo de causa e efeito entre os primeiros elementos.

A razão por que alguns doutrinadores são ainda partidários da doutrina monista é que eles partem do pressuposto que tanto para a Responsabilidade Contratual como para a Extracontratual as conjecturas são as mesmas, ou seja, o Dano, o Ato Ilícito e a Causalidade.

Todavia o sistema dualista ou clássico, por versar sobre aspectos exclusivos e próprios de cada tipo de responsabilidade, particularmente como também é denominado e que por sinal é usado por uma grande parcela de doutrinadores no que concerne a responsabilidade contratual e extracontratual. Sobre o exposto Rodrigues (2002, p. 8), afirma:

(...) questão de alta relevância, que desde início se impõe, é a da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois uma pessoa pode causar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar outra espécie de ato ilícito. De modo que, ao menos aparentemente, existe uma responsabilidade contratual, diversa da responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana.

Muitos doutrinadores também reforçam o sistema dualista ofertando alguns meios ou situações que reforçam o uso do sistema, pois se devem tratar os tipos de Responsabilidade individualmente. Nesse sentido argumenta Gagliano (2003, p. 19) “*Três elementos diferenciadores podem ser destacados, a saber, a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade*”. Ainda quanto aos diferenciadores, assevera Rodrigues (2002, p. 10):

A tese clássica, hoje extremamente combatida, persiste na afirmativa da diversa natureza de tais espécies de responsabilidade. A meu ver, ao menos para efeito didático e de melhor entendimento, parece-me conveniente manter a distinção, pois sob alguns ângulos práticos ela se justifica amplamente.

Há determinados doutrinadores que, embora reconheçam certos elementos que juntam responsabilidade contratual com extracontratual, afirmam veementemente que se deve sustentar a separação, pois na vida prática as diferenças sobressaltam. Descreve Alonso (2000, p. 17) “*A concepção dualista separa a responsabilidade contratual da extracontratual, reservando para a primeira a violação de uma obrigação convencional, e para segunda, a violação de obrigação legal*”. Os defensores dessa teoria sustentam as diferenças que a seguir são apresentadas.

1.2.1 Responsabilidade Contratual

A Responsabilidade Contratual se ocasiona de um comprometimento de reparar o dano sofrido pela vítima em virtude da não execução de uma dívida contratual calculada. Tão certa é a obrigação de reparar o dano que tal acontecimento é presumido no artigo 389 do Código Civil *in verbis* “*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”.

Rodrigues (2002, p. 9) esclarece que, no caso da Responsabilidade Contratual, será elaborado um “*laço jurídico originado por uma convenção entre as partes, um contrato, sendo que pode ser feito por duas ou mais pessoas para assim surgir o dever de indenizar,*

pelo não cumprimento de algo que foi acordado no contrato”. Suscitando deste modo o dever de indenizar pela componente que não cumpriu com sua parte acarretando detrimento a outra parte. Gagliano (2003, p. 19) afirma que, “para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir,”

Rodrigues (2002, p. 9) coaduna o mesmo pensamento quando afirma que *“na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção”* Pode-se ressaltar doutrinariamente o mesmo juízo na particularidade de que para existir Responsabilidade Contratual deve haver um contrato calculado antes do dano.

Em comum pensamento com outras doutrinas é de bom termo salientar que na Responsabilidade Contratual cabe somente a parte prejudicada no contrato mostrar o não cumprimento da outra parte, quer dizer, cabe demonstrar que o contrato não foi cumprido. Sendo assim, compete à outra parte justificar o seu descumprimento na parte que lhe toca no contrato demonstrando que não foi sua culpa devido a um caso ocasional ou de força maior. Expõe Gagliano (2003, p. 20):

Na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o ônus probandi, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Normalmente, ao passar a existir a obrigação de reparar na Responsabilidade Civil, compete à vítima comprovar a Responsabilidade do autor. Contudo, na Responsabilidade Contratual, a obrigação de provar pertence a quem não cumpriu com o acordo, em outras palavras o causador, invertendo assim o dever de provar. Surge, desse modo, pelo não cumprimento de uma combinação preexistente entre os contratantes, a responsabilidade de indenizar, em virtude da perda que teve a vítima pelo não cumprimento no que lhe cabia no contrato e não pela obrigação descumprida. Nesses termos, instrui Rodrigues (2002, p. 10), que *“em matéria de provar, por exemplo, na responsabilidade contratual, demonstrado pelo*

credor que a prestação foi descumprida, o ônus probandi se transfere para o devedor inadimplente”

A obrigação de comprovar do devedor é no sentido que ele não era o responsável pelo dano que suportou a vítima. Entretanto isso só se confirma quando o devedor expuser que não existiu culpa de sua parte, que o acontecimento sobreveio por caso fortuito ou força maior, ou por culpa específica da vítima. Corrobora Gonçalves (1995, p. 23) “*O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.*”

Ao se assentar entre as partes um contrato, ambos podem ser culpados pela não execução de algum ato, ocasionando uma obrigação de reparar um dano, sendo que a parte conformada como descumpridora, nesse caso o agente, só se liberará da responsabilidade se o próprio confirmar que a culpa não partiu dele, alegando alguma excludente de ilegalidade.

1.2.2 Responsabilidade Extracontratual

A Responsabilidade Extracontratual seria a inobservância de um princípio geral concernente aos direitos reais ou pessoais. Alonso (2000, p. 19), afirma que:

Na Responsabilidade Extracontratual, também chamada de aquiliana, derivada da Lex Aquilia, que, como vimos anteriormente, procurou estabelecer bases jurídicas para essa espécie de responsabilidade civil, não se exige nenhum vínculo anterior ao fato que gera a responsabilidade ao agente. A Responsabilidade Extracontratual está posicionada no inadimplemento normativo. Nessa espécie de Responsabilidade, o que se exige é um dever contido em uma norma legal, a qual é violada pelo agente, causando dano a vítima

No que versa a Responsabilidade Extracontratual igualmente chamada de Responsabilidade Aquiliana devido a ter se originado da *Lex Aquiliana*¹, onde a obrigação se origina de um ato ilícito praticado sem a presença de um contrato anterior. O ato é qualificado como ilícito devido à existência de uma norma jurídica que o qualifica como ilícita. Diniz (2003, p. 459), assevera:

(...). Nosso Código Civil regula essa responsabilidade nos arts. 186, 927, 188 e 928 a 954.

Como, em regra, funda-se na culpa, o lesado deverá demonstrar, para obter reparação do dano sofrido, que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas poderá ainda abranger a responsabilidade sem culpa, baseado na idéia de risco (CC art. 927, parágrafo único). Duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual quando ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e a objetiva, se ligada ao risco.

A Responsabilidade Extracontratual tem o ato ilícito classificado na norma jurídica e ele será desmembrado em duas modalidades os que se fundamentam na teoria da culpa – responsabilidade subjetiva – e os que se baseiam na teoria do risco – responsabilidade objetiva. Expõe Alonso (2000, p.19-20), que:

Os fundamentos da responsabilidade extracontratual (...), estão baseados nos seguintes princípios: a) tem origem na violação de um dever legal; b) no ônus da prova, a vítima fica obrigada a demonstrar que o fato se deu por culpa do agente causador; c) na forma da composição dos danos, a estimativa será feita pelo juiz(...);d) a capacidade do agente causador do dano é mais ampla, assim como dispõe o art. 156 do nosso Código Civil,...);já no âmbito contratual aquele menor só poderá contratar se devidamente assistido por um representante legal,...); e)são nulos quaisquer ajustes que tenham por objetivo a não-responsabilidade(...); f) a mora resulta de pleno direito em decorrência do ato ilícito praticado.”

Observa-se doutrinariamente que a Responsabilidade Extracontratual se distingue da Responsabilidade Contratual, a despeito de que outra corrente de doutrinadores profere que

¹ A expressão responsabilidade aquiliana tomou da Lei Aquília (Lex Aquilia) o seu nome característico, pois nela é que se esboça o princípio geral regulador da reparação do dano. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/index.html>> Acesso 28 de set. 2007.

estas devem ser tratadas em comum devido aos mesmos intentos, ou seja, o Dano, a Culpa e o Nexo de Causalidade e afirmam que os outros aspectos são de pouco valor.

1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

No cenário da teoria clássica, a culpa seria o fundamento da Responsabilidade Subjetiva. Esta teoria é alcunhada por certos doutrinadores como teoria subjetiva, onde se confirme a Culpa como embasamento da Responsabilidade Civil. Pois, em ação onde não se causa Culpa não há como responsabilizar alguma pessoa por dano, segundo esta teoria. É, pois, a responsabilidade subjetiva aquela que se constitui na imagem de culpa, que deve ser provada pela vítima. Trata-se da teoria clássica adotada pelo Código Civil. Para Rodrigues (2002, p. 11):

A responsabilidade subjetiva depende do comportamento do sujeito, pois a responsabilidade do agente causador do dano só irá se configurar se este agir culposamente ou dolosamente. Por isso, a prova de culpa do agente causador do dano, é indispensável para que surja a obrigação de indenizar.

Já a teoria objetiva prescinde da idéia de culpa que em alguns casos é prevista e, em outros, nem se requer a prova de sua ocorrência, o que atribui inversão do valor da prova ao autor, para confirmar que seu procedimento não foi culposo. Para essa teoria, há a relação de causalidade entre o dano ocasionado a vítima e a ação do causador. Desta relação de causalidade surge o compromisso de compensar, mesmo que o agente tenha atuado sem culpa.

Está introduzida na responsabilidade objetiva a teoria do risco. Em conformidade com esta teoria, aquele que, em virtude de sua atividade, produzir risco de dano para terceiros, será obrigado a restituí-lo, ainda que não tenha agido culposamente, e que a atividade e o procedimento exercitados sejam liberados de culpa. Gonçalves (1995, p. 18) confirma o exposto dizendo que:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível. Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.

São quatro as hipóteses indispensáveis para ajustar o dever de indenizar. Vale lembrar que o ajuntamento de todas elas é fundamental em se tratando da idéia clássica de culpa. Entretanto, existe desacordo, entre certos doutrinadores, concernente ao número de pressupostos. Para Diniz (2003, p. 32) eles são três a “*ação ou omissão, dano e relação de causalidade*”. Porém, para Rodrigues (2002, p. 16) os pressupostos são a “*ação ou omissão, culpa do agente, relação de causalidade e dano*”.

Há que se seguir o entendimento de Rodrigues, por ser ele mais completo e pelo fato da responsabilidade no direito brasileiro fundar-se na culpa. Então Rodrigues (2002, p.16) assim explica sua compreensão sobre tais pressupostos:

a) Ação ou omissão: é o ato humano, ilícito, voluntário, do próprio agente, ou de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste, que cause dano a outrem, gerando a obrigação de satisfazer os direitos do lesado. b) Culpa ou dolo do agente: está na lei que se alguém causar dano a outra pessoa através de ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, fica obrigado a indenizar. Desta maneira, para que a responsabilidade seja caracterizada, devemos provar que o comportamento do agente causador do dano, tenha sido doloso ou no mínimo culposos. Relação de causalidade: é o liame que relaciona a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima. O ressarcimento dos danos envolve somente os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possamos considerar pelo mesmo, produzidos. Dano: é um prejuízo resultante de uma lesão a um direito, seja patrimonial ou moral.

Na culpa, o agente causador do dano não tinha a finalidade de gerar dano à vítima, mas por negligência, imperícia ou imprudência, o seu comportamento resultou o prejuízo ao lesado. No dolo existe o intento de cometer o ato que resulte no dano à vítima. O resultado desejado é alcançado pelo meio do procedimento do agente. Se a vítima sofrer um dano, mas não obter provas de que este foi causado pela atitude ou comportamento do agente, não há então o nexo de causalidade, logo, não há a obrigação de indenizar.

Contudo, é preciso esclarecer que têm as excludentes do nexa causal, ou seja, a culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, culpa comum, culpa de terceiro, força maior ou caso fortuito e cláusula de não indenizar, que excluem a responsabilidade civil, não por desaparecer o liame de causalidade, mas em razão da própria convenção.

Apenas o dano com a condição da certeza, atualidade e subsistência é que poderá ser ressarcível. No dever ressarcitório, não se bota um conceito quantitativo, porque o que norteia a justiça é o prejuízo ao direito ou interesse da vítima e não seu intuito financeiro. Em uma ação de perdas e danos, a vítima procede para evitar o prejuízo causado pelo dano e não obter vantagem.

1.4 Obrigação de meio e de resultado

Quando se aborda a matéria sobre obrigação de meio e de resultado – também chamada por alguns autores de obrigação de fim – pondera-se logo no caso dos médicos, nos quais o assunto é com mais assiduidade aplicado e discutido.

Em se tratando de médicos, há que se entender que sua obrigação, normalmente, é de meio. Assim sendo, o médico precisará fazer uso de todos os recursos disponíveis, cuidados conscientes, cautelosos e que sejam prescritos os remédios apropriados, não se forçando a curar o doente. Nesse contexto, entende Panasco (1984, p. 112) “*Se seus meios e sua atividade não atingirem o resultado da cura, não descumpriu um contrato.*” Portanto, o médico utilizando todos os meios disponíveis e fazendo-o em concordância com as recomendações e conhecimentos estabelecidos, este estará dando global cumprimento ao acordo.

Já a obrigação de resultado se encaixa no caso do cirurgião plástico. Neste caso, o paciente que procura o profissional é pessoa sã e o resultado aspirado não é o recobrimento da saúde física. Trata-se do embelezamento ou benfeitoria física externa do corpo. Todavia, é debatida a natureza jurídica da obrigação de prestação de serviço Médico em uma linha específica que seria na Cirurgia Plástica Estética Embelezadora como uma Obrigação de Resultado, pois em um julgamento geral a Obrigação do Médico é de Meio, o que quer dizer

que, o médico está obrigado a usar todos os meios disponíveis para atingir o resultado, porém não está obrigado a atingi-lo.

Nos capítulos subseqüentes desta compilação de ideias há que ponderar um pouco mais detalhado a respeito do assunto quando a abordagem for designadamente sobre a responsabilidade do cirurgião plástico na cirurgia puramente estética.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O progresso da medicina trouxe diversas modificações na realidade do profissional de saúde. A desmistificação desta atividade fez do médico um profissional equiparado aos demais em direitos e deveres. Hoje em dia, principalmente com as incontáveis campanhas de conscientização da sociedade civil de seus direitos e, por outro lado, considerando-se o aumento do número de intervenções cirúrgicas, sobretudo, as de caráter estético, diversos pacientes têm procurado amparo junto ao Poder Judiciário, quer quando os efeitos das cirurgias não alcançam à perspectiva aspirada, quer quando, de fato, se constata a ocorrência do chamado erro médico. Para definir erro médico buscou-se a resposta em Moraes (1995, p. 25) que o caracteriza como:

(...) sendo aquele contingente que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina, que não possibilitam sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente. Cabem nessa classe, também os casos em que tudo foi feito corretamente, mas em que o doente omitiu informações ou até mesmo sonegou-as e ainda quando não colaborou com a sua parte no processo de diagnóstico ou de tratamento.

Por isso a Responsabilidade Civil do médico hodiernamente é tema de extraordinária complexidade em consequência da avalanche de casos, crescentes a cada dia, que os profissionais do Direito e da Medicina se vêem forçados a encarar.

Mas, a discussão sobre responsabilidade civil do médico não é fato atual. Nos primórdios, mesmo não existindo a medicina propriamente dita e não havendo o estudo das patologias, o que importava, basicamente, era a cura. A medicina era feita por bisbilhoteiros e observadores por meio de ervas ou imobilização de osso partido. Todavia, já nesta época se o resultado almejado não fosse obtido, a culpa incidia sobre quem se alvitrou a curar o doente e não o fez sendo incriminado por incapacidade ou imperícia. Por isso se propôs nessa parte da pesquisa uma breve abordagem histórica sobre a gênese da responsabilidade civil do médico.

2.1. Breve abordagem sobre a origem histórica da responsabilidade civil por erro médico

É fácil de encontrar na doutrina relatos sobre o primeiro documento histórico a se fazer menção ao erro médico. Segundo os escritos de Kfoury Neto (2001, p. 143) esse documento foi o *“Código de Hamurabi (1770 - 1790 a.C.), que trazia também algumas normas sobre a profissão médica na época”*. Era previsto no referido código que nas operações difíceis de serem realizadas, haveria uma compensação pelo trabalho, bem como exigia muita atenção e perícia por parte dos médicos, pois caso algo saísse errado, penas severas lhes eram impostas. O médico seria, portanto, o ser responsável pelo dom da cura, considerado um eclesiástico, um ser iluminado que era incapaz de cometer erros; e o médico que causasse a morte ou lesionasse o enfermo, por imperícia ou até má sorte, poderia ser afligido com duras penas, dentre elas a perda das mãos por meio de amputação.

Talvez, o Código de Hamurabi, não seja o mais antigo diploma legal, mas com certeza foi o mais conhecido e que trouxe em seu contexto o primeiro conjunto de regras escritas que se conhece sobre a profissão médica. Mas não só os deuses cuidaram da Medicina e seus profissionais. Em 460 a.C. nasceu Hipócrates, que, arrancando dos deuses a arte de curar, a entregou aos homens. Autor do juramento que leva o seu nome, adotado ainda

em nossos dias, formulou nele regras da moralidade. Hoje, tornou-se a oração a ser lida pelos futuros médicos, no momento de suas formaturas. Vale aqui transcrevê-la *ipsis litteris*²

*Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higeia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.*³

Modernamente, não obstante ao marcante desenvolvimento da Ciência Médica, com o desenvolvimento de aparelhos e da tecnologia, sobretudo na medicina curativa, o juramento de Hipócrates poderá ser questionado? Pois o médico não está imune de erro, de causar dano a outrem, razão pela qual muitos hospitais, igualmente como profissionais da área têm recorrido aos Contratos e Seguros, este último já muito utilizado nos Estados Unidos da América e com boa aceitação no Brasil.

A responsabilidade civil do médico decorria, no Código Civil de 1916, tanto do artigo 159 quanto do artigo 1.545, pois este último era norma que fazia incidir a responsabilidade subjetiva a determinados profissionais de saúde, dentre eles o

² *Ipsis litteris* - expressão de origem latina que significa pelas mesmas letras, literalmente. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ipsis_litteris> Acesso 13 de set. 2007.

³ Disponível em < <http://www.gineco.com.br/jura.htm>> Acesso em 16 de set. 2007.

médico. Havendo substituição do ato por ele efetuado à norma jurídica citada, tal médico seria responsabilizado pelos danos que ocorressem ao seu paciente. De todo modo, a doutrina sempre salientou que a obrigação do médico é de meio, e não de resultado, o que constitui dizer que não tem ele a obrigação de curar ou de salvar a vida do paciente, mas a de utilizar todos os saberes científicos ao seu alcance e empreender todos os esforços para que se possa alcançar o melhor resultado possível.

Ao longo do tempo, mostrando-se insuficientes às regras básicas, do artigo 159, estabelecida na legislação civil anterior, outras leis esparsas cuidaram de regulamentar situações especiais desenvolvidas pela sociedade. É o caso da norma introduzida em ordenamento jurídico brasileiro para regulamentar a reparação do dano moral decorrente de calúnia, difamação ou injúria que passou a ser previsto no ano de 1965, por meio da Lei 4.737, a qual visa responsabilizar o causador do ato, tratando da reparação civil de danos morais e materiais, culposos ou dolosos, por meio de imprensa ou telecomunicação.

Certamente tal Lei foi criada e imposta pela sociedade para satisfazer ocorrências da época de acordo com os problemas existentes. O mesmo ocorre nos dias atuais, com outras leis regulamentando a responsabilidade civil e seus subtítulos, incluídas em nosso ordenamento, resguardando o interesse, os acontecimentos e as exigências sociais.

Atualmente, a Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, reservou, dentro de seu Livro I, o Título IX que passou a regulamentar tanto a responsabilidade civil, quanto sobre a indenização. A evolução do ser humano, assim como a da Medicina, fez com que os indivíduos, através dos anos, passassem a exigir mais dos profissionais que abraçaram tal carreira, à medida que o avanço tecnológico propiciou uma maior eficiência na arte de curar. Dias (1983, p. 53) assevera que:

A responsabilidade civil já foi objeto de preocupações e profundas meditações de estudo no mundo inteiro, em busca de enquadrar suas diversas modalidades nas inúmeras situações que a evolução humana traz para a sociedade, para que estas sejam devidamente solucionadas. A sociedade aguarda novas leis, nos dias atuais um novo código, que caminhe com a nossa realidade e com as tendências mundiais, para que possa regular atividades e questões atuais, que causam perplexidade pelo vácuo existente em nosso ordenamento jurídico, tais como: a reprodução de bebês

por meios científicos a utilização da clonagem na reprodução humana, ou esta, com interferências genéticas nas características das pessoas.

A sociedade evolui e sofre mudanças diariamente. Infelizmente o direito não está acompanhando estas evoluções e por esta razão, lacunas são cada vez mais aparentes. Todos devem, portanto, acompanhar essas mudanças e moldar-se a elas. Quando isso não acontece, os julgadores surgem com a missão importantíssima de suprir e adequar essas falhas conforme as leis, de modo que possa subsumir-se às novas situações concretas que surgem.

Assim, o Direito por suas regras, reflete sempre a qualidade moral de indivíduos determinados, representados por esta ou aquela sociedade, naquele momento ou época, ao passo que a Medicina retrata a evolução técnico-científica do momento ou época, restando desta forma, ao Direito, a obrigação de regular essa profissão e responsabilizar e/ou penalizar os profissionais (médicos) que por imprudência, imperícia ou negligência, ou dolo, vierem a causar danos ou prejuízos aos seus pacientes no exercício da profissão.

2.2 O erro médico e a responsabilidade civil

A responsabilidade civil do médico sempre provocou várias controvérsias, não apenas pela inclusão ora no campo contratual, ora no campo extracontratual; mas principalmente pela maneira mais circunstancial em que a profissão é exercida. A tendência é colocá-la na forma contratual, até mesmo no atendimento gratuito. O médico assume a responsabilidade a partir do diagnóstico clínico ou laboratorial, uma vez que de sua constatação decorrerão todas as medidas terapêuticas a serem adotadas. A medicação, os exames suplementares que implicam maior ou menor risco e, finalmente, a intervenção cirúrgica, quando necessária, só atingem seu objetivo se corretamente aplicados ao caso específico.

A responsabilidade médica é a obrigação que pode sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão. A obrigação do médico não é a cura, mas uma prestação de serviços conscienciosos, utilizando-se dos meios científicos

disponíveis para melhor atender ao paciente, o que juridicamente denomina-se obrigação de meio. Diz-se obrigação de meio no caso de cirurgia estética reparadora, onde o cirurgião deverá lançar mão de todos os recursos que a medicina possui principalmente a capacidade técnica do cirurgião. Portanto, sua função é de dar o melhor tratamento ao paciente, trabalhando no sentido de deixá-lo como antes da lesão, sem, contudo, obrigar-se a isso.

A argumentação utilizada pelos médicos quanto aos freqüentes danos diz respeito ao despreparo do sistema de saúde, onde se exige bom profissional por uma péssima remuneração, submetendo-os a jornada de trabalho que chega a 12 horas diárias, o que contribui para reduzir a produtividade e prejudica a qualidade do serviço prestado, além da exigência de bons atendimentos com poucos e ineficazes recursos.

A posição de destaque social do médico sempre tornou o tema de sua responsabilidade um tanto delicado, principalmente porque o contrato de prestação de serviços médicos tinha como característica fundamental a sua pessoal idade. De acordo com a manifestação das relações sociais, a prestação exclusiva do atendimento médico ficou restrita a uma minoria elitizada, que ainda pode manter um profissional da área médica à sua disposição.

Desta forma o atendimento médico passa a ter um caráter de menor pessoalidade, inclusive o profissional perdendo sua liberdade, trabalhando geralmente como empregado para os hospitais ou empresas do setor. Esta transformação leva o médico a conhecer cada vez menos seu paciente, que é quase anônimo, aumentando sua responsabilidade pelo diagnóstico, pois a nova medicina que aumenta a possibilidade de cura, também proporciona uma nova gama de possibilidades de danos, com conseqüências muito mais graves das que advinham da utilização dos métodos mais antigos e tradicionais de tratamento e cirurgia. Enseja-se por outro lado, uma nova forma de ver o problema sob o ângulo jurídico.

O médico, quando exerce sua atividade junto ao paciente, tem a intenção de beneficiá-lo. Mesmo assim, o dano pode surgir, tendo como conseqüência a obrigação de reparar o prejuízo, pois uma vontade honesta e também a mais cuidadosa intenção não eximem o direito de outrem. Até pouco tempo, os Tribunais somente caracterizavam a responsabilidade médica, diante de um erro grosseiro ou de forma indiscutível de ignorância; hoje, a tendência direciona-se à força maior, os atos de terceiros ou a culpa do próprio

paciente, isentando o médico da responsabilidade. Sobre o assunto vale ressaltar o comentário de França (1995, p. 104):

A inclinação desses Tribunais está retirando dos médicos uma série de privilégios seculares, mesmo sabendo que as regras abstratas da justiça nem sempre são de fácil aplicação nos complexos e intrincados momentos da Medicina; sendo que o médico passa a ser uma peça a mais, igual às outras do organismo social.

A importância do estudo deste tema está na dificuldade de reparação dos danos causados pelo erro médico. Mesmo que a medicina tenha alcançado alto grau de desenvolvimento nos dias de hoje, ela não consegue recuperar funções vitais do corpo humano, órgãos e a própria vida, ou seja, os bens maiores do homem. O ato médico autor da responsabilidade, pode se constituir numa ação culposa se sua conduta positiva for imperita ou imprudente no desenvolvimento de sua atividade profissional, enquadrável dentro dos parâmetros comuns de responsabilidade.

O aspecto negativo, a inação, poderá se constituir tanto em negligência no diagnóstico ou numa intervenção sobre a saúde de um paciente, causando-lhe um dano, como numa violação de deveres, como por exemplo, quando estiver caracterizada a omissão de socorro, assunto este a ser tratado posteriormente de forma mais detalhada.

O médico não se compromete com o resultado, mas a prestar sua assistência, de forma diligente, prudente e atenciosa. Não compete ao médico restituir a saúde de seu paciente, objetivo que não integra sua prestação, mas utilizar sua técnica e seus conhecimentos da melhor forma possível, para atingir este objetivo. Em virtude disto, são muitos os doutrinadores a afirmarem que o médico possui uma obrigação de meio e não de resultado. Matéria a ser abordada no capítulo quatro desta produção.

Assim, o que se pretende na responsabilidade civil é assegurar o equilíbrio social quando um prejuízo produzido poderia causar dano a um dos membros da sociedade. Para se atribuir ao médico a responsabilidade sobre um ato danoso, é necessário que ele tenha deixado de cumprir com seus deveres, que são: dever de informar e aconselhar, dever de assistir, e, dever de prudência. O médico que violar um desses deveres estará agindo com culpa. Esta,

para que seja caracterizada, deverá conter um ou mais dos seguintes elementos: negligência, imprudência e imperícia.

Os danos causados pelo médico ao paciente devem por este ser reparados e podem ser classificados em físicos, materiais e morais, de maneira que ao quantificar a lesão sofrida, deve-se levar em consideração a extensão dos danos, sua localização, a possibilidade de sua remoção, se completa ou parcial, a idade da vítima, profissão, estado civil, a possibilidade do retorno ao convívio social etc. Os danos podem ter origem em ato culposo ou doloso do médico, acarretando uma obrigação de compensação. A maior parte dos nossos Tribunais, admite a indenização do dano moral quando o médico age apenas com culpa. Apesar de existir dificuldades na prova judicial, tal fato não deve interferir na conduta médica.

Ocorrendo falha médica e comprovada a culpa, incide o dever de indenizar, que compreenderá danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme critérios que a lei e a jurisprudência vierem a fixar. Geralmente a indenização pelo dano moral não é comprovada, ficando ao livre arbítrio do juiz que analisará os fatos circunstanciais, bem como a espécie de constrangimento, vergonha ou dor sofrida pelo paciente. A obrigação de se indenizar, de acordo com o Código Civil Brasileiro em seu artigo 927, cabe *in verbis* “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”

2.2.1 Erro de diagnóstico

Nenhuma responsabilidade poderá ser imputada ao médico se em razão de diagnóstico errôneo e equivocado não ocasionar nenhum dano ao paciente. Extrai-se dos ensinamentos de França (1995, p. 197) a definição de diagnóstico:

O diagnóstico é a determinação da doença do paciente, de suas características e de suas causas. Após considerar todas as manifestações da doença, as queixas do paciente, as alterações fisiológicas decorrentes da localização da lesão e o processo patológico, o médico optará por uma doença que contenha o maior número de sintomas iguais aos que acabou de

detectar. Esse prognóstico, na fase final, deve ser preciso, para evitar ansiedade e traumas ao paciente.

A boa-fé não poderá ser usada pelo médico como desculpa, com relação a erros manifestos e grosseiros, sobre assuntos e técnicas ensinados e admitidos pela sociedade médica. Se em razão desse equívoco o paciente sofrer dano, ou não fazendo o correto tratamento deixar de atacar o verdadeiro mal, teve sua situação agravada, ou se, em razão do diagnóstico, submeteu-se a tratamento inócuo ou maléfico, haverá então, de se perquirir se nas circunstâncias, poder-se-ia dele exigir opinião correta e precisa.

Para tanto, caberá indagar se à luz da ciência e do avanço médico-tecnológico poderia o profissional obter essa certeza tendo em vista apoio em exames de laboratórios, ultra-som, ressonância magnética, tomografia computadorizada e tantos outros exames postos à disposição. Esse aparato colocado a serviço do médico diminui as chances de um erro de diagnóstico, mas por outro lado, aumentam-lhe as chances de responsabilização por esses mesmos erros. Se a resposta for afirmativa, estará caracterizada a sua culpa, sob a modalidade de negligência, considerando que deveria ter submetido o seu paciente a esses exames e não o fez, concluindo por um diagnóstico sem que tivesse base científica para isso.

O erro médico possui um parâmetro a ser seguido, que é o próprio avanço da medicina, pois esta evolui monstruosamente podendo prever até mesmo o imprevisível, como por exemplo, a clonagem. A questão do erro médico vai muito além. Não se constitui unicamente na formação e no conhecimento científico do profissional, mas nos melhores mecanismos por eles criados.

A quem se deve imputar a responsabilidade, no caso em que o profissional possua amplo conhecimento científico, mas deixa de alcançar o alcançável, por circunstâncias alheias à sua vontade? Será a decadência da saúde pública? E na saúde particular, erros não ocorrem? Ou os erros existentes na saúde particular são mais divulgados do que os ocorridos nos hospitais públicos? Ou isso é decorrente do descaso das autoridades, que não estimulam a utilização tecnológica em hospitais da rede pública, por não ser "conveniente" aos seus interesses? À falta de equipamentos indispensáveis para o exercício da profissão médica, o Estado responde?

São perguntas complexas e de difíceis respostas. Na visão do direito, o Estado responde, pois são atribuições determinadas pela lei maior. A Constituição Federal institui no capítulo, Dos Direitos Sociais, a saúde como direito dos cidadãos, garantindo-lhes plena assistência em busca da satisfação de suas necessidades. Infelizmente, a realidade não se equivale com a descrição da legislação pátria. Haverá um dia em que todas as determinações serão devidamente cumpridas e aplicáveis, da mesma forma que foram organizadas em nosso ordenamento jurídico.

Existe uma grande deficiência em provar a culpa do médico, em relação ao erro médico, pois não existe nenhuma prova concreta que tal profissional não informou suficientemente o seu paciente dos riscos que correria com a cirurgia, mesmo porque a relação médico-paciente é extremamente confidencial, tendo apenas a receita descrevendo a medicação que o paciente estava utilizando. Quanto aos que trabalham em conjunto com o médico, seria quase impossível obter colaboração, por necessitarem do emprego.

A avaliação estabelecida para se caracterizar a culpa do profissional será determinada através do conhecimento técnico de outro profissional da área. Não podem os julgados esperar provas diretas e absolutas para a responsabilização, pois será sobre indícios e evidências lógicas que deverá formar seu convencimento. Deve-se considerar a possibilidade deste membro da mesma classe profissional ser apenas relativamente sincero em sua apreciação a respeito da conduta de seu colega.

2.2.2 Omissão de socorro

Nesta pesquisa não se poderia deixar de comentar sobre a omissão de socorro médico, que trata da impossibilidade da negativa de atendimento do médico, ou seja, se o médico recebe chamado para atender ao paciente, não poderá recusar atendimento se no local em que se encontrar inexistir outro profissional do ramo, ou ainda, se for o único especialista para o caso. O Código de Ética Médica em seu artigo 58 determina que é vedado ao médico, *in verbis* "deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo". Bem

como explica o que venha ser omissão de socorro: A omissão, de igual modo, é tratada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 135, *in verbis*:

Deixar de prestar assistência, quando é possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparado ou em grave e eminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o auxílio da autoridade pública: Pena- detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo Único - A pena é aumentada de metade se a omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplica, se resulta morte.

As legislações modernas impõem como forma de obrigação à solidariedade humana e à assistência recíproca, um dever geral de prestação de socorro. Se alguém se sentir incapaz de prestar socorro com eficiência, deverá recorrer a outrem, principalmente se aquele é o indicado para tal fim. Porém, é necessário que a alegação da não prestação de socorro não se prenda a motivos fúteis ou pequenos danos. O médico, devido a sua ética e consciência profissional, deve, até certo ponto, correr o risco pessoal que certas circunstâncias impõem, pois o fundamento de sua profissão é socorrer seus semelhantes.

Para o leigo não caracteriza omissão de socorro se ele estiver ausente do local onde deveria dar assistência, ao contrário do médico, cuja intervenção é necessária, pois sua ausência poderia resultar risco ao periclitante. Para ele o delito configura-se desde que, avisado de um perigo cuja gravidade seria ele a única pessoa capaz de avaliar, mesmo assim, recusar-se a atender.

O médico diante de iminente perigo de vida deve realizar o tratamento, ainda que arbitrário, nos moldes do artigo 146, parágrafo 3º do Código Penal, bem como são aplicáveis os artigos 132 e 135 do mesmo diploma. Segundo Pereira (1999, p. 43) “*em caso de omissão de socorro, basta o reconhecimento da culpa para gerar a responsabilidade indenizatória.*”

Também configura omissão de socorro, o médico que deixa de atender e prestar assistência ao paciente, alegando falta de pagamento de honorários. Nesse caso, houve entendimento jurisprudencial, de que o médico somente é obrigado a atender gratuitamente quando o paciente não puder pagar. Quando um médico é chamado a intervir, sendo o perigo de vida informado por um terceiro, na maioria das vezes torna-se impossível avaliar a

gravidade do caso. Pois um parente ou um amigo pode exagerar a situação ou deixam que fatos importantes passem despercebidos.

O mestre Kfouri Neto (2001) aborda um tema em que surgem diversos pontos de controvérsias, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, na qual em seu artigo 5º, inciso IV, diz ser "*inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e crenças, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias*". E quando o médico depara-se com adeptos da seita Testemunha de Jeová, para os quais o sangue de outrem é impuro e moralmente contaminado? Porém, o autor (2001, p. 325) relata um caso ocorrido no Reino Unido, onde:

A parturiente, após dar à luz ao seu segundo filho, veio a falecer em razão de hemorragia; o médico havia sido proibido por ela e por seu marido de realizar a transfusão de sangue. Impedido de realizar a transfusão, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois sua formação direciona-o a salvar vidas; ao proceder à transfusão, contra a vontade da paciente, sujeitar-se-ia à responsabilização civil e penal, por intervir no corpo da paciente, sem o indispensável consentimento.

No Brasil, a questão foi enfocada primeiramente pelo Conselho Federal de Medicina, que buscou fixar a abordagem ética, nos seguintes termos, conforme Vieira (2007 *on line*):

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Do exposto, conclui-se que, mais do que nunca, é exigível dos profissionais da medicina que procurem atuar sempre com a máxima atenção, certificando-se de que possam sempre demonstrar cuidado constante com seus pacientes, em todas as fases do relacionamento, de modo a afastar qualquer resquício de negligência ou imprudência; além disso, cabe-lhes preocupar em se manterem atualizados com os avanços científicos de seu mister, para afastar a imperícia.

Em suas atividades, os médicos lidam com o sofrimento humano e têm a missão básica de mitigá-lo. Devem poder sempre demonstrar que o fazem com dedicação e zelo, buscando a competência e evitando que lhes possa atribuir conduta menos cuidadosa, sob pena de ficarem vulneráveis a responsabilidades pesadas, do ponto de vista profissional e patrimonial.

Segundo Vieira (2007 *on line*) não se deve esquecer que *"a responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo seu papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém tem nas mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas."*

3. A CULPA: ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Assim como em todas as profissões que existem, a medicina não está livre de falhas. Por isso, é importante elaborar uma análise a respeito das causas e conseqüências, bem como das casualidades que promove a culpa e esta só acontece, juridicamente falando, quando o profissional não intenciona provocar prejuízo a outrem, mas sim em detrimento de uma ação negligente, imprudente ou imperita.

Para se reputar um médico em juízo é preciso que se configure a sua culpa, sendo que ela, normalmente, se identifica por ser no sentido estrito. E a responsabilidade do médico, por danos, é averiguada pelo julgador com base no sustentáculo doutrinário da responsabilidade subjetiva. A respeito assevera o artigo 186 do atual Código Civil brasileiro *in verbis*: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

E, não agir com culpa é desempenhar, o médico, suas atividades com diligência, perícia e prudência, nisto estando incluso que um Consentimento Informado⁴, cuidadosamente elaborado e corretamente arrolado na forma escrita, é um procedimento bom e deve fazer parte das atividades das quais têm que se desencarregar o médico para, assim, bem cumprir, registradamente, o seu dever para com o paciente.

Há que se lembrar que a responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo seu papel respeitável e nobre e a medicina não pode ser literalmente equiparada com outra área profissional, pois nenhum profissional tem nas mãos, concomitantemente, a vida e a dignidade das pessoas.

3.1 A culpa na responsabilidade civil do médico

A culpa médica é de cunho contratual, pois este profissional tem somente uma obrigação de meio, ou melhor, ele deve ser cuidadoso, dedicado e vigilante, deve ter discernimento científico profissional, conseguir a cura do paciente. Todavia, se não conseguir alcançar o resultado, esse, ainda assim receberá seu pagamento, considerando que só a atitude será julgada e não o resultado da mesma.

Por isso, é dever da vítima provar a culpa do médico, alegando que esse não se portou de maneira correta, sendo negligente, imprudente ou imperito. Porém, se a obrigação fosse de resultado, haveria a devolução do valor da prova, sendo que a vítima deve ser responsável em demonstrar se o acordo que foi feito entre as partes foi cumprido. Vale ressaltar o que diz Avecone, (Apud KFOURI NETO, 1996, p.59):

A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados.

⁴Elemento característico do atual exercício da medicina, não é apenas uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos. José Roberto Goldim. Consentimento Informado. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm> > Acesso 08 de out. 2007.

Os profissionais se utilizando sua vasta experiência e os meios técnicos indicados, com os cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização. Não tendo sido demonstrado o nexo causal entre a cirurgia e o evento morte, correta esteve a sentença pelo improvimento da ação.

Na verificação da culpa deve-se ver a especialidade do profissional e as condições e circunstâncias em que foram cometidos os procedimentos. Teresa Lopes, (Apud KFOURI NETO, 1996, p. 62-63), sugere alguns princípios para a avaliação da culpa médica:

Quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro; o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista; a questão do consentimento do paciente em cirurgia onde há risco de mutilação e de vida é essencial; o mesmo assentimento se exige no caso de tratamento que deixa seqüelas. E age com culpa grave o médico que submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso; dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária; não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, se um bem superior – a própria vida do enfermo – o exigir; outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada e levada em consideração; nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata, como cirurgia plástica, a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor.

Não é bom que se considere como culpa o erro profissional quando oriundo da improbabilidade ou da imperfeição das ciências, devendo-se desobrigar a insuficiência profissional dela decorrente.

Essa culpa deve ser observada em conformidade com a contemporaneidade da ciência médica. Um médico não pode assumir a responsabilidade por um dano promovido pela ineficácia de sua profissão. Senão seria atribuído o papel de Deus aos médicos e não a função de meros seres humanos que exercem sua profissão conforme a ciência da medicina moderna.

Uma vez confirmado o dano, há necessidade de avaliar o compromisso do autor, para efeitos de responsabilidade civil e verificar se diante de determinada situação ele poderia ter agido de forma diferente.

Diante das ponderações apresentadas é possível arriscar uma definição de culpa. A culpa, em sentido amplo, como transgressão de um dever jurídico, outorgada a alguém, em detrimento de fato intencional ou de omissão de zelo ou precaução, concebe: o dolo, que é a quebra proposital de dever jurídico e a culpa em sentido *stricto sensu*, marcada pela imperícia, imprudência, ou negligência, sem qualquer intenção de transgredir um dever.

3.2. A culpa *stricto sensu*

A culpa *stricto sensu* é aquela na qual o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Essas três situações têm a mesma importância do ponto de vista da culpa, mas para que o médico que efetuou o erro seja responsabilizado, é necessário que se estabeleça o nexo de causa e efeito entre o procedimento e a seqüela. Couto Filho e Souza, (2001, p. 29), dizem, *in verbis*:⁵ “importante para uma melhor compreensão da responsabilidade subjetiva – aquela apurada mediante a comprovação de culpa – é discorrer sobre as suas modalidades”. Sendo essas modalidades a imprudência, a negligência e a imperícia.

3.2.1. Negligência

Negligência, igualmente versada como desatenção ou falta de cuidado ao executar determinado ato, baseia-se na falta de necessário zelo, causando omissão ou descumprimento de dever, ou seja, aquele que não atuar de forma aplicada, prudente, agir com o merecido desvelo que exige a situação em desfecho.

⁵ Nesses termos – MIRANDA, Maria Bernadete. Pequeno Dicionário jurídico de expressões latinas. Disponível em: < <http://www.direitobrasil.adv.br/dc/apostila6.pdf> > Baixado 18 de set. 2007.

Gomes (2004, p. 25), conceitua e exemplifica negligência *in verbis*, “*é desídia, descuido, desleixo, falta de cuidado, indolência, torpidez, ausência psíquica. É uma omissão da prática do ato que poderia evitar o resultado danoso. Como exemplo, abandonar o paciente sob seu cuidado, não atender chamado de urgência entre outros*”. Todavia é preciso entender que o conceito de abandono, preceituado pelo autor, está intimamente ligado ao fato de que tendo o médico clarividência de que o paciente ainda precisa de cuidados deixa de atendê-lo.

3.2.2. Imprudência

A imprudência está relacionada com alguma coisa a mais que rele falta de atenção, podendo-se apresentar como um ato de má-fé, ou seja, com consciência do mal e o intento de praticá-lo; a atitude imprudente é a que está coberta de dolo – a má-fé concretizada -, e, conseqüentemente, mesmo não querida pelo autor igualmente não revestida de absoluta ausência de intenção.

Melhor elucidando, atua de maneira imprudente aquele que, conhecedor da condição de risco envolvido, mesmo assim crê que seja possível a efetivação do ato sem dano para quem quer que seja; age, assim, afora a justa medida de prudência que a situação exige, extrapola os limites do bom senso e da exatidão dos seus próprios atos.

Portanto a imprudência se assinala em atuar sem cautela, com precipitação ou intrepidez, Kfourri Neto (2002, p. 75), aponta que “*na imprudência há culpa comissiva*”. Para clarear o conceito, exemplifica o referido autor (2002, *op cit.*): “*é o caso do médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora – acarretando dano ao paciente*”.

3.2.3. Imperícia

No que concerne a imperícia, a mesma requer do autor a ausência de conhecimento ou de prática - erro ou engano na realização, ou mesmo consecução do ato -, de outra maneira, tem-se negligência daquilo que o autor não deveria preterir, pois consiste em seu papel, seu ministério requerendo dele perícia. Atribui-se, por fim, a uma ausência involuntária, mas também contaminada de determinada porção de má-fé com completo conhecimento de que suas ações poderão vir a ser dano para outrem.

Couto Filho e Souza (2001, p. 29), conceituam imperícia como sendo *“a falta de competente análise e da observação das normas existentes para o desempenho da atividade. É o despreparo profissional, o desconhecimento para o desempenho técnico da profissão”*.

Assim agrupadas têm-se as ações efetuadas pelo indivíduo que podem resultar em dano, não havendo que se falar em boa-fé, em hipótese alguma, considerando que a atitude, melhor dizendo, a intenção – do agente caracterizou-se e ajustou-se dentro de uma das três modalidades aqui retratadas. É válido ressaltar a posição de França (1995, p. 217), a respeito das modalidades supracitadas:

Entre a negligência e a imprudência, existem indícios de grave culpabilidade, ao passo que na imperícia presume-se falta de aprimoramento, relativo à pessoa que desempenha determinada profissão. Porém, nunca se poderia supor incompetência profissional em quem é portador de um diploma que lhe outorga condições de livre desempenho de sua atividade.

Há necessidade de se destacar que o artigo 1.545 do atual Código Civil sobre a temática abordada *“os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, incapacitação de servir ou ferimento”*.

É, portanto, dever dos profissionais da medicina exercer a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece e com as cautelas e cuidados necessários à proteção da vida e da saúde de seus pacientes, bens impagáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem.

3.3. Graus da culpa

No que diz respeito à classificação da culpa, há discordância entre os doutrinadores. Dessa forma, tratar-se-á dos gêneros de classificação da culpa que apresentou maior relevância na doutrina pesquisada. Nesse contexto, a culpa pode ser classificada, segundo Gomes (2004, p. 25) em:

Culpa levíssima – quando a boa conduta exigida só está ao alcance de poucas pessoas; culpa leve – quando o agente não apresenta as condutas esperadas por um homem de capacidade comum, já a culpa severa – quando o autor não toma cuidados esperados por todos em uma sociedade onde qualquer simples conhecedor poderia indicar a conduta adequada. A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de certo modo perde sua oportunidade. Isto porque, quer haja dolo quer haja culpa grave leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual ‘in Lex Aquilia et levíssima culpa venit’. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. Ora, como a indenização deve ser o mais possível completa, pois indenizar significa tornar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima.

As divergências doutrinárias foram suprimidas pelo atual Código Civil, que no artigo 944 parágrafo único, concede autorização para o juiz decidir por equidade em casos de culpa leve ou levíssima, *in verbis* “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Há aqui que aclamar o legislador, por ter agido muito bem ao elaborar tal dispositivo legal.

3.4. Dano

O dano, assim como o nexo causal são pressupostos necessários para a caracterização da responsabilidade civil do médico. Constitui-se dano, conforme De Cupis, (Apud Kfour

NETO, 1996, p. 86), “prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem”. Portanto, o dano apresenta-se como elemento essencial da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele, caso oposto nada haveria a restituir. Aceitar esse juízo é predispor um enriquecimento sem motivo àquele que receberia a indenização. Então, é dever da vítima, em geral, provar que sofreu um dano. Nessa linha, discorre Gonçalves (1995, p. 89):

Sem prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível.

3.4.1. Classificação dos danos

Os danos a serem reparados pelo médico culpado, não importa se a culpa é grave, leve ou levíssima, na concepção de Kfoury Neto (1996, p.86), podem ser assim classificados e definidos:

Danos Físicos - dizem respeito a perda total ou parcial de um órgão, sentido ou função, ou do estado patológico do paciente, que pode ter seu estado agravado em decorrência de uma intervenção cirúrgica mal feita; Danos materiais – normalmente advém dos danos físicos, ou em outras palavras, lucros cessantes, despesa médica e hospitalar, medicamentos, viagens, contratação de serviços de enfermeiros, psicólogos, etc.; Danos morais – incluem os danos estéticos, a dor sofrida, o profundo mal-estar advindo dos danos causados à esfera das relações sexuais, a frustração pela abrupta cessação de uma atividade profissional, entre outras situações e Dano estético – caracteriza-se por lesão à beleza física e à harmonia das formas externas.

Hoje, o argumento básico usado pelos médicos quanto aos corriqueiros danos corresponde à ineficiência do sistema de saúde, que requer bom profissional, porém por infame remuneração, subordinando-os a jornadas de trabalho de 12 horas diárias, o que colabora com a redução da produtividade e avaria a qualidade do serviço ofertado; além da cobrança de atendimentos bons, todavia com poucos e ineficazes recursos, sobretudo nas urgências e emergências.

Naturalmente que a possibilidade de o paciente ser atingido com algum tipo de dano se evidencia quando não há aparelhos suficientes e aprimorados, remédios e outros recursos necessários. Entretanto, somente a má remuneração não é causa que motiva ou justifica o erro médico. Deve-se levar em conta que esse profissional faz um juramento ao colar grau, tendo o dever de respeitá-lo e cumpri-lo separadamente de outras razões.

3.4.2. Indenização por dano

Com a instituição da Constituição Federal de 1988, foi confirmada a indenização por dano moral, iniciando assim um inédito contexto na causa da responsabilidade civil, que até então vinha sendo timidamente acolhido pela jurisprudência, o que terminou por refletir na categoria médica e na relação jurídica de prestação de serviços estabelecida entre o médico e seu paciente. Com o advento do atual Código Civil, a indenização por danos recebe novas disposições. Verifica-se isso em seus artigos 949, 950, e 951, *in verbis*:

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. Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância

do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. 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.

Fica então claro que uma vez provada a culpa, mesmo sendo ela levíssima, sempre acarretará o dever de indenizar, porém é bom lembrar que uma indenização não pode gerar o enriquecimento indevido da vítima, igualmente não pode provocar o empobrecimento indevido, contudo o pagamento deverá manter o equilíbrio possível, para que não se configure como injustiça para o devedor. Imprescindível é que o juiz avalie a distinção entre essas vertentes a fim de bem definir a reparação do dano, pois esta é hoje indiscutível, uma vez que consagrada pela própria Constituição Federal.

3.5. Nexo causal

Para existir a obrigação de indenizar, é preciso que o dano sofrido pela vítima venha da ação ou omissão do agente. Não havendo essas condutas, inexistente a obrigação de indenizar. Esse elo entre o dano e a reparação denomina-se nexos causal, sendo este de extremo significado para a responsabilidade civil. Couto Filho e Souza (2001, p. 24), afirmam que “*a responsabilidade civil está embasada num verdadeiro tripé, ou seja, na conduta de um agente, na existência de um dano e na relação de causalidade existente entre aquela conduta e o dano*”.

O nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de modo que essa é tida como sua causa. Contudo, conforme os ensinamentos de Couto Filho e Souza (2001, p. 25), “*não basta que a condição ou fato tenha sido, em concreto, fator determinante do dano. Torna-se curial que o fato, análise abstrata, seja*

potencialmente uma causa adequada daquele resultado". Conseqüentemente, esse não poderá ser a causa imediata, mas, se for fator para a geração do dano, o ator responderá pelo resultado.

O dever de indenizar, estritamente falando, não transpõe os limites esboçados pelo nexos causal, mas a reparação do dano não exige que a ação do agente seja a única causa do prejuízo. É suficiente que o agente assume a causa, sempre que dessa derivar o dano. Além disso, a prova do nexos causal incumbe a quem pretende a indenização, eximindo-se os casos de responsabilidade objetiva.

Todavia existem situações que o nexos causal é excluído, mesmo que tem ocorrido o dano, o autor do mesmo é eximido da responsabilidade de repará-lo. Isso acontece porque o ordenamento jurídico acata certas ações e não as reprime, classificando-as como escusas, ou quando não se pode garantir que o resultado tenha originado da atitude do agente. Sobre quais são essas situações e como elas se caracterizam pontifica Gomes (2004, p. 30, 31, 32):

O nexos causal pode ser excluído por: força maior e caso fortuito – acontecimentos que escapam ao controle do ser humano estão fora de toda a diligência, controle e vontade do homem e, ainda, a produção dos efeitos danosos eram impossíveis de ser evitados ou impedidos, e por isso estão fora do limite da culpa; Fato de terceiro – quando alguém que não tenha qualquer ligação com o causador aparente do resultado, provoca por si só o resultado danoso à vítima; Culpa exclusiva da vítima – ocorre quando a conduta da vítima representa o fato exclusivo e decisivo para o resultado danos.

Portanto, mesmo havendo o dano, o nexos causal entre a lesão e a conduta do médico e a verificação da culpa deste no caso de obrigação de meio, isenta-se a obrigação de indenizar se aparecer uma ou mais das causas excludentes supracitadas. Os conceitos da relação causal não são sustentados pelos pilares jurídicos, no entanto como bem expõe Pereira (Apud COUTO FILHO e SOUZA, 2001, p. 28), *“ao juiz cabe proceder cum arbitrio boni viri, sopesando cada caso na balança do equilíbrio, do bom senso e da equidade”*.

Em suma, do exposto no todo, o que ficou é que hoje, mais do que nunca, cobra-se dos profissionais da medicina que procedam continuamente com a devida atenção,

assegurando-se de que possam sempre manifestar zelo freqüente com seus pacientes, em todas as etapas do vínculo, repelindo assim os vestígios de negligência ou imprudência; é preciso também que eles tenham a preocupação de se atualizarem estando atentos ao crescimento e desenvolvimento científico de sua profissão, objetivando expurgar a fraqueza de imperícia.

Em sua lide, os médicos se relacionam com a dor humana, portanto têm como uma de suas missões dirimirem-la. Devem assiduamente demonstrar, ao realizar suas tarefas, dedicação e zelo, primando sempre pela competência, afastando assim as possibilidades de ações menos cuidadosas que possam ser vistas como negligência, imprudência ou imperícia, sob pena de ficar a mercê de responsabilidades pesadas, concernentes à sua vida profissional e patrimonial.

4. CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

Ultimamente a sociedade passa por um renovar de conceitos e identidade. Isto talvez ocorra em virtude do processo de industrialização e urbanização dos grandes centros que estão em freqüente mudança. Por isso, acontece o aparecimento de novos empregos e o aperfeiçoamento dos mesmos para que não se tornem ultrapassados. E como não poderia deixar de ser, a Medicina igualmente está em continua evolução, aliando-se as necessidades da aldeia global onde é possível ao homem acessar à informação e saber quase tudo sobre o mundo todo no clicar de um mouse ou defronte a uma televisão.

Juntamente com esse mundo globalizado e a sociedade do 'belo' o homem volta seus olhos e começa a dar maior atenção ao físico, pois esse se tornou um quesito imprescindível para a uma melhor colocação profissional ou até mesmo uma melhor aceitação social. Vale

ressaltar o que dizem Codo e Senne (1985, p. 9) (apud FLORENTINO e FLORENTINO, 2007, *on line*):

Nunca se falou tanto do corpo como hoje, nunca se falará tanto dele amanhã. Um novo dia basta para que se inaugure outra academia de ginástica, alongamento, musculação; publiquem-se novos livros voltados ao autoconhecimento do corpo; descubram-se novos preconceitos quanto à sexualidade, outras práticas alternativas de saúde; em síntese, vivemos nos últimos anos perante a incontestável redescoberta do prazer, voltamos a dedicar atenção ao nosso próprio corpo.

Com isso, cresceu de forma descomunal o número de clínicas de Cirurgia Plástica; é o homem em busca de melhor aparência. Buchalla e Pastore (2007, *on line*) afirmam que “*movidos pelo desejo legítimo de ter uma aparência melhor, milhares de brasileiros recorrem à cirurgia plástica como quem vai às compras*”

4.1. A cultura do belo

Hoje, na cultura ocidental, o conceito que se estabeleceu sobre beleza se associa à juventude, como se o belo fosse necessariamente igual a ser jovem. Talvez, seja por isso que a sociedade atual é recordista na cirurgia de embelezamento e no consumo de medicamentos para emagrecer. Corre-se atrás do rejuvenescer. Com isso, investigações epidemiológicas mostram nos últimos anos, segundo Ballone (2007 *on line*):

Um aumento considerável no número de pessoas acometidas por Transtornos Dismórficos Corporal em que a insatisfação corporal é crescente. Calcula-se que a prevalência desta doença está na população adolescente e juvenil, mas casos consideráveis vêm apresentando também em adultos jovens.

A procura de um corpo perfeito tem gerado excessos e causado sérias preocupações nos profissionais da área de saúde, mas por outro lado relatos são apresentados em que profissionais de Educação Física não estabelecem limites aos seus alunos, nem mesmo separando uma prática saudável, de um exercício obcecado.

4.2. Cirurgia plástica

A cirurgia plástica é uma esfera das demais cirurgias que tem como finalidade reparar, de uma maneira artificial, anatômica e funcionalmente, certas partes do corpo humano que estejam comprometidas por alguma anormalidade congênita ou que a pessoa adquiriu no dia-a-dia; a cirurgia plástica, igualmente, pode reparar os descompassos de origem estética. A cirurgia plástica ocorre com grande frequência no Brasil. Inclusive, estrangeiros vêm ao país para efetuar procedimentos nesse campo da Medicina. França (1995, p.240), assevera que *“a Cirurgia Plástica, entre nós, tem sido a especialidade médica que mais rapidamente evoluiu nestes últimos anos, fato este confirmado pelo seu prestígio dentro e fora dos nossos limites e pelos seus resultados tão espetaculares”*.

O grande protesto de seus direitos, por parte do cidadão brasileiro, por si verem, em determinadas ocasiões, malogradas as suas expectativas quanto aos resultados dos procedimentos médicos em cirurgia plástica, tem conduzido aos tribunais casos em que o paciente espera ser recompensado, no terreno da responsabilidade civil, dos danos que presume ter sofrido com a intervenção, à qual foi submetido, nesta especificidade médica.

Portanto, cabe nesta pesquisa, uma abordagem sobre a responsabilidade civil do médico por procedimentos na área da Cirurgia Plástica Embelezadora, para um entendimento certo de como esta situação é tratada pelos tribunais brasileiros.

4.3. Breve histórico da cirurgia plástica

Buscou-se em Avelar (2000) a contextualização histórica da cirurgia plástica, especialidade cujo nome origina-se da palavra grega (*plastikos*) cujo significado é ‘forma’. A história registra dados sobre tais cirurgias que datam de 4.000 anos A.C., onde a prática de cirurgias reparadoras já era efetuada entre os hindus.

O autor supracitado diz que entre os egípcios, isso se refere há 2.000 anos antes Cristo, havia a prática de correções estéticas causadas por desfiguramentos, deformidades ou defeitos. Ele afirma que um escritor denominado Sussuruta, em 2.000 antes Cristo, relatou o “*retalho indiano*”, ou seja, reconstruções de nariz de mutilados por questões religiosas e que ainda hoje são empregadas. Em 1.587 Tagliacozzi, médico italiano conceituado, talvez um dos mais considerados cirurgiões plásticos de seu tempo, publicou seu livro sobre o assunto. (AVELAR, 2000).

É precípuo destacar que a Igreja Católica, do século XVII, coagiu os cirurgiões no sentido de bloquear a prática da cirurgia reparadora, arrazoou a igreja que se tratava de ação além dos atos humanos, por ‘corrigir’ os desígnios de Deus.

Com o advento das duas grandes guerras mundiais há uma expansão da cirurgia plástica, transformando-se em interesse social e humano. Os cirurgiões conquistaram grande experiência na reparação de feridos da frente de batalha, mostrando ao mundo científico seus conhecimentos. Segundo Stoco (2001, p. 413):

Somente em 1930 é criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética. A expressão cosmetologia surgiu no Congresso Internacional de Dermatologia, em Bucareste, em 1935, quando Dr. Auriel Voina a apresentou em hommage à la beauté conservée, renouée ou supplée de la femme éternelle. E em 1950 apareceu a Sociedade Francesa de Cosmetologia, constituindo-se os seus objetivos na thérapeutique de la laiderus.

A invocação da beleza e da juventude mostrada profusamente pela mídia e tão evidenciada na contemporaneidade leva as pessoas a almejarem transformações em seus corpos, mirando-se nos corpos e rostos de gentes famosas, ao ponto de encarar dores e

inconvenientes de uma intervenção cirúrgica e igualmente abrir mão de boa parte de seu patrimônio na busca de seus desejos.

4.4. Considerações sobre cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora

A diferença básica entre cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora, faz-se indispensável por dela decorrer a responsabilidade civil do médico em cada caso. Conforme bem anota Castro (2005, p. 45 – 46):

A cirurgia plástica compreende duas modalidades: a) a reparadora ou corretiva, laborada com o objetivo de tentar a correção de defeitos congênitos ou adquiridos (por exemplo: cicatrizes, queimaduras, lábio leporino etc.). Tem um fim terapêutico conectado, não raro, com uma preocupação estética, mas esta absorvida por aquele fim. Enquadra-se como reparadora a cirurgia estética para retificar cirurgia embelezadora malsucedida; e b) a estética, também denominada, pela literatura médica, de embelezadora ou cosmética. É aquela levada a cabo com finalidade de embelezamento ou aperfeiçoamento físico do indivíduo. É realizada, geralmente, quando o paciente não padece de qualquer mal físico.

No que diz respeito à cirurgia plástica reparadora, a obrigação contraída pelo médico é de meio e não de resultado, pois a finalidade da intervenção cirúrgica é corrigir cicatrizes deixadas por acidentes, queimaduras, defeitos congênitos e outros. Então, o que se pode exigir do médico é que somente faça o possível, de forma prudente e diligente, para ‘reparar’ a marca ou o defeito nato, que o paciente objetiva melhorar, até porque não está a se submeter por tal intervenção por mera questão estética e sim buscar reparação ou melhora para determinado defeito físico congênito ou resultado de acidente.

Já a cirurgia plástica estética corresponde a uma obrigação de resultado do profissional que a realiza. Nesse caso, o paciente não sofre de nenhuma doença física, somente de dor emocional, sendo este o fato desencadeador, muitas vezes, do ato de submeter-se a tal procedimento médico.

A expectativa do paciente é a de que o cirurgião estético corrija o aspecto físico que tanto o incomoda. Se assim não fosse, não se submeteria à cirurgia ou ao procedimento embelezador, pois, como qualquer intervenção cirúrgica, é passível de riscos à saúde e à vida do paciente.

Uma norma unânime necessária em medicina é que, uma cirurgia, tenha ela a finalidade que tiver, sempre oferece riscos. Por isso, compelido está o médico a notificar ao paciente sobre os riscos peculiares à cirurgia a que será submetido. Porém, se o médico entender que a cirurgia, conforme as condições gerais de saúde do paciente, oferecer-lhe um dano ainda maior, tem o dever de não executá-la.

Por ser finalidade única do paciente a correção estética específica, circunstância em que se objetiva, correto e determinado resultado, verifica-se a íntima e inseparável relação jurídica da cirurgia plástica estética com o instituto da obrigação de resultado. Gomes (2004, p. 54) confirma a afirmativa dizendo que *“tendo em vista o caráter de inexistência de urgência e de doença a ser curada e a ter como finalidade um resultado puramente estético ou embelezador, a cirurgia plástica estética tem como essência a obrigação de fim ou, também chamada, de resultado”*.

Outra consideração significativa a se evidenciar é a imprescindível necessidade do cirurgião plástico ter o título de especialista na área específica, alcançado mediante residência médica credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica ou por meio de concurso fomentado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Assim sendo, o profissional quando apto, para a prática da cirurgia plástica, deve estar afeiçoado e treinado com um conjunto de pré-requisitos e conhecimentos técnicos e científicos aprendidos e apreendidos na graduação e na pós-graduação.

4.5. Cirurgia Estética Embelezadora

A Cirurgia Plástica Estética Embelezadora é definida entre a maioria dos doutrinadores como uma cirurgia meramente ‘cosmética’ e desnecessária, pois tem com

finalidade principal o embelezamento determinado por um grupo social e não o tratamento de uma enfermidade. Vale destacar o que diz Cruz (2007, p. 1):

[...] A primeira tem seu objetivo limitado ao resultado puramente estético, visando unicamente aperfeiçoar o aspecto externo de uma parte do corpo. Neste tipo de cirurgia o paciente busca o cirurgião sem apresentar qualquer patologia, visa, apenas, o puro embelezamento.

Então, o que se pode ver é a cirurgia estética Embelezadora buscando no paciente unicamente o embelezamento externo, sendo que o paciente não mostra nenhuma patologia. Em comum acordo decide o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. A CIRURGIA PLÁSTICA, COM FINS EXCLUSIVA OU PREPONDERANTEMENTE ESTÉTICOS, E CIRURGIA EMBELEZADORA E, POR ISSO, A OBRIGAÇÃO NÃO É DE MEIO E SIM DE RESULTADO. ÔNUS PROBANDI. NA HIPÓTESE DE O RESULTADO SER NEGATIVO E OPOSTO AO QUE FOI CONVENCIONADO, PRESUME-SE A CULPA PROFISSIONAL DO CIRURGIÃO, ATÉ QUE ELE PROVE SUA NÃO-CULPA OU QUALQUER OUTRA CAUSA EXONERATIVA. TABAGISMO PÓS-OPERATÓRIO. INOBTANTE O FUMAR NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO POSSA PROVOCAR OS DANOS OCORRIDOS, HÁ NECESSIDADE DO RÉU PROVAR QUE A CLIENTE FUMOU, EMBORA A CONTRA-INDICAÇÃO MÉDICA. PROVA INSUFICIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL RECONHECIDA. APELAÇÃO PROVIDA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº. 591055017, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, JULGADO EM 05/05/1992).

Segundo Giostri (2002. p. 43):

A cirurgia plástica, tanto estética quanto reparadora, trabalha sobre um mesmo material: o corpo humano. Vale lembrar que as cirurgias estéticas também têm seu cunho reparador – em especial no que diz respeito ao psiquismo do indivíduo –, como um ser participante que é de uma comunidade programada para valorizar e prestigiar a beleza e a juventude.

⁶ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php> Acesso 12 de out. 2007.

A Cirurgia Estética Embelezadora objetiva uma resposta fundamentalmente estética, pois visa tão somente aprimorar o estereótipo do paciente. Portanto, na Cirurgia Plástica Estética o paciente não mostra nenhuma patologia ele busca somente o embelezamento determinado em média, pelos meios de comunicação, como modelo de beleza.

4.5.1. Aspectos profissionais e psicológicos da cirurgia estritamente embelezadora

Como já comentado anteriormente, a Cirurgia Plástica ultimamente é a especialidade médica com mais publicidade na mídia e a que mais vantagem financeira oferece aos profissionais da medicina, pelos formidáveis avanços, bem como pelos resultados cada vez mais eficazes, o que a firma como a Medicina em prol dos resultados estéticos e competente para propiciar àqueles que dela fazem uso uma melhora considerável, tanto no âmbito físico, quanto no psicológico, pois a questão emocional é a que, muitas vezes, motiva a pessoa a decidir modificar e melhorar sua aparência física, já que psicologicamente se sente incomodado e aborrecido, o que lhe prejudica nos relacionamentos amorosos, sociais e profissionais. Kfoury Neto (1996, 142), sobre o assunto afirma que *“dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique”*.

Esse fenômeno, relacionado ao aspecto psicológico, pode ser visto notadamente nas mulheres que, por convenção cultural, são as que mais se penalizam por estarem fora dos modelos de beleza. Elas se cobram e são mais cobradas para alcançarem a estética dita perfeita. A busca pelo belo, pela perfeição estética é uma das principais finalidades da sociedade hodierna, uma vez ser ela confirmada pelo prestígio adquirido dentro e fora dos vínculos profissionais da cirurgia plástica.

O avançar dos recursos tecnológicos-materiais da cirurgia plástica, igualmente a propagação dos resultados conquistados, levam o paciente a crer que, depois da cirurgia, terá

uma nova vida, ocasião em que se verá livre de todos os complexos, deixando de ser o que se estabeleceu como feio, fora dos protótipos atualmente impostos, o que proporciona um lenitivo insigne, porque todos querem e necessitam ser aceitos, inclusive no aspecto estético.

Assim sendo, o êxito é o único objetivo do paciente ao se submeter a uma cirurgia plástica embelezadora. Todavia se o resultado esperado não for alcançado, o paciente psicologicamente ficará em situação mais angustiante que a anterior à realização do procedimento cirúrgico estético a que se submeteu. E, não raras vezes, além do resultado almejado e contratado pelo paciente não se efetivar ocorrem lesões e danos estéticos que pioram, em muito, o psicológico do paciente. Em nível de exemplo, uma pessoa que faz cirurgia plástica na face com finalidade rejuvenescedora e fica com a boca torta.

4.6. Responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas embelezadoras

A responsabilidade que contrai o médico que oferece serviço de cirurgia plástica estética ou embelezadora, ao contrário, como já visto, passa a ser de resultado, diante de seu objetivo, conforme afirmam Gomes (2001, p. 452):

Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado.

O que o paciente almeja, indicou Rodrigues (2002, p. 253):

É um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação das pernas, seios, queixo etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha o resultado em si.

Contudo, o renomado cirurgião plástico Juarez Moraes Avelar fala da existência de elementos psicológicos que podem influenciar categoricamente nas reações orgânicas dos pacientes, bem como um conjunto de outros componentes, como o comportamento pós-operatório individual, elementos que o levaram a optar pelo título de sua obra – Cirurgia Plástica.

Assevera o mencionado autor (2000, p. 43) que “*a cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da Medicina, exposta às reações imprevisíveis do organismo humano e indesejadas conseqüências, sendo justo e humano considerá-la obrigação de meio e não obrigação de resultado*”.

Todavia, contrário a reconhecida autoridade e competência do dedicado cirurgião, tem sido reconhecido o estabelecimento de uma relação contratual de resultado entre médico e paciente nestes casos. Ressalta Magalhães (1975, p. 62) que:

Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico. Caso contrário, não adiantaria arriscar-se a gastar dinheiro por nada.

Ou seja, ninguém se sujeita a passar por uma cirurgia plástica se não for com a finalidade de obter certo resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas. Na mesma direção aponta Cahali (1996, p. 329):

(...) quando se tratar de cirurgia estética a responsabilidade pelo dano por ela produzido deverá ser apreciada com muito mais rigor que nas operações necessárias à saúde e à vida do doente, pois na operação plástica estritamente estética o médico está lidando com uma pessoa em perfeito estado de saúde que apenas deseja melhorar sua aparência e com isto se sentir psiquicamente melhor. Existe neste caso uma obrigação de resultado que se não alcançada vai dar lugar a uma presunção de culpa contra o médico com a conseqüente reversão do ônus da prova.

Considerando que a cirurgia estética é ato lícito, é fácil de entender que se a pessoa, submetida a tal procedimento, chegue a óbito por imperícia, imprudência ou negligência do cirurgião esse responda civil ou criminalmente, porém, a cirurgia estética, por si só, não configura ato ilícito passível de reparação. Conseqüentemente, se o médico realiza a cirurgia tendo em vista os deveres de cuidado próprios da ciência médica e em cumprimento às regras da profissão não é condizente que, ainda assim, responda pela morte ou agravação do estado do paciente da cirurgia estética embelezadora. Neste sentido importante contribuição doutrinária traz Panasco (1975, p. 236):

Em relação à cirurgia comestológica se estabelece primeiro ponto de referência jurídica, ao se estimar sua esfera de ação, no Direito Público ou privado. Não existe para a matéria, nenhum dispositivo neste sentido. A jurisprudência encara os fatos com muita parcimônia. A ação jurídica se exerce mais no sentido do dano, fracasso técnico, da negligencia, imperícia e imprudência, mas não coíbe a execução da cirurgia comestológica.

Pode-se concluir, então, diante de todo o exposto que dada a natureza contratual e Subjetiva da responsabilidade civil do médico para que ocorra o dever de indenizar é preciso que a conduta médica apresente culpa em qualquer de suas modalidades, ou seja: imprudência, negligência ou imperícia o que se pode caracterizar como sendo erro médico.

4.7. Responsabilidade dos cirurgiões plásticos e das clínicas à luz do código de defesa do consumidor

A Responsabilidade dos médicos se adéqua à dos profissionais liberais, sendo a mesma regida pelo Código de Defesa do Consumidor por ser essa uma Lei específica que trata da culpa profissional do profissional liberal, em seu artigo 14 parágrafo quarto, como de natureza subjetiva. Assim descreve Gagliano (2003, p.302):

Ao tratar da responsabilidade civil pelo fato do serviço, o Código de Defesa do Consumidor ressalva a situação dos profissionais liberais que, nos termos do §4º do art. 14, somente respondem com fundamento na culpa profissional: Problema instigante diz respeito à intelecção do parágrafo

único do art. 927 do CC, que considera objetiva a atividade desenvolvida pelos empreendedores de atividade de risco. (...), reiteramos nosso entendimento de que a responsabilidade civil dos profissionais liberais continua de natureza subjetiva (culposa), por força de considerarmos o Código do Consumidor lei especial em face do novo Código Civil.

Devido o médico se acondicionar como um profissional liberal, o mesmo vai ser responsabilizado só por uma lei específica. Em comum acordo julga o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. 1. Ante o teor do art. 14, §4º, do CDC, o reconhecimento da responsabilidade do profissional liberal depende de prova da culpa, a cargo do consumidor. Inversão do ônus da prova que não foi requerida no momento oportuno. Rejeição do pedido de anulação do processo, contido no apelo. 2. Incomprovação do erro no proceder do médico, ao efetuar intervenção cirúrgica na autora. Confirmação da sentença de improcedência por seus próprios fundamentos. Introdução de alegações fáticas novas, em grau de apelação. 3. Honorários advocatícios adequadamente arbitrados. Apelo improvido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº. 70009081175, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ LÚCIO MERG, JULGADO EM 04/11/2004).

O doutrinador em conformidade com a legislação específica esclarece que a responsabilidade dos profissionais liberais, neles se arrolam os médicos, a natureza será subjetiva mesmo com a edição do atual Código Civil que traz em seu artigo 927 parágrafo único, como responsabilidade objetiva por ato ilícito, onde já é presumida a culpa. Conforme Sampaio (2003, p.142):

Confere-se tratamento diferenciado aos profissionais liberais, considerando-se subjetiva sua responsabilidade civil pelo fato do serviço prestado. Dispõe o § 4º, do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Destacou o legislador os contratos de natureza intuitu personae, ou seja, aqueles celebrados em razão da confiança depositada em uma das partes. É o que acontece com os contratos de honorários celebrados com advogados e médicos. Esses casos, a responsabilidade civil deles depende da presença da culpa (cujo ônus de prova pode ser invertido), ou seja, de que tenham tais profissionais

⁷ Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php> Acesso 12 out. 2007.

desempenhado um serviço defeituoso, decorrente de um comportamento negligente, imprudente ou imperito.(...).

Clarifica-se aqui que nos casos onde os serviços prestados por profissionais liberais, no caso em questão os médicos, a Responsabilidade Civil terá natureza Subjetiva, quer dizer o autor terá que provar a culpa. Contudo há casos onde apesar da responsabilidade, dos médicos, profissionais liberais, ter natureza subjetiva o ônus da prova pode se inverter devido ao inciso VIII do artigo sexto do Código de Defesa do Consumidor. Ressalta Gagliano (2003, p. 142):

(...) interessante questão diz respeito à obrigação do cirurgião plástico. Em se tratando de cirurgia plástica estética, haverá, segundo a melhor doutrina, obrigação de resultado. Entretanto, se tratar de cirurgia plástica reparadora, (decorrente de queimaduras, por exemplo), a obrigação do médico será reputada de meio (...). Em ambas as situações, ter-se-á uma responsabilidade civil subjetiva, em que a prova da culpa, pelos danos causados, é relevante, embora haja uma presunção de culpa, com a inversão do ônus da prova do elemento anímico, notadamente em relação às obrigações de resultado.

Interpreta-se, no caso da cirurgia plástica de resultado, o não cumprimento contratual tem-se verificado a presunção de culpa com a inversão do ônus da prova previsto no inciso VIII do artigo sexto da Lei número 8.078/90. O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor por sua vez, intervém na relação médico- paciente: as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Outro ponto considera qualquer cláusula contratual é nula quando pretenda estabelecer inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, conforme disposição do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Ao finalizar esta pesquisa conclui-se que quando a pessoa resolve modificar alguma coisa em sua aparência, independente do que a incentivou a tomar essa atitude, faz na convicção de que tal interferência será bem sucedida, pois caso contrário não correria o risco de expor sua saúde. Sendo assim é de extrema importância que o cirurgião atue com todos os cuidados pertinentes, cumpra seus deveres e até mesmo rejeite fazer uma intervenção cirúrgica caso haja algum perigo para o paciente, pois se não houver sucesso, exceto causas fora de responsabilidade, incorrerá a responsabilidade civil do médico, promovendo sua reparação e as obrigações resultantes do dano ocasionado em razão das cirurgias estéticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do amplo desenvolvimento das técnicas médicas estéticas, da procura pelo corpo perfeito, da interferência da mídia e da grande popularização dessas cirurgias nos últimos tempos, o assunto do tema proposto se torna de imensurável significado, tanto para operadores do direito e comunidade médica, quanto para sociedade em geral.

A cirurgia plástica puramente estética é a que é executada em pessoas sãs que objetivam melhorar sua aparência física externa. Portanto, o papel do médico não intervém com a finalidade de restaurar sua saúde, mas tão somente para modificar algum aspecto físico que não é de seu agrado.

Normalmente, em virtude da existência dos métodos modernos e profissionais extremamente especializados, as cirurgias são simples, o pós-operatório é quase sem dor e as cicatrizes são ínfimas. Contudo, sempre haverá casos em que os resultados sonhados não serão alcançados. Assim sendo, para doutrina e jurisprudência majoritárias, a cirurgia estética embelezadora é considerada como obrigação de resultado. Nessa concepção, para que haja responsabilização do médico, basta a demonstração do nexo causal e do dano sofrido pelo paciente ou a falta do resultado aliançado, não havendo necessidade de provar a culpa do médico, sendo a mesma prevista neste caso e nem mesmo verificando se o resultado do acordo firmado foi alcançado ou não.

Todavia, o posicionamento, aparentemente estipulado, tem sido severamente criticado, de maneira especial, na esfera da doutrina que defende ser a cirurgia estética embelezadora obrigação de meio. Defende-se essa idéia, todavia acredita-se que o mais importante é que o médico seja leal com suas obrigações, atuando com cuidado e sensatez, informando o paciente, apresentando e esclarecendo os prós e contras, os limites e viáveis complicações, contra-indicando ou refutando-se a executar a cirurgia caso julgue inadequada.

Quanto à cumulação do dano estético e dano moral foi possível verificar que tal possibilidade existe. Todavia, só é aceito em situações graves, onde as deformações ou desfigurações que causem constrangimento para a vítima ocasionando sua rejeição no círculo social em que vive. Assim sendo, nesse caso a indenização por dano estético é dado a título do sofrimento proporcionado pela transformação física e dano moral pelo dano causado à imagem social da pessoa.

Diante de todo exposto, em singelas considerações, defronte a grandiosidade do tema, é importante destacar mais uma vez, que o que se requer do cirurgião plástico não é que seja onipotente ou todo-poderoso e muito menos 'santo milagroso', mas tão somente que atue em consonância com seus deveres, com esmero e cuidado no exercício de sua profissão, usando toda sua intrepidez e atenção e empregando técnicas consagradas e aceitas, que não assegure e nem mesmo compactue com seu paciente qualquer resultado que não poderá ser efetivado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos de Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: SARAIVA, 2000.

AVELAR. Juarez Moraes. **Cirurgia plástica: Obrigação de resultado**. São Paulo: Hipócrates, 2000.

BALLONE, Geraldo José. **Vigorexia**. Disponível em: <Sites.uol.com.br/gballone/alimentar/vigorexia.html> Acesso 13 out. 2007.

BUCHALLA, Anna Paula; PASTORE, Karina. **Corpos à venda**. Veja *On line*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/060302/p_084.html> Acesso 12 out. 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ, Ingrid Patricia Félix da. **Cirurgia Plástica Estética: obrigação de meios ou de resultado?**. Jus Navegandi, Teresina, a. 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5655>>. Acesso 12 out. 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 7. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Vol. 1 e 2.

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

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 6. ed. São Paulo: Fundo Editorial Prociencx, 1995.

FLORENTINO, José e FLORENTINO, Fátima Rejane Ayres Florentino. **Corpo objeto: um olhar das ciências sociais sobre o corpo na contemporaneidade**. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd113/o-corpo-na-contemporaneidade.htm>> Acesso 13 out. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. III.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica: As Obrigações de Meio e de Resultado: Avaliação, Uso e Adequação**. Curitiba: Juruá, 2002. Vol. 5.

GOMES, José Eduardo Cerqueira. **Responsabilidades da conduta do médico**. Pará: Paka-Tatu, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. Responsabilidade civil dos médicos. In: **Responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984.

PANASCO, Wanderley Lacerda. **A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos**. e 4. Rio de Janeiro: Forense, 1975 e 1984.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 7. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 4.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDTH, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum** / obra coletiva. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, Marcos dos Santos. **Comentando a Resolução CFM nº 1021, de 26 de setembro de 1980**. Disponível em <www.iriang.com.br> Acesso 16 de set. 2007.

¹ A expressão responsabilidade aquiliana tomou da Lei Aquília (Lex Aquilia) o seu nome característico, pois nela é que se esboça o princípio geral regulador da reparação do dano. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/index.html>> Acesso 28 de set. 2007.

² *Ipsis litteris* - expressão de origem latina que significa pelas mesmas letras, literalmente. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ipsis_litteris> Acesso 13 de set. 2007.

³ Disponível em < <http://www.gineco.com.br/jura.htm>> Acesso em 16 de set. 2007.

⁴ Elemento característico do atual exercício da medicina, não é apenas uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos. José Roberto Goldim. Consentimento Informado. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm>> Acesso 08 de out. 2007.

⁵ Nesses termos – MIRANDA, Maria Bernadete. Pequeno Dicionário jurídico de expressões latinas. Disponível em: < <http://www.direitobrasil.adv.br/dc/apostila6.pdf>> Baixado 18 de set. 2007.

⁶ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php> Acesso 12 de out. 2007.

⁷ Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php.> Acesso 12 out. 2007.