

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Caroline Azevedo Moura

Presidente Prudente /S.P.

2.004

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

CAROLINE AZEVEDO MOURA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Andrei Mohr Funes.

Presidente Prudente/S.P.

2.004

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
a obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Andrei Mohr Funes
Orientador

Gilmara Fernandes Pesqueiro Mohr Funes
Examinadora

Oswaldo Sávio
Examinador

Presidente Prudente, 1 de Dezembro de 2004

“O saber se aprende com os mestres; A sabedoria só com o correr da vida”.

Cora Coralina

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, principalmente pela vida, e pela obtenção de mais uma etapa em minha vida.

Aos meus pais, Eva e Sérgio, que tanto me ajudaram, com inúmeras horas de apoio e dedicação, sempre me fortalecendo nas mais precisas horas.

Ao meu irmão Sérgio.

Ao meu fiel amigo e eterno companheiro Rômulo, por toda paciência e amor dado o mim nestes últimos anos.

Ao meu orientador Andrei Mohr Funes, que me ajudou em todos os momentos para a realização desse trabalho.

À minha querida amiga Vanessa Rangel, pelo carinho e amizade leal de extrema importância em minha vida.

E mais uma vez, aos meus queridos pais, a quem devo tudo do pouco que sou.

RESUMO

A presente monografia destina-se ao estudo da responsabilidade médica no que se refere à cirurgia plástica, tanto reparadora quanto propriamente estética. Com a evolução humana, vários aspectos da humanidade vêm mudando e isto também ocorre nos padrões estéticos, com isso aumenta-se o número de cirurgias plásticas, e em decorrência desta surge também um maior número de reclamações judiciais com a alegação de erro médico. Para que reste caracterizada a responsabilidade do profissional de medicina, devem estar presentes os seguintes aspectos: A conduta do agente (ação ou omissão), dano, nexo causal e culpa strictu sensu. Assim, pode-se dizer que o médico age com culpa quando se comporta de maneira imprudente negligente ou de age com imperícia devendo reparar seu paciente. Estabelece qual o tipo e obrigação do cirurgião plástico.

Mostra a origem da cirurgia plástica, a formação do profissional. Faz considerações sobre a não distinção entre a cirurgia estética e a reparadora considerando-as como um só tipo. Insere necessidade de um exame psicológico antes da realização da cirurgia para que não ocasione o erro imaginário, sendo este uma constante insatisfação pessoal com o seu corpo e consigo mesmo, aumentando assim, a margem de ações judiciais em cima disso.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; cirurgião plástico; erro.

ABSTRACT

This monography refers to a study of medical responsibility in reference to plastic-surgery, in reparation as well as in aesthetics. In human evolution, several aspects in humanity have been changing and this also occurs in aesthetic patterns, with this increases the number of plastic surgeries performed, and in elapse to this emerges also a larger number of judicial.

Complaints, claiming medical error. In order to characterize a responsibility of a professional of medicine, there should be present the following aspects: the agent of conduct, (action or omission) damage, accidental connection and guilt "*Strictu sensu*", this way you can say the doctor acted though guilty when he or she behaves in a prudent negligent way as that he or she acted with unskilfulness therefore should have to make amends to this patient. Establish what is the type and obligation of the plastic surgeon.

Show the origin of plastic surgery, the preparation of a professional. Make considerations about the non distinction between aesthetic surgery and reparation considering them as same, establish the necessity of psychological exam before surgery so not to cause imaginary error, being this a constant personal dissatisfaction with his or her body and himself or herself, increasing in this manner, a margin of judicial law suits alone this.

KEYWORDS: responsibility-plastic surgeon-error

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil	11
1.2. Conceito de Responsabilidade Civil.....	12
1.3. Direito Comparado	13
1.4. A responsabilidade Civil como uma Problemática Jurídica	14
1.5. Responsabilidade Contratual e Extracontratual	15
1.5.1. Responsabilidade Contratual.....	15
1.5.2. Responsabilidade Extracontratual ou Aquiliana	16
1.6. Teorias da Responsabilidade Civil	17
1.6.1. Responsabilidade Objetiva	17
1.6.2. Responsabilidade Subjetiva	19
2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	21
2.1. Regra Geral da Responsabilidade Civil	21
2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil	22
2.2.1. Ação ou Omissão do Agente	22
2.2.2. Dano	23
2.2.3. Nexo Causal.	24
2.3. Responsabilidade Civil do Médico e o Código de Defesa do Consumidor.....	30
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	34
3.1. Evolução e Visão Histórica da Responsabilidade Médica.....	36
3.2. Das Obrigações do Médico	37
4. DA CIRURGIA PLÁSTICA.....	39
4.1 Cirurgia Plástica	39
4.2. Histórico da Cirurgia Plástica	41
4.3. Médico e sua Formação.....	42

5. CIRURGIA PLÁSTICA.....	45
5.1. Responsabilidade Civil em Cirurgia Plástica	45
6. OBRIGAÇÕES DAS PARTES.....	46
6.1. Obrigação de Meio e de Resultado	46
6.2. Cirurgia Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado.....	47
7. CULPA E RESONSABILIDADE DO MÉDICO CIRURGIÃO	52
7.1. Responsabilização do Médico.....	52
7.2. Culpa e a Responsabilidade Civil do Cirurgião	53
8. DO ERRO MÉDICO E A SUA REPARAÇÃO	56
8.1. Erro Médico.....	56
8.2. A Reparação Civil	59
CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	65
ANEXOS	67

INTRODUÇÃO

O tema Responsabilidade Civil, devido à sua vastidão, a sua complexidade, e por ser atinente a todos os ramos jurídicos, não encontra amparo legal suficiente no que tange à legislação e à doutrina, transformando-se em um desafio aos que pretendem escrever sobre tal assunto, que, a cada dia, vem se fixando como novo campo jurídico a ser explorado, uma vez que mais e mais pessoas têm tomado consciência de seus direitos e obrigações.

O ser humano é sujeito à dor e às enfermidades. Para preservar sua saúde, evitar doenças e manter-se mental e fisicamente saudável, os homens recorrem ao médico.

Saúde não é apenas ausência de enfermidade. É também o estado de completo bem-estar físico, mental e social da pessoa, como enseja a cirurgia plástica estética, que vem crescendo cada vez mais no país, tendo em vista o padrão de beleza perfeito adotado pela sociedade consumista.

Embora a Ciência Médica tenha evoluído deveras, tanto no campo do diagnóstico quanto da medicina curativa com o desenvolvimento de aparelhos e de alta tecnologia, paira sobre ela uma aura de romantismo, na qual o médico ainda é visto como um sacerdote, agraciado com o dom da perfeição.

Estima-se que atualmente, do total de cirurgias plásticas realizadas, há um grande número de insatisfação dos operados, o que, porém não se pode levar a certeza quanto a existência do erro médico, pois as expectativas do paciente podem superar o campo do que é possível em uma intervenção cirúrgica, dando margem assim ao chamado erro imaginário do paciente ou de interpretação do resultado.

Até algum tempo atrás, o dano advindo da atuação do médico era tido como inevitável, e raramente se buscava reparação. Então, passou-se a uma situação contrária, não só de proteção ao lesado, mas de vontade deste em imputar ao profissional qualquer mau resultado proveniente de sua conduta, seguindo-se a demanda indenizatória.

Ademais, a falta de infra-estrutura nas universidades onde se leciona a Ciência Médica e nos hospitais nos quais ela é aplicada as condições de trabalho

são adversas: remunerações incompatíveis, falta de aparelhos e de materiais hospitalares.

Por respeito à dignidade do ser humano, na relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente, deve estar sempre presente à profunda consideração por seu semelhante e pelos valores espirituais representados por ele.

Todavia, não é suficiente que uma ação ou omissão sejam qualificadas como culposas para que haja o advento da responsabilidade civil. É imprescindível que a imprudência, imperícia ou negligência tenham causado dano a outrem. O dano revela-se, desse modo, elemento constitutivo da responsabilidade civil, visto que não poderia existir sem ele, ou não haveria bem jurídico a reparar.

O presente estudo visa ingressar no âmbito dessas discussões tentando por sua vez elucidá-las delimitando-se assim o campo da responsabilidade civil que possuem os cirurgiões plásticos.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Historicamente nos primórdios da civilização humana o que dominava era a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação de um grupo contra um agressor pela sua ofensa.

Com o passar do tempo evoluiu para a reação individual, ou seja, vingança privada, a chamada Lei de Talião onde vigorava o “olho por olho, e dente por dente”. O poder público interferia apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter direito à retaliação, ou seja, quem lesou recebia exatamente o que havia feito à pessoa lesada; A responsabilidade era objetiva, ou seja, independia de culpa. O médico era punido com a morte, se durante uma operação ou algum tratamento mal sucedido o paciente viesse a falecer.

Passado tal período reparava-se o dano através da “*poena*” (pagamento de quantia certa em dinheiro), passava-se a substituir a vingança corporal em troca de uma prestação de cunho monetário. A lei do talião e a composição voluntária passaram a coexistir tendo um exemplo disso a lei das tábuas 11.¹

A *lex aquiliæ* trouxe a idéia de culpa como fundamento da responsabilidade, enfatizando a idéia de reparação pecuniária do dano impondo ao patrimônio do lesante que suportasse os ônus da reparação, sobre isso discorre Miguel Kfouré Neto (2003 p. 203):

“Na *lex aquilia* encontram-se os primeiros rendimentos da responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico culpado pela falta profissional”.

Sendo que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. O estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos obrigando a vítima a aceitar a composição esquecendo da vingança.

¹ “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver algum acordo”.

Foi na idade média que estabeleceu o dolo e a culpa *stictu sensu*, distinguindo-se a responsabilidade civil da pena. Foi com o jurista francês Domat que estabeleceu a responsabilidade civil na doutrina. Com o passar do tempo à figura da responsabilidade civil foi evoluindo baseando-se o dever da reparação não só na culpa que neste caso será subjetiva, como também no risco caso que será objetiva, sendo indenizáveis os danos causados também pela ausência da culpa, visando assim uma proteção jurídica a pessoa humana, em particular aos trabalhadores e a vítima de acidente contra insegurança material e todo dano deve ter um responsável. Sobre isso discorre Maria Helena Diniz (2003, p.15)

Houve um aumento não só no número das pessoas responsáveis pelos danos admitindo-se, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio dão imputados, a indireta por fatos de animais e coisas sob sua guarda, fundada em alguns casos na idéia de culpa presumida e em outros, na do risco, mas também no número de beneficiários na indenização, substituindo-se ao parente o dependente econômico e no número de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

1.2. Conceito de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil vem a ser o instituto jurídico caracterizado pela obrigação de um agente em reparar um determinado dano por ele causado a outrem.

Conforme Couto Filho e Souza “esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica, necessariamente na obrigação de indenizar o mal causado” (apud Caio Mário da Silva Pereira, 1996, p. 23).

O termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação.

Ao ver de Francisco do Amaral (1998, p. 35)

A expressão responsabilidade civil pode ser compreendida em sentido amplo ou sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica que em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto à própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que

disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido o fato lesivo imputável à determinada pessoa. É civil porque a relação se estabelece entre particulares, deixando-se ao direito administrativo o problema da responsabilidade do Estado, pelos danos resultantes do funcionamento dos serviços públicos.

Na responsabilidade civil, o que interessa saber é a responsabilidade que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico.

Segundo Maria Helena Diniz, responsabilidade civil pode ser definida como (2003, p. 15).

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano material ou moral causados a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência do lícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.

Assim, tem-se que a responsabilidade civil é o fenômeno jurídico cujo nascimento se dá sempre que houver violação de um dever jurídico anteriormente existente, resultando dessa violação prejuízo a outrem reparando - se então o dano resultante de um fato que se é autor direto ou indireto.

1.3. Direito Comparado

O Código Civil francês é considerado a base das legislações modernas. A teoria clássica da responsabilidade extracontratual, sob o fundamento da culpa, inspirou artigo 1382 de tal codificação, afirmando que todo fato praticado pelo homem que cause a outrem um prejuízo advindo de ato ilícito deve ser reparado.

Assim, na França, aplica-se por inteiro, no que se refere à responsabilidade médica, o critério subjetivo de aferição da culpa.

No que tange ao direito alemão, o parágrafo 823 do BGB proclama o princípio da responsabilidade civil por culpa, impondo o dever de indenizar àquele que, agindo com culpa ou dolo, lesionar a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade, ou qualquer outro direito de outrem.

A seu turno, o Código Suíço de Obrigações esposou os princípios básicos da culpa, cuja gravidade influirá no “quantum” da indenização.

O direito inglês não possui princípio geral de responsabilidade civil, desenvolveram-se então a noção de reparação de danos através de writs, que são ações judiciais concedidas às vítimas do delito civil, destinadas ao ressarcimento dos danos, predomina-se o reconhecimento da negligência médica.

No direito espanhol a título de culpa é fundamental o nexo de causalidade entre a ação culposa e o dano ocorrido, para daí surgir o dever de indenizar quer seja pela responsabilidade aquiliana, quer seja por ilícito contratual.

Relativo a questões de prova, enquanto a culpa contratual cabe ao credor o paciente prejudicado prová-la, e na extracontratual cabe ao devedor o médico a prova que agiu corretamente.

Na Itália apresenta-se a culpa com o mesmo fundamento da responsabilidade civil, enfatiza-se o art. 1.227 dispondo que se atenua a indenização proporcionalmente ao grau da culpa, quando também o lesado concorre na causação do dano. E quanto à responsabilidade médica é semelhante ao adotado por nós brasileiros.

1.4. A responsabilidade Civil como uma Problemática Jurídica

A todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada agressão sofrida pelo homem, referente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, representa um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções que possam sanar tais lesões.

O direito, ciência que se presta a determinar a medida da justiça atinente a cada caso concreto, não pode tolerar que tais ofensas fiquem sem justa reparação.

Qualquer manifestação de atividade que venha provocar prejuízo traz em seu íntimo o problema da responsabilidade, que não constitui um fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social, devendo ser reparado à altura, ainda mais nos dias atuais, visto que as pessoas encontram-se muito mais conscientes em relação aos seus direitos de um modo geral, e o acesso à justiça se tornou mais fácil em relação ao passado.

Assim, em busca do direito e da própria justiça, a responsabilidade civil surge para que as pessoas possam, de uma forma ou outra, buscar a reparação, indenização ou ressarcimento que as remeta novamente à situação fática anterior ao evento danoso, ou o equivalente a ela, procurando a restauração do que se chama status quo ante.

1.5. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A importância dessa classificação em qualquer dos aspectos - o teórico e o prático. Do ponto de vista teórico ou doutrinário porque nessa investigação joga-se com a unidade do conceito de responsabilidade. Do ponto de vista prático, porque o código contém, em setores diversos, normas destinadas a regular os dois tipos de responsabilidade.

Dividem-se os casos de responsabilidade civil em duas grandes modalidades, a saber, responsabilidade negocial, também denominada pela doutrina de responsabilidade contratual, e responsabilidade civil em sentido estrito, ou extracontratual ou aquiliana. Tal distinção dá-se conforme decorra do acordo de vontade ou da lei.

1.5.1. Responsabilidade Contratual

Como é dito, todas as pessoas, antes de estabelecerem um pacto, tem a liberdade de aceitá-lo ou não.

Além disso, tem os contratantes a faculdade de escolher com quem e quando pactuar, bem como a de poderem estipular o conteúdo do contrato, acertando as cláusulas da melhor forma que os convier, salvo casos especiais, como os do contrato de adesão, e respeitando os preceitos da ordem público.

Embora existam tais liberdades no que concerne surgimento dos contratos, o mesmo não ocorre no que tange à liberação das partes às imposições do mesmo, já que vige o princípio da obrigatoriedade das convenções. Uma vez feito entre os contratantes o pacto, não há com se liberar unilateralmente do avençado, passando o contrato a ter força de lei entre as partes que o firmaram. Sendo assim o inadimplemento contratual gera um dano quer seja na esfera patrimonial ou moral.

Presentes a conduta violadora da obrigação preestabelecido o dano e o nexo causal entre o fato e a ofensa resta o que ocasionar o descumprimento do contrato, a obrigação de indenizar resultando na responsabilidade contratual.

Sendo assim, a responsabilidade contratual é aquela que surge com o inadimplemento de uma obrigação contratual.

1.5.2. Responsabilidade Extracontratual ou Aquiliana

A responsabilidade extracontratual deriva da existência de um fato lesivo à esfera jurídica não pressupondo qualquer contrato anterior entre ofensor e ofendido. Aplica-se, no caso, o artigo 186 do Código Civil segundo o qual "Aquele que por ação ou omissão voluntária negligencia ou imprudência violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito" é assim a responsabilidade oriunda do ilícito extracontratual, onde a obrigação de indenizar nasce "op leges" do mero fato culposos do agente; Sendo que na responsabilidade contratual a obrigação surge com o efetivo direito da convenção.

Ao ver de Silvio Rodrigues "ao menos aparentemente, existe uma responsabilidade contratual, diversa da responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana".

Mas tal distinção nem sempre é tão nítida já que há casos em que se envolvem, ao mesmo tempo, aspectos de natureza contratual e extracontratual. Cabe aí lembrar a lição de Sílvio Rodrigues (2004, p. 47).

Muitos entendem que as duas responsabilidades são de igual natureza, não havendo porque discipliná-las separadamente. E de fato, tanto na configuração de responsabilidade contratual, como na aquiliana vários pressupostos são comuns. Numa e noutra mister se faz a existência do dano, da culpa do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.

Por fim podemos dizer que na responsabilidade extracontratual, a relação jurídica entre as partes nasce a partir do momento em que o dano advém de ato ilícito de uma das partes. O dever de prestar só surge com o dano, ao contrário da responsabilidade contratual, onde à vítima basta provar a violação do vínculo obrigacional.

1.6. Teorias da Responsabilidade Civil

1.6.1. Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade em sentido amplo encerra a noção em virtude da qual se atribuí a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação.

Na teoria Objetiva não é necessária a presença de culpa a exemplo dessa teoria encontra respaldo no artigo 927 do Código Civil que estabelece:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É descartada por completo a apuração da culpa, é necessário apenas o nexo causal entre o ato do agente e o dano causado ao lesado.

A responsabilidade objetiva ao ver de Maria Helena Diniz é (2003, p. 52)

A atividade que gerou o dano é ilícita, mas, causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que reduziu. Nela não se cogita a responsabilidade indireta, de tendência à solicitação dos riscos, nem do fortuito como excludente de responsabilidade.

Os liames dessa teoria estão vinculados à idéia do risco, encontrando fundamentação na existência da relação de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, decorrendo daí a obrigação de indenizar. A culpa é presumida pela lei ou simplesmente se dispensa sua comprovação, sendo a culpa presumida, inverte-se o ônus da prova. Caberá ao autor provar a ação ou omissão do réu e o resultado danoso, posto que a culpa já se presume.

Segundo Silvio de Salvo Venosa a explicação dessa teoria justifica-se também a risco profissional. O dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o rótulo que explica a responsabilidade nos acidentes de trabalho. Outros lembram o risco excepcional: O dever de indenizar surge de atividade que acarreta excepcional risco, como é o caso da transmissão de energia elétrica, transportes de explosivos etc. Sob a denominação risco criado, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, criam perigo.

Exemplifica-se a excepcionalidade da teoria objetiva no artigo 936 do CC que reza: “O dono ou detentor de animal ressarcirá o dano por este causado se não provar culpa da vítima ou força maior”.

Sendo assim, se o réu não provar nenhuma excludente como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima, ele será obrigado a indenizar posto a culpa ser presumida.

A teoria objetiva é dividida em duas modalidades: a) a teoria do risco proveito-é justo que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão, venha a se onerar com a obrigação de indenizar os que forem vítimas de acidente

de trabalho; b) Teorias do risco criado - pelo simples fato de agir, o homem cria riscos para os demais, por isso deve responder em caso de dano. Como se vê na teoria do risco, toda ação gerando risco para terceiro a faz com que o agente responda por eventuais danos independente de culpa.

Sobre isso relata Maria Helena Diniz: (2003 p. 52).

Define-se o risco como eventualidade de um acontecimento futuro, incerto e de prazo indeterminado, que não dependa exclusivamente da vontade das partes e pode causar a perda de um objetivo ou qualquer outro dano.

1.6.2. Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva para alguns não pode vislumbrar espécies diferentes se responsabilidade (objetiva e subjetiva), mas sim maneiras diferentes e encarar obrigação de reparar o dano.

Para Sílvio Rodrigues (2004, p. 120): “A responsabilidade inspirada na idéia de culpa, e a responsabilidade objetiva é a responsabilidade estacada na teoria do risco”.

Enfatiza-se nessa teoria a presença de culpa por parte do agente que causou o dano, sendo assim haveria o dever de ressarcir o prejuízo, quando seus atos ou fatos sejam lesivos a direito ou interesse alheio desde que possa ser considerado culposos seu modo de agir.

Ao ver de Maria Helena Diniz: (2003, p. 54). “A responsabilidade subjetiva se encontra justificada na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa, desse modo a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”.

A teoria fundamenta a responsabilidade, pois na culpa que uma vez provada ou em certos casos presumida, dá ensejo a uma indenização.

Sobre isso discorre Caio Mario da Silva Pereira: (1998, p. 75)

No desenvolvimento da noção genérica da responsabilidade civil, em todos os tempos, sobressai o dever de reparar o dano causado. Vigia ao propósito, passividade exemplar. Onde surge divergência originando as correntes que dividem os autores, é na fundamentação ao dever ressarcitório, dando lugar à assim, a teoria da responsabilidade subjetiva erige da obrigação de indenizar, ou e reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Em relação ao ônus da prova, este incube ao autor, ou seja, ao paciente lesado, conforme o artigo 333 do Código de Processo Civil, mas com dificuldades do paciente provar que o médico agiu com culpa, então o Código de Defesa do Consumidor nos permite a inversão do ônus da prova, enquanto que na responsabilidade objetiva o autor não precisa demonstrar que o médico agiu com culpa, o ônus probatório de apresentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor cabe ao réu.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Regra Geral da Responsabilidade Civil

O Código Civil atual trouxe uma essência objetivista, não afastando a responsabilidade subjetivista. O diploma substantivo atual trás uma carga essencialmente objetivista, tendo a tese da responsabilidade objetiva, contudo, sido agasalhada em diversas leis esparsas, tais como a Lei de Acidentes de Trabalho, o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Estradas de Ferro, dentre outras, não afastando a responsabilidade subjetiva que continua a coexistir, a contribuir com a harmonia das relações de responsabilidade civil.

O artigo 186 do atual diploma que trás a responsabilidade objetiva reza:

Todavia, o parágrafo único do art. 927 do atual Código Civil (sem correspondente no CC de 1916) admite genericamente a aplicação da teoria do risco no campo da responsabilidade civil. Tal solução, que inova o sistema vigente, pois admite a responsabilidade sem culpa além dos casos especificamente mencionados na lei, é, entretanto, de aplicação excepcional e só admissível com importantes restrições, porque o NCC não se afastou da solução tradicional, estribada na teoria da culpa.

Transcrevo, então, o dispositivo legal:

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

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

Ressalta-se o artigo 951 que é a própria responsabilidade médica, pois tal dispositivo reza:

Art 951.O disposto do artigo 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade

profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-la para o trabalho.

Como já dito, tal artigo prevê a aplicação dos artigos 948, 949, e 950 para a indenização em razão do atuar por força do exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência e imperícia, sempre que sobreviver a morte do paciente ou outras mazelas, e a tendência do direito moderno, no campo da responsabilidade civil, é cada vez mais, para a teoria do risco, a consubstanciação no dever de indenizar, bastando a existência do dano e do nexa causal.

2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que surja a obrigação de indenizar, faz-se necessária à existência de determinados fatores, denominados pressupostos ou elementos da responsabilidade civil.

Todavia, bastante difícil é a caracterização de tais pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, pois deveras díspares são as conclusões dos juristas a respeito desse tema.

Destarte, são pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) dano experimentado pela vítima; d) nexa causal.

Sendo assim, discorreremos á acerca de cada um desses pressupostos.

2.2.1. Ação ou Omissão do Agente

Ação é o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Nota-se, na prática, que a responsabilidade individual por omissão é mais freqüente na seara contratual.

Sobre a ação e a omissão oportuna é o escólio de Silvio Rodrigues: "A indenização pode derivar de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe, um dever contratual, legal ou social".

Desse modo, a ação ou a omissão do agente, para constituir ato ilícito e gerar direito à indenização, envolve a infração de um dever legal, contratual ou social (a infração a dever social constitui nos atos praticados com abuso de direito, ou seja, a atitude do agente não contraria a letra da lei, mas sim o seu espírito).

Contudo, não se pode olvidar que a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito. É o que ocorre quando o dever de reparar se desloca para aquele que procede conforme a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da idéia de culpa, transferindo a responsabilidade nela fundada para o risco.

Destarte, a responsabilidade resultante de ato ilícito se baseia na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa se funda no risco.

2.2.2. Dano

Constitui-se o dano no abalo sofrido pela vítima, o qual pode ocasionar-lhe um prejuízo de ordem econômica, consistindo no dano patrimonial, ou pode acarretar-lhe repercussão apenas de ordem psíquica, consubstanciando-se, então, no dano moral.

Não se pode cogitar obrigação de indenizar sem a existência de um dano, pois a admissão de tal idéia ensejaria um enriquecimento sem causa àquele que receberia a indenização.

Assim, cabe à vítima, em regra, provar que sofreu um dano. Nesse sentido, preleciona Garcez Neto: (2000, p. 67).

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.

Com efeito, a respeito da liquidação do dano, estabelece o CC, nos arts. 948 e ss., a regra, nos casos ali previstos, acerca da extensão da reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos.

Quanto à prova do dano, ressalte-se que nem sempre cabe à vítima o ônus de comprovar sua existência, havendo casos em que o dano é presumido, como acontece nos chamados juros moratórios.

Diante do exposto, é imperioso destacar, para um melhor entendimento da matéria, quais são os requisitos à configuração do dano, a saber: a) diminuição ou destruição de um bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano; c) causalidade, d) legitimidade; e) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade.

2.2.3. Nexu Causal.

Para existir a obrigação de indenizar, faz-se necessário que o prejuízo suportado pela vítima advenha da ação ou omissão do ofensor, vale dizer, que exista entre ambos (ação ou omissão e dano) uma perfeita relação de causa e efeito. Não havendo tal relação, inexistente a obrigação de indenizar.

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se "nexu causal", de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexu 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 Maria Helena Diniz, não será preciso que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Logo, esse

não poderá ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

A obrigação de indenizar, a rigor, não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. Basta que o autor seja responsável por uma causa, sempre que dessa provier o dano, estabelecida sua relação com as demais.

Além disso, incumbe à vítima, regra geral, comprovar o liame causal, excetuando-se os casos de responsabilidade objetiva que, como se verá a seguir, invertem, algumas vezes, o ônus da prova, cabendo ao autor do fato demonstrar a existência de alguma excludente da obrigação de indenizar, v.g., a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, etc. Assim, percebe-se que a questão do nexu causal é uma “quaestio facti e não quaestio iuris”. Sobre a chamada responsabilidade objetiva e as causas excludentes de responsabilidade.

Por fim, convém diferenciar nexu de causalidade e imputabilidade. Na verdade, esses dois institutos não se confundem. Segundo Maria Helena Diniz: (2003 p. 85).

A imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos e o nexu causal a elementos objetivos, consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral. Contudo, nada obsta que haja imputabilidade sem nexu causa.

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral da culpa como fundamento da responsabilidade civil, apesar de existirem alguns casos de responsabilidade sem culpa.

Destarte, de modo geral, o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos resulta da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. E, o comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entenda que ele poderia ou deveria ter agido de forma diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Logo, não havendo culpa, não haverá qualquer responsabilidade, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.

O art. 186 do CC estabelece o ato ilícito como fonte da obrigação de indenizar os danos causados à vítima. Como se vê, é de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o.

Ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, originando o dever de reparar tal lesão.

Segundo Maria Helena Diniz, para a caracterização do ato ilícito é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo se intencionalmente visar lesar outrem, ou com culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso.

Uma vez caracterizado o ato ilícito, só resta verificar a imputabilidade do agente, para efeitos de responsabilidade civil, e se em face da situação ele podia ter agido de forma diferente.

Após essas breves ponderações, pode-se, então, chegar-se à definição de culpa.

A culpa em sentido lato, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: O dolo, que é a violação intencional de dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência, ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

O dolo pode ser: a) direto, quando o agente almejava deliberadamente alcançar o resultado; b) eventual, quando a vontade do agente não era dirigida à obtenção do resultado, querendo ele algo diverso, porém assumindo o risco de causar com seu comportamento um dano a outrem.

Já a culpa strictu sensu, por sua vez, apresenta-se sobre três modalidades: a) imperícia, b) negligência, e a c) imprudência.

Negligência

É a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. A palavra negligência, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior vem do temo latino negligentia, que significa inação, inércia no facere, indolência, preguiça, ausência de reflexão necessária, falta de precaução, falta de interesse, não ter o cuidado, descuido, desleixo, desatenção, desprezar, desatender, torpidez.

Segundo o Minidicionário da Língua Portuguesa, negligência é “preguiça; descuido; desleixo; relaxo”.

Vê-se pelo próprio sentido da palavra que o termo negligência tem um condão negativo de omissão, isto é, quando o médico deixa de agir num determinado momento em que a em que a situação fática ordenava uma atuação imediata, trata-se de omissão, descuido, relaxo, preguiça ou desleixo.

Sem dúvida, a conduta negligente provoca danos ao paciente podendo ser fruto não só de preguiça ou desinteresse por parte do médico, mas também de cansaço e sobrecarga de serviços.

Vários conceitos são dados pelos autores para o termo negligência, vejamos alguns deles:

Segundo Damásio Evangelista de Jesus discorre que a negligência é a ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado.

Consiste a imprudência da precipitação no procedimento considerado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

De acordo com Genival Veloso de França a negligência caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo.

Negligência é, portanto a omissão (culpa in omittendo) aos deveres que as circunstâncias exigem; É a omissão voluntária de diligência ou cuidado; a falta ou demora no prevenir ou obstar um dano; É a não aplicação de meios aptos aos

quais a prudência e o bom senso aconselham em circunstâncias de conseqüências previsíveis.

Imprudência

Consiste da precipitação no procedimento considerado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o despreparo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

A imprudência é forma de culpa, ou um dos seus elementos, que consiste na falta involuntária de atenção ordinária e de observância de medidas de precaução e segurança, de conseqüências previsíveis, que se faziam necessárias, no momento, para evitar um mal, perigo ou insucesso, ou a prática de certa infração.

Croce assim exprime o conceito de imprudência: (1997, p. 68).

“Do latim imprudentia, é a falta de atenção, o descuido ou a imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se necessariamente por uma conduta comissiva”.

A imprudência, denominada pela doutrina forma ativa ou militante de culpa, é uma atitude em que o agente exerce determinada atividade, que guarda necessariamente relação com arte ou profissão, com intempestividade, precipitação, afoiteza ou insensatez, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos.

Podemos dizer que a imprudência é o contrário da prudência, caracteriza-se por uma conduta comissiva descuidada. Ao contrário do negligente, que deixa de fazer algo que lhe é imposto, o imprudente age, entretanto sua ação não se reveste do cuidado necessário, vindo causar dano a outrem.

Miguel Kfoury Neto assim dispôs: (2003, P. 79).

“Na imprudência há culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela”.

Imperícia:

Como forma de manifestação da inobservância do cuidado necessário e uma das três formas de manifestação da culpa em sentido restrito, a imperícia manifesta-se mais precisamente na falta de observância de regras técnicas que uma profissão exige.

Para melhor entendermos o termo imperícia, novamente transcrevemos o sentido literal da palavra. Segundo o léxico, imperícia significa “incompetência, inexperiência”, ou seja, é a inabilidade, desconhecimento para se praticar determinada profissão. Advém, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior da expressão latina imperitia (de Imperitus) designa o inábil ou falta de aptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional.

Passemos a conceituar o termo segundo alguns doutrinadores:

Segundo Miguel Kfoury Neto, imperícia é: (2002, p. 108).

A falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência de conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão.

Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade.

Já Hildegard Taggeseli Giostri assim define o termo: imperícia é a falta de habilidade para praticar determinados atos que exigem certo conhecimento.

A mesma autora complementa: imperícia é um tipo de culpa por ação, que pode ocorrer quando o médico faz de maneira errada ou equivocadamente aquilo que deveria fazer, seja por falta de experiência, despreparo técnico ou incompetência .

Assim, a culpa pode ser classificada em graus: a) culpa grave, quando resulta da imprudência ou negligência grosseira e extrema do indivíduo, sem ter previsto o que ao homem é plenamente previsível; b) culpa leve, a qual advém da

inobservância de cautelas ordinárias, podendo ser evitada com a atenção esperada por um homem comum; c) culpa levíssima, na qual o dano só poderia ser evitado com extraordinária atenção.

2.3. Responsabilidade Civil do Médico e o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, criado em 1991, trouxe diversas inovações no que se refere às relações de consumo, antes preconizada pela Constituição Federal, criada em 1988, que inseriu, em seu capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, a defesa e proteção do consumidor, no artigo 5º, inciso XXXII, que assim dispõe:

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor diz que

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O artigo 3º traz a definição de fornecedor:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviço.

§ 1º - Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhistas.

Por sua vez, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor preceitua que:

Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

Pelo que o artigo consta, pode-se dizer, sem dúvidas, que o Código de Defesa do Consumidor esposou a teoria do risco, ou seja, a responsabilidade objetiva, invertendo o quadro até então existente, na qual parte mais fraca- o consumidor – tinha dificuldades enormes em provar os prejuízos causados pelo empreendedor.

Entretanto, o legislador, com prudência, estabeleceu somente uma exceção, prevista no § 4º do artigo 14:

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

Assim, trata-se de uma exceção à teoria objetiva abraçada pelo Código de Defesa do Consumidor. O médico, além de ser um prestador de serviços, é também profissional liberal, de modo que o disposto no parágrafo supra citado cabe também a ele.

Desta forma, prevalece para o profissional da Medicina a teoria subjetiva, isto é, a responsabilidade com culpa em qualquer uma de suas modalidades, quais sejam, imprudência, imperícia ou negligência.

Apesar da existência de posicionamento no sentido da não aplicabilidade do referido código, o que tem prevalecido é o posicionamento contrário a este, ou seja, aplica-se o código, essa relação é considerada de consumo.

Sílvio Rodrigues apóia esse posicionamento e discorre: (2004, p.105).

O código de defesa do Consumidor regula todas as relações contratuais entre pessoas que adquirirem um produto e um serviço como destinatário final (art 2º) e um fornecedor, que é todo aquele que fornece um produto ou um serviço mediante remuneração. Ora entre o cirurgião e paciente se estabelece um contrato tácito em que o cirurgião se propõe a realizar uma cirurgia na pessoa do paciente mediante

remuneração e se obriga a usar toda a sua habilidade para alcançar o resultado almejado. Trata-se de um contrato de prestação de serviço, pois esse contrato na linguagem daquele código é toda atividade fornecida no mercado mediante remuneração (art.3º par. 2º). Aliás, o Código do consumidor contempla a espécie de serviço fornecido pelos profissionais, tais como médicos, dentistas, etc ao declarar no par. 4º do art.14 que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa".

Contudo, cumpre ressaltar que tal prerrogativa legal apenas se refere ao médico, sem que a norma alcance os hospitais, empresas de assistência médica, os chamados convênios, e outros estabelecimentos destinados a cuidar de pacientes. Assim, pode-se concluir que a responsabilidade subjetiva do profissional liberal não atinge a pessoa jurídica, mas ambos, médico e convênios ou hospitais, são responsabilizados solidariamente.

A ementa a seguir transcrita remete à responsabilidade dos convênios médicos:

EMPRESA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – LESÃO CORPORAL PROVOCADA POR MÉDICO CREDENCIADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SELECIONADORA PELOS ATOS ILÍCITOS DO SELECIONADO – CREDOR A QUEM CABE ESCOLHER ENTRE OS CO-DELIQUENTES O QUE MELHOR LHE CONVIER PARA FIGURAR PÓLO PASSIVO DA LIDE – ILEGITIMIDADE AFASTADA.

A empresa locadora direta de serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e nosocômios para suprir a deficiência de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade dos co-autores dos profissionais e hospitais que seleciona. A medida de sua culpa deve ser avaliada no processo e pode responder sozinha pela ação, pois, em matéria de ato ilícito, a responsabilidade dos co-autores do delito é solidária, e o credor pode escolher, entre os co-responsáveis, aquele que mais lhe convier.

Muitas entidades de prestação de serviços médicos, após conquistarem o público com a oferta de atendimento completo e de uma decantada perspectiva de vida despreocupada quanto a essa parte, tudo fazem para se esquivar do compromisso assumido. Assim sendo, aos juízes cumpre não se deixarem seduzir pelos meneios da retórica insinuante que esses esquemas já têm preparados. (in RT 653/92).

É sabido que a relação estabelecida entre o médico e seu paciente é contratual, pois há obrigação mútua entre as partes. O médico deve assistir o paciente, e este deve pagar o preço pelos serviços.

Trata-se também de relação de consumo, uma vez que o médico se coloca a serviço da sociedade para exercer a Medicina, encaixando-se perfeitamente na definição de fornecedor de serviços estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, e sendo profissional liberal, fato que o remete ao artigo 14, § 4º.

A seu turno, o paciente é consumidor, visto que contrata os serviços médicos na condição de destinatário final.

Mas como já foi tratado acima há doutrinadores que não concordam com a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação médico paciente, tal posicionamento é defendido por Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza que discorrem: (2001 p. 65).

A vida e a saúde não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto, como uma geladeira, um ventilador, ou um telefone celular, Tampouco podem ser equiparadas, igualmente a serviços, posto que para se constitua um serviço-a relação médico/paciente - mister que oferecesse ao mercado bens de consumo o que a saúde e a vida indelevelmente não são. A toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo – não podendo deixar de dizer que são muito mais que isso, são bens inalienáveis - o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico-paciente não pode ser regida pelo Código de defesa do consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais de saúde para se tratar.

O posicionamento acima citado não deve prevalecer, porque, o que tem relevância é a relação entre o médico e paciente e não o bem jurídico envolvido. Ademais não seria plausível admitir a não aplicação de direitos ao paciente-consumidor. Um exemplo é a possibilidade de inversão do ônus da prova estabelecido no art. 6ª do Código de Defesa do Consumidor. ²Entretanto a inversão do ônus da prova somente é cabível quando presentes os requisitos autorizados de tal inversão.

² Art. 6º a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O parágrafo único, do art. 927 discorre;

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

Com a frase “independentemente de culpa”, quer dizer que o Código Civil acata com este dispositivo a responsabilidade objetiva para qualquer “atividade” mencionada, porque o risco citado é genérico. Resta saber se a responsabilidade médica e também hospitalar, passa a ser encarada como objetiva.

Conforme defende a obra Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar, Ed. Del Rey, por força do § 4º do art. 14, é responsabilidade subjetiva, não levando em consideração o Código de Defesa do Consumidor, onde a responsabilidade médica civil e hospitalar é objetiva.

Quando se refere a “atividade” não se pode referir a qualquer atividade, sob pena de praticamente todas as pessoas passarem a responder objetivamente por conta de suas atividades do dia a dia, tem-se em conta a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos, deste modo a atividade terá o sentido de “serviço”.

A responsabilidade médica, por ser uma prestação de serviço e por ser uma atividade de risco (risco criado), passou a ser regida pela responsabilidade objetiva, devendo responder independentemente de culpa, entrando em conflito com o Código do Consumidor.

Como o risco existe em razão do exercício da atividade desenvolvida, é necessário que seja criado pelo agente para que exista a responsabilidade objetiva.

É de vital importância deixar claro que o risco previsto é o risco criado, mas ao se referir a responsabilidade civil médica não podemos olvidar a questão do risco inerente em razão do serviço médico hospitalar não ser criado pelo profissional ou pelo jurídico (clínica, hospital, Casa de saúde etc) salvo se for realizado alguma técnica não aprovada pela comunidade científica, ou que não exista, cometendo assim erro grosseiro, neste caso, estaria o profissional criando um risco de fato.

Na medicina, os riscos existem em todos os procedimentos, pois a Ciência médica não pode encontrar soluções para todas as conseqüências indesejáveis, assim sendo, todo risco existente na prestação de serviço médico, clínico ou cirúrgico, trata-se de risco inerente à própria atividade desempenhada, mas se na atividade médica, há um atuar displicente, uma má prestação do serviço, a evidência do resultado criado pelo prestador do serviço suscetível, obviamente, à obrigação de indenizar pelos danos daí originados.

A responsabilidade surge quando o exercício da atividade causa dano a outrem, tendo-se a obrigação de reparar o dano e assim o dever de indenizar tem por fundamento a violação de dever jurídico, e não apenas risco. Logo o dever jurídico que se contrapõe ao risco é dever de segurança.

O cerne de tudo isso, é que desde que o médico preste o serviço com a devida observância da segurança e aconteça uma conseqüência indesejável, inerente ao risco da atividade, não haverá dever de indenizar, por todo o exposto, não há de se falar em responsabilidade objetiva do médico, sendo regida pelo artigo 186 do Código Civil, além do artigo 951. A pessoa jurídica do estabelecimento de saúde, não está enquadrada na responsabilidade objetiva, contrariando assim o Código do Consumidor no seu artigo 14, mesmo o serviço médico/hospitalar sendo considerado consumerista, no § 1º do artigo 14, em seu inciso II, que, no dizer de Luiz Antonio Rizzato Nunes em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. Saraiva, 2000, “desqualifica o defeito do serviço pelo resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam”.

Portanto há atividades que possuem riscos que geram, por si, insegurança inerente à natureza dessa atividade tão complexa que são deflagradores de

quebra de nexos. Para apurar a responsabilidade deve-se deixar de lado a responsabilidade objetiva – na qual basta a existência do dano e do nexo – partindo para uma verificação acentuada, procurando a verdadeira causa e, por conseguinte, se houve defeito na prestação do serviço, atuar culposo do estabelecimento, verdadeira responsabilidade subjetiva.

Na atividade médica há riscos e, por sendo assim, probabilidade de resultados indesejáveis, não sendo coerente, enquadrar o hospital, bem como os demais entes equivalentes na responsabilidade objetiva, embora esse entendimento não seja dominante como a relação médico-paciente ainda é vista como relação de consumo e, portanto disciplinada também pela Lei Consumerista, sendo que o médico à luz do § 4º do artigo 14, responde subjetivamente e objetivamente as pessoas jurídicas prestadoras do serviço médico/hospitalar.

3.1. Evolução e Visão Histórica da Responsabilidade Médica

Com o passar do tempo, o homem vai evoluindo, e com ele as doenças também. Por isso desde seu primeiro momento de racionalidade, tratou ele de predispor os meios necessários para combater todos os males.

Nos tempos remotos, as primeiras atividades não eram direcionadas ao estudo das patologias, mas fundamentalmente a sua cura. O que predominava era o empirismo, as ervas eram os remédios da época, e curiosos observadores as receitavam, quando pessoas o procuravam com dores, e assim ia ficando caracterizada sua fama de traumaturgo. Mas caso a cura não acontecesse, a culpa recaía sobre o feiticeiro, acompanhado da acusação de imperícia ou de incapacidade, prevendo sanções para o insucesso dos médicos.

Segundo o mestre Kfoury Neto (2003 p.109).

O médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Tal crença derivada da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagirá àqueles processos de cura. E quanto mais a medicina se transformava em ciência, tanto maior foi se tornando o rigor

científico na avaliação dos erros profissionais, não apenas vinculando-os, como na fase antecedente, ao singelo fato objetivo do insucesso.

O Código de Hamurabi (1790 -1770 AC) foi o primeiro documento histórico que tratou do problema do erro médico, e também normas a respeito da profissão médica em geral, estabelecendo para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada que cabia ao médico. O Código de Hamurabi se abstinha de muitos artigos, e um deles impunha-se ao médico cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; Caso contrário atrelava-o com duras penas que iam até a amputação da mão. Tais sanções eram aplicados quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática.

Inexistia o conceito de culpa. Vigorava a responsabilidade objetiva. Se o paciente morreu logo após a intervenção cirúrgica, o médico que o matou deve ser punido, esta era a visão da época e sobre isso relata Irany Novah: (2003, p. 204).

Pode se imaginar com que serenidade o médico se preparava para uma cirurgia, com os meios de que então dispunha. Por óbvio, só operações de extrema simplicidade eram praticadas, também porque a anatomia era pouco conhecida.

3.2. Das Obrigações do Médico

Para exercer a atividade médica, o profissional deverá observar os seguintes deveres:

Dever de informação – Consiste em todos os esclarecimentos necessários e devidos que deve haver na relação médico paciente que se consideram obrigatórios, tais como: informação ao paciente sobre a necessidade de certas condutas ou intervenções ou sobre possíveis conseqüências, pois só assim é possível um consentimento esclarecido, obtido por meio de uma linguagem adequada e compreensível, informações aos familiares, principalmente quando eles são os responsáveis legais do paciente.

Dever de atualização - É necessário que haja um aprimoramento, adquirido através de conhecimentos recentes da profissão, ou seja, o médico sempre deve

estar pesquisando, estudando, no que se referem as técnicas dos exames e dos meios de tratamento.

Dever de abstenção de abuso - Não poderá praticar medidas arriscadas em seus pacientes, pois incorrerá em uma sucessão de riscos.

Dever de vigilância - O profissional deve ser diligente, agir cuidadosamente, em todos procedimentos.

Em nossa doutrina encontramos diversas outras classificações, mas que convenhamos transcrever é a do insigne José Aguiar Dias (1997, p. 136).

Dever de conselho: Responde o médico por infração do dever de conselho quando não instrui o cliente ou paciente. Encaixa-se neste caso o médico que deixa de aconselhar a hospitalização do enfermo, quando evidentemente que não se podia tratar devidamente, nem uma assistência adequada lhe podia ser dispensada no domicílio.

Dever de cuidar – Falta ao dever de cuidar, implícito ao médico, o profissional que desatende a um chamado do doente ou negligência as visitas. Claro está que a obrigação de atender a chamados ou de visitar o enfermo pressupõe necessidade ditada por moléstia ou acordo entre as partes a respeito. De outra forma, não se caracterizaria o abandono, e é este que define a infração do médico àquele dever.

Dever de abstenção de abuso de poder. O médico não deve tentar experiências sobre o ser humano. A sua responsabilidade por esse fato constitui o abuso ou o desvio de poder, não podendo afastar a alegação de que atuou desinteradamente. Nem com o próprio consentimento do paciente teria eficácia nesse sentido.

4. DA CIRURGIA PLÁSTICA

4.1 Cirurgia Plástica

Discorre-se a cirurgia plástica em duas funções: A reparadora e a estética.

A cirurgia de reparação é destinada a conformar estruturas anormais do corpo causado por mau formações congênitas, anomalias do desenvolvimento, traumas, infecções etc. É relacionada à formação dos acometidos, por exemplo, de lábio leporino, orelha de abano ou acidentes que tenham provocado degenerações físicas.

Ela tem como meta a preservação da saúde e da vida do paciente, bem como o restabelecimento de funções vitais do corpo.

Em se tratando de a cirurgia plástica estética é realizada para conformar as estruturas sãs do corpo, com o objetivo de melhorar a aparência e a auto-estima do paciente. A necessidade desta cirurgia é de ordem psicológica, pois as alterações fisiológicas não decorrem de doença ou deformidade, mas de processos naturais como o envelhecimento, seios grandes, pequenos etc.

Nos tempos remotos, entendia-se que a cirurgia estética puramente reparadora era uma intervenção desnecessária, por tratar – se de mero capricho do paciente, posto que nenhum propósito terapêutico se erigia de tal procedimento. Atualmente entende-se que é dever da medicina zelar pela saúde física e mental dos pacientes. Não se pode olvidar que mesmo alguém que se enquadre nos padrões normais de beleza, e que deseje realizar certa cirurgia para modificar, por exemplo, a mama tornando-a menor ou maior, não esteja, em algum nível sofrendo de um mal, ainda que mental, resultando daí desde a angústia e a sofreguidão, por achar – se com uma mama feia até o estado de depressão.

Assim Caio Mário da Silva Pereira dispõe: (1998, p. 98).

"No meio-dia da vida, homens e mulheres, sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se pela imprensa "centros estéticos",

multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tornam socialmente prestigiosos, e até mundialmente famosos. Dentro de tais conceitos é de se admirar a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento cotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a idéia de iliceidade, e de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas tem o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo.

Pode-se definir então, a cirurgia estética como o procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia, do ponto de vista estético. No mesmo sentido, pode-se também concluir que não se trata de atos curativos, ainda que para isso tenha-se que se utilizar de métodos classificados como tais, como as necessárias para a correção de falhas anatômicas ou fisiológicas.

Contudo, deve-se entender saúde como bem-estar não somente físico, mas também mental e social.

Partindo-se dessa premissa, não se pode haver dúvida quanto à feição curativa da cirurgia plástica estética, uma vez que saúde não compreende apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Há uma série de perturbações mentais e sociais que deixam o indivíduo doente, e a cirurgia pode atenuar, e até curar um mal-estar social e psicológico (frustração, depressão, descontentamento) causado por um defeito físico, ainda que de menor importância.

A cirurgia estética não tem o caráter urgente, inerente aos outros tipos de intervenções, mas, mesmo assim, apresenta características comuns às demais, pois as reações do corpo humano são sempre imprevisíveis, e conseqüências não desejadas podem advir.

Ademais, há previsão constitucional no tocante à saúde no art.196 da CF:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao

acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (grifo nosso).

Ocorre que mesmo aquele profissional competente e capacitado não está livre de insucessos em sua especialidade, pois um ato cirúrgico, que pode ser programado minuciosamente, nunca estará totalmente garantido.

4.2. Histórico da Cirurgia Plástica

Ainda que bastante recente, enquanto especialidade, a cirurgia plástica tem suas raízes assentadas há milênios, pelas obras de artesãos indianos.

Ocorreu em algumas épocas, de forma reiterada, que as pessoas perderiam seu nariz, ou parte dele, por força de lei ou por determinação dos reis. Tal se justificava como meio de sansão pela prática de delitos, incluindo-se aí a infidelidade conjugal, ou como uma marca recebida em função de serem prisioneiros de guerra.

A mutilação, então, marcava o indivíduo de duas maneiras: Fisicamente, pela deformidade, e psicologicamente, pelo sinal humilhante da escravatura ou do ilícito praticado.

Os mutilados que dispunham da possibilidade procuravam artífices na Índia, para que lhes fosse modelado e reconstituído um substituto para o nariz perdido ou deformado.

Tais procedimentos foram se aperfeiçoando aos poucos por egípcios, gregos, romanos e chineses, entre outros.

Na época contemporânea, a cirurgia plástica, ramo da cirurgia geral, teve seu início de ascensão, como especialidade, a partir da década de 10, em consequência da tentativa de readaptação funcional dos feridos em campo de batalha, principalmente dos traumatismos da face. Desta forma, o que causou o desenvolvimento desta especialidade, foram a guerra e seus mutilados.

4.3. Médico e sua Formação

Começo narrando a trajetória de um ser humano dentro do médico, este é preparado para conviver com o sofrimento e enfrentar as mais dificuldades. No primeiro ano da faculdade seu estudo se inicia pelo estudo na anatomia durante meses ele estuda ossos, são apenas peças humanas, cujo contato não provoca ainda um grande impacto emocional; Após este estudo passa para o estudo dos músculos, disseca os músculos e vê os membros, muito mais como peças para estudo do que eu seu propriamente seu semelhante, é uma das fases mais pesadas de sua formação. Longas horas de estudo alimentam grandes esperanças de saber, assim no cadáver ele vai progressivamente desvendando os mistérios e conhecendo cada vez mais o corpo humano. Ao seguir o acadêmico, passa a estudar anatomia topográfica utiliza então um cadáver inteiro para seu estudo, este assim é preparado e fixado em formol, o aluno ainda não consegue identificar o que ele está vendo com o ser que está ao seu lado. No decorrer dos anos inicia-se o estudo da anatomia patológica, o aluno vai a sala de autópsia, vê o cadáver sem formol, com o cabelo e com índice de ferimentos que ocasionaram a sua morte, há sem dúvida um grande impacto não há quem não tenha seu coração tocado defrontando-se com tal quadro. E ele se repete. Assim vai treinando e conhecendo o homem normal as alterações causadas pela doença ele se inicia seus estudos de clínica vai para hospital universitário, faz plantões, estuda cada vez mais, pois doentes morrem nas mãos dele e o quadro de tristeza aumenta cada vez mais, mas nesse quadro de tristeza existe uma chama de esperança.

Tais características na formação do médico e a constância com que os extremos vida e morte se encontram em seu dia a dia fazem dele uma pessoa diferente dentro da sociedade. Dele se exige muito mais do que o trabalho dia e noite, a qualquer hora em uma fibra emocional a estimar constantemente. Em recompensa a sociedade oferece pouco e cada dia está a oferecer menos e exigindo ainda mais.

Terminando o curso de medicina, o jovem para ingressar na vida prática da profissão, deve registra-se no Conselho Regional de Medicina do estado onde

pretende exercer medicina, no caso em tela, para proceder cirurgia plástica, o profissional após a conclusão do curso o médico deverá fazer residência em cirurgia geral, em tal residência o médico irá adquirir conhecimentos e experiência prática acerca dos procedimentos cirúrgicos gerais e comuns em qualquer cirurgia, e após a conclusão desta se tornará médico cirurgião geral.

Após a residência em cirurgia geral deverá especializar em cirurgia plástica, para tanto o médico deve procurar a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica para fazer essa residência em um dos serviços credenciados pela mesma.

Nessa o residente contará com os ensinamentos de um orientador que o ajudará e auxiliará no aprimoramento das técnicas existentes e inovadoras no exercício prático de sua profissão. Após este longo processo o médico deve se submeter a um exame de prova oral e escrito, se aprovado recebe o título de especialista outorgado pela S.B.C.P. e registrado pela A.M.B. (Associação médica brasileira).

A cirurgia plástica é o “ramo da cirurgia que visa restaurar, anatômica e funcionalmente, partes do organismo alteradas por deformidades congênitas ou adquiridas, assim como corrigir as desarmonias de ordem estética”.

Como se sabe há um grande número de escolas médicas incapacitadas para formar um bom profissional, caberia as entidades responsáveis pelo exercício da profissão auferir os conhecimentos do indivíduo o respeitável médico Irany Novah Moraes: (2003, p. 207) enseja uma solução para esse problema, seria o de tornar obrigatório o exame de qualificação a ser feito pelo Conselho de Medicina, seria um mecanismo forte a obrigar o médico a se preparar adequadamente. O estado de São Paulo em 1990 estabeleceu esse tipo de prova: Inscreveram-se voluntariamente 1.700 candidatos mais apresentaram-se para o exame apenas 1.080 e apenas 40% foram aprovados, com isso, se mostrou, que as escolas boas obtiveram elevado índice de aprovação e as escolas precárias obtiveram um baixo índice de aprovação.

O conceituado médico abstraiu tal sabatina inspirado em outras profissões como de advogado, que para exercer a profissão é necessário o exame da ordem dos advogados, pois o termo bacharel em direito não os dá o direito de advogar.

Os conselhos devem exigir também, além do exame de qualificação o chamado exame de licenciatura, o de reconfirmação dessa qualificação de três em três anos.

5. CIRURGIA PLÁSTICA

5.1. Responsabilidade Civil em Cirurgia Plástica

Aplicam-se à responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica, sem qualquer sombra de dúvida, os princípios que regem a responsabilidade médica.

A cirurgia plástica, área de especialidade da cirurgia geral, compreende as cirurgias ditas reparadoras e as cirurgias estéticas, estas também denominadas embelezadoras ou cosméticas.

A cirurgia reparadora visa à reconstituição de qualquer parte do corpo, com o intuito de devolver-lhe a fisionomia considerada normal, deformada por defeitos congênitos ou adquiridos. Possui finalidade terapêutica, associada a uma certa busca da estética, uma vez que nenhum tipo de deformidade física é agradável aos olhos. Como exemplo, pode-se citar a cirurgia que visa à correção do lábio leporino, da orelha de abano.

Por sua vez, a cirurgia estética tem o seu motivo maior no embelezamento, na perfeição do corpo humano, buscando um alívio para o incômodo psicológico.

Afirmam os cirurgiões plásticos que em cirurgia estética, como nas demais, surgem complicações pré ou pós-operatórias, chegando-se até a morte.

Na especialidade de cirurgia plástica, eis a legitimidade do cirurgião plástico como ressalta Irazy Novah Moraes (2002, p.302).

Nunca orientar o uso de pomadas ou outros tipos de produtos do uso tópico em áreas queimadas – Sempre encaminhar pacientes que apresentam lesões pigmentadas para avaliação de especialista mesmo que essa lesão seja antiga - As cicatrizes queloidianas podem melhorar com o tratamento específico.- Algumas cicatrizes em queimados consideradas sem solução por muito tempo, atualmente com o uso de expansores de tecidos podem ser ressecadas e substituídos por pele adjacente. A mamoplastia redutora não impede a amamentação futura.a colocação de implante de silicone para aumento de volume mamário não aumenta a incidência de neoplasiaA técnica de lipoaspiração para retirada de 1.500 a 2000 ml de gordura em adultos é um procedimento de baixo risco.As estrias podem ser removidas durante cirurgia estética de redução mamária e de abdome - A cirurgia estética tem limites que devem ser respeitados pelo cirurgião plástico e compreendidos pelo paciente.

6. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

6.1. Obrigação de Meio e de Resultado

Há obrigação de meio quando a própria prestação nada mais exige do que o emprego de determinado meio, sem a preocupação com o resultado. O profissional se obriga a se esforçar ao máximo e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura. Tem-se, então, obrigação de meios quando o médico realiza intervenção cirúrgica com o intuito de corrigir o tamanho das mamas porque estas causam dores na coluna da paciente, possuindo esta cirurgia função terapêutica. Assim discorre a insigne Maria Helena Diniz (2003,p. 197).

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão – somente a usar de prudência e diligencia normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão –somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria a atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções sem se cogitar do resultado fina. Obrigação deste tipo é o contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico ou pelo advogado.

Por outro lado, obrigação de resultado é aquela em que o paciente tem o direito de exigir do profissional a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional, isto é, o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem o qual não terá cumprido a sua obrigação. É o caso da cirurgia em que o médico aumenta ou reduz as mamas da paciente, sem que haja real necessidade física para tal, isto é, sem que haja prejuízo para a saúde do paciente. Tal caso o alcance do resultado prometido ensejará a responsabilidade do médico, mesmo que ele tenha agido de forma precisa.

Sobre o tema discorre também Maria Helena Diniz (2003, p. 198).

“A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação se considera adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa obrigação quando o devedor cumprir o objeto final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente. Assim, se inadimplida essa obrigação, o obrigado ficará constituído em mora, de modo que lhe competirá provar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior, pois só assim se *exonerará da* responsabilidade; Não terá, porém, direito a contraprestação. É o que se dá, por exemplo, com contrato de empreitada em que há a obrigação de o empreiteiro de construir algo, que só se cumprirá se ele efetivamente entregar a obra concluída a seu dono”.

São opostas as obrigações de meio e as de resultado. A obrigação de meio refere-se a uma obrigação em que o médico se compromete a utilizar de todos os meios necessários e disponíveis para alcançar o fim pretendido, mas não tem o dever, não está ele obrigado a obtê-lo, na obrigação de meio ele será responsabilizado se agir com culpa.

Como já visto a obrigação de meio se difere da de resultado, e assim discorre Genival Veloso de França (2001, p. 185).

Na primeira, existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se cumprindo – e existindo a culpa do devedor, não há que se cobrar. Nesta, a relação entre médico e paciente se faz pela obrigação de dar a este um tratamento adequado, ou seja, um tratamento de acordo com as condições específicas e circunstanciais de cada caso, além da obrigação de diligência que é uma obrigação geral que serve de fundamento a todos os contratos.

Na obrigação determinada ou de resultado a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.

6.2. Cirurgia Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado

Como nos tempos atuais, a cirurgia estética não se consubstancia em intervenção desnecessária, é uma especialidade médica como qualquer outra, onde as obrigações do cirurgião são iguais às dos demais médicos como, por exemplo,

as de aconselhar o paciente, acompanhá-lo antes e após a cirurgia, sendo então considerada uma obrigação de meio, entendimento este do insigne professor Luís Adorno que em curso proferido em Porto Alegre citou o jurista francês Professor François Chabas, compartilhando de seu entendimento. Segundo Chabas, "de acordo com as conclusões da ciência médica dos últimos tempos, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível em numerosos casos". Para eles, portanto, na cirurgia estética, a responsabilidade do médico seria de meio.

A mesma opinião é compartilhada pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., que assim escreveu (RT 718/33):

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico.

Mas as maiorias dos juristas brasileiros consideram que a obrigação na cirurgia estética deve ser considerada de resultado, e, portanto aplicável à teoria subjetiva, mas com culpa presumida e com a inversão do ônus da prova. Outra corrente sustenta tratar-se de obrigação de meio, igualmente às demais especializações médicas, tendo em vista que as intervenções cirúrgicas estéticas, da mesma forma que quaisquer outros cirurgiões, são suscetíveis às mais diferentes intercorrências, que independem do atuar médico.

Como também julga nossos tribunais:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO MÉDICA DE RESULTADO - A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. Presunção só afastada o fizer prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada

possa ser à própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração. (TJRS - AC 595068842 - 6ª C. Cív. - Rel. Des. Osvaldo Stefanello - J. 10.10.95)³.

Ficamos com a corrente que entende ser a obrigação estética de meio, e só haverá dever de indenização se comprovada a culpa. Sem dúvida alguma, se um paciente procurar um cirurgião plástico para diminuir o tamanho do nariz, efetivamente espera este resultado e nenhum outro, correndo os riscos comuns aos atos médicos em geral.

O médico por seu turno, sabendo da necessidade do paciente, deverá lançar mão de toda a técnica disponível, e do seu conhecimento, para alcançar o sucesso, já sabendo, que se o paciente não ficar satisfeito, apenas surgirá o dever de indenização, se for comprovada negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião.

Isto nos parece o mais correto, pois estas intercorrências existem em outros tratamentos, terapêuticos ou cirúrgicos.

Evidentemente que o cirurgião plástico deve dar todas as informações que possui ao paciente, prevenindo-o de todos os riscos que envolvem a cirurgia, tanto antes como após.

Impor a cirurgia plástica estética o dever de obrigação de resultado, é um preconceito de tempos longínquos, pois cada ser humano tem um sistema biológico, que por vezes se mostra rebelde. Então o cirurgião plástico não pode ser totalmente responsabilizado, caso o paciente alegue mal resultado.

Não estamos fazendo apologia ao erro médico, mas achamos injusto imprimir à cirurgia plástica obrigação de resultado, e conseqüentemente culpa presumida. Já encontramos consciência por parte do judiciário nesta questão. Vale mencionar a douta lavra do eminente magistrado Desembargador Paulo Sérgio Fabião, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão da Apelação Cível nº 6.680/97.

Não apenas a cirurgia plástica, mas também anestesiologia, radiologia, cirurgia refrativa (correção de miopia) e odontologia, são consideradas por

³ Disponível em www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/jurisprudencia/erromedico

algumas correntes do Direito, como obrigação de resultado. Também nestas outras especialidades, o nosso princípio é o mesmo, isto é, um fardo muito pesado para ser imposto ao cirurgião, visto que a ciência médica é limitada, não exata, e o organismo humano não é inerte, ao contrário, interage o tempo todo, mesmo quando sob efeito de anestesia.

Há um pensamento de que a obrigação do anestesista é de resultado, pois ele deve trazer o paciente de volta ao estado em que estava, mas a não ser por alguma falha em seu agir, a casos que o paciente entra em coma após ser anestesiado, e não há explicação científica para isto. Assim como o anestesista não poderá ser responsabilizado no, caso de um paciente cardiopata ter uma parada cardíaca durante uma cirurgia de emergência, e corria risco de vida, caso não fizesse tal cirurgia.

Portanto é preciso refletir esta questão de obrigação de meio ou de resultado, pois não há nenhuma lei sobre esta questão. Portanto é preciso pensar no novo, onde até a separação do direito privado e público, está dando lugar a uma unicidade que alguns chamam de Direito Social, de acordo com o Magistrado Werson Rego.

Neste início de terceiro milênio, o pensamento tem de ser eficiente, especialmente no Direito, para que não caia no vazio, em discussões que deterioram ao invés de construir.

A doutrina continuará rica, como fonte do direito que é, mas as limitações no campo processual, do uso de certos institutos é tarefa maior e perfaz o corolário da busca pela paz social.

No campo da saúde, a posição sobre obrigação ou de resultado, nos chega vindo da França (R. Demogue) em início do século XX, onde o quadro do sistema de saúde era completamente diverso do nosso, e hoje naquele país a doutrina já não tem o aval da maioria dos juristas.

Portanto não podemos impingir esta doutrina como fonte de direito.

Antes de imputar aos médicos predefinições casuísticas em grupos de meio e de resultado, é necessário verificarmos que a lei nº 8.078/90, em seu parágrafo 4º do artigo 14, tratou a responsabilidade do profissional liberal como subjetiva, se coadunando assim com o inciso III do artigo 1º da carta Política, visto

que o profissional liberal precisa de proteção em sua dignidade enquanto pessoa humana, igualmente ao consumidor.

O mestre Rui Stoco, em seu tratado de Responsabilidade Civil, no capítulo VI, p.p. 350-353 ed. RT contribui para o tema, informando que a teoria do resultado transcende a relação médico-paciente, e ensina, que não obstante ter nascido em Roma, fora R. Demogue o responsável pela sistematização doutrinária.

A conclusão a que se chega o ilustre jurista é sobremaneira importante, pois vai a direção de que o Código de Defesa do Consumidor trouxe um caráter de menor importância para os prestadores de serviço em geral, vez que parte da responsabilidade objetiva. Discordamos apenas quando afirma que a teoria mantém a eficácia, harmonizando-se com a disposição do artigo 14, parágrafo 4º exatamente porque o Código de Defesa do Consumidor tratou de excepcionar a hipótese de que os serviços prestados pelos profissionais liberais em geral, o são de pessoa humana para pessoa humana. Portanto todas as falhas nascidas da prestação desses serviços deverão ser aferidas com base nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A nosso ver, culpa presumida não condiz com a proteção à dignidade da pessoa humana do profissional liberal, pois na boa hermenêutica jurídica, a inversão do ônus da prova não é automática.

Por estas razões, entendemos ser de menor importância a discussão da obrigação de meio e de resultado, vez que a lei substantiva civil, resolveu as questões dos prestadores de serviços, e a Constituição Federal, em seu artigo 1º inciso III, resolveu a responsabilidade subjetiva, no sentido de proteger o profissional liberal dos rigores de desigualdade que o CDC precisa para tratar as situações desiguais.

A dignidade da pessoa humana protege médicos e pacientes, exigindo de ambos eticidade nas condutas.

7. CULPA E RESONSABILIDADE DO MÉDICO CIRURGIÃO

7.1. Responsabilização do Médico

Para que seja possível 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 dever de informar e aconselhar consiste inicialmente na necessidade de o médico estabelecer com seu paciente as condições de pagamento, o serviço a ser prestado, os convênios que atende, o preço da consulta, etc.

Nessa fase de informação e aconselhamento o médico deverá dar todas as condições para que o paciente opte por contratar ou não seus serviços, inclusive alertando-o quanto à sua especialidade e o estado de saúde do paciente, tudo em linguagem simples e acessível.

O dever de assistir consiste na prestação dos serviços contratados da melhor maneira possível, atendendo aos chamados e procurando manter-se informado das condições de saúde do paciente durante o tratamento. Para isso, deve o profissional dar condições ao paciente para que o encontre com facilidade em caso de necessidade, sendo que a ocorrência de danos pela falta de assistência pode vir a caracterizar o abandono, levando à responsabilização.

Deve ser esclarecido que o médico pode deixar de atender o paciente, mas nunca abandoná-lo, desde que essa recusa não cause dano imediato. Ainda assim, deve comunicar os familiares ou o próprio paciente.

O dever de prudência diz respeito à forma de agir do médico. Este não poderá fazer testes em seus pacientes ou realizar operação que envolva enorme risco de vida, sem a autorização, ainda que tácita, do cliente ou seus familiares. Seria dispensável dizer que em casos de extrema urgência em que o enfermo esteja inconsciente, não será necessário o consentimento de seus familiares, devendo o médico decidir da melhor forma possível.

7.2. Culpa e a Responsabilidade Civil do Cirurgião

Culpa é todo e qualquer fato que constitua violação de um dever que tenha a sua razão de ser na vontade ou na lei, é fato ilícito; e o agente deve responder por ele, de modo especial, quanto aos elementos objetivos, que é ato cometido injustamente (non jure), se junto ao subjetivo, isto é, o estado particular de ânimo do agente, em relação à injúria. O ato será, desta forma, não somente injusto, mas culposo.

Como discorre o mestre Kfoury Neto (2003, p. 222).

Os julgadores, em geral, são rigorosos na aferição da culpa médica: (...) “A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizarem sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, como os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado o nexo causal ente a cirurgia e o evento, correta esteve a sentença dando improvido a ação”.⁴

Em acórdão, do qual a ementa vai abaixo transcrita, evidencia-se a necessidade da demonstração, via de regra, da culpa na conduta do profissional em casos de erro médico:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO ESTÉTICO. ERRO MÉDICO NÃO-CONFIGURADO. O tratamento ministrado a paciente sendo o adequado a moléstias apresentadas, submetidas com as cautelas recomendadas e não havendo prova de ter o profissional da medicina se equivocado, por imprudência, negligência ou imperícia, ao ministrá-lo, não há como pretender a obrigação de indenizar, porque não configurado comportamento culposo que implique responsabilidade civil. Recurso improvido.⁵

Há previsão de culpa no Código de Ética Médica, pois ao médico não é permitido:

⁴ RJTJRS 146/340

⁵ 7. TJRS – Processo nº 598014397 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire - 07/04/99.

Art. 29- “Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Desta forma, dispõe o artigo 32 da mesma Resolução que o médico não deve:

Art 32- “Isentar de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou responsável legal”.

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. De modo que o médico que violar um desses deveres estará agindo com culpa. Esta, para sua caracterização, deverá conter um ou mais dos seguintes elementos: Imprudência, negligência e imperícia.

O elemento objetivo da culpa supõe a violação de um direito pré – existente. Em se tratando de culpa contratual, como é o caso da responsabilidade civil do médico, o dever jurídico consiste na obediência do avençado, ou então, ao prometido, no caso da obrigação unilateral.

Assim, na responsabilidade objetiva não é admissível qualquer discussão a cerca da teoria da culpa, sendo certo que o autor da conduta ilícita somente se desobriga da indenização quando se encontram algumas das causas de exclusão da relação de causalidade, quais sejam, caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima etc.

Por outro lado, a culpa é subordinada também a um elemento subjetivo, exigindo, que o ato ilícito seja imputável ao seu autor. Assim, tem - se responsabilidade com culpa – e regra geral, somente sendo admitida a responsabilidade objetiva ou sem culpa nos casos expressos em lei.

Não se pode falar em culpa se ficar provado que, apesar de todo o empenho profissional, não se alcançou o resultado desejado, ou que a evolução da doença escapou ao conhecimento e ao controle do médico, mesmo tendo ele agido dentro dos padrões técnico-científicos da profissão, a chamada "lex artis".

O elemento subjetivo da culpa abrange o dolo e a culpa strictu sensu. O dolo ocorre quando há intenção deliberada de ofender o direito de outrem ou causar-lhe prejuízo; Há o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Por sua vez a culpa strictu sensu, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência, ocorre quando não há deliberada intenção de violar um dever.

A culpabilidade pode ser presumida apenas quando da ocorrência de erro grosseiro, negligência, imprudência ou imperícia do profissional como devidamente já demonstrados.

Sendo então negligência e a imprudência: são cometidas pela falta de atenção ou de capacidade do médico, omissão de explicação clara do diagnóstico, falta de cuidados, desleixo ou desprezo pelas cautelas para exercer os procedimentos médicos.

Exemplo: Queixa registrada a cinco anos por um paciente que se tratava contra a obesidade. O profissional teria empregado uma técnica experimental de acupuntura fora dos padrões convencionados como adequados pelo Conselho Federal de Medicina.

Imperícia é a execução de um ato médico para qual o profissional não está preparado. Este ato pode ser caracterizado como um ato criminoso.

Exemplo: CASO - Foi aplicada pena de censura pública em razão de o médico se anunciar em jornal, em 1996, como terapeuta, especialidade pela qual não tem registro profissional e não é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina.

8. DO ERRO MÉDICO E A SUA REPARAÇÃO

8.1. Erro Médico

Ao ver de Júlio César Meireles Gomes;

Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produção dano á vida ou agravo á saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Erro do médico sugere qualquer dano médico das normas de conduta dentro ou fora da medicina, com dano ou sem ele. Não há erro médico sem dano ou agravo a saúde de terceiros. Isso é definitivo.

É necessário distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do mal incontrolável. No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar. Por outro lado o resultado incontrolável é aquele decorrente de situação incontrolável, uma situação grave, ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução em que as condições atuais não oferecem solução. Por isso o médico assume um compromisso de prestar meios adequados, de agir com diligência e de usar todo seus conhecimentos na busca de um êxito favorável, o qual nem sempre é certo. Assim nem todo mau resultado é um erro médico.

Antonio Carlos Mathias Coltro, em uma de suas palestras sobre o tema narrou:

Sempre ressalto o respeito que tenho por todos aqueles que praticam a atividade médica. Sem dúvidas, trata-se de uma das profissões mais sérias que existem. O respeito que sinto pela atividade do profissional da Medicina decorre principalmente do fato de que os senhores trabalham com a vida e a morte. E, confesso que, se fosse médico, no caso de paciente meu que, apesar de todo tratamento dispensado viesse a falecer, tenho quase certeza de que quem precisaria de um médico seria eu. Deve ser muito duro trabalharmos com o imponderável, e é o que os senhores normalmente fazem.

Esse encontro vem tratando de temas de extremo interesse Em função de tudo o que a vida vem trazendo a todos nós, todas as modificações que vêm ocorrendo no mundo e, principalmente, das circunstâncias que

o nosso dia-a-dia apresenta, toda hora surge um fato novo, uma situação nova, um momento diverso e isso acaba sempre caindo na mão de alguém ligado à atividade jurídica. Se eu olhar de lado para alguém, hoje, a pessoa já vai atrás de um advogado, achando que o meu olhar queria significar alguma coisa. E os médicos vêm enfrentado essa questão, especialmente na matéria relativa aos danos que porventura ocorrerem em relação a pacientes. Fico imaginando as dúvidas que devem surgir toda vez que os senhores vão submeter alguém a uma intervenção médica ou a um determinado tratamento. Por exemplo: “Será que eu não estou correndo o risco de tentando fazer o bem, acabar sendo entendido mal?”. Por conta, inclusive, do imponderável. Porque o médico pode fazer tudo direito e, de repente, por uma circunstância totalmente alheia, o paciente venha a ter um resultado daquele tratamento ou daquela intervenção extremamente diversos do esperado. Nesse momento me pergunto: “Como o médico deve sentir, ou a forma como deve ficar quando submete a si mesmo esse tipo de questionamento?”.

A propósito mostra-se ilustrativo o ponto de vista de Santos Neto (1997, *Basílica Médica*) onde aponta com muita propriedade que:

Errar é um ato inerente à espécie humana e a prática não é exceção. É tipo de erro o chamado não intencional, acidente imprevisível ou *infelicitas fact*. Ele deve ser diferenciado dos casos de imperícia, imprudência e negligência, eventualmente, o limite entre a imperícia e o erro não intencional é muito bem estabelecido.

O erro não intencional pode ocorrer durante o processo de elaboração diagnóstica ou na fase terapêutica. A etapa diagnóstica pode ser dividida em três etapas; A primeira é a obtenção da história clínica, a segunda é a observação dos sinais do exame físico e a terceira é a análise dos exames complementares.

Vale ressaltar ainda a diferença que mais nos interessa para o presente estudo, que é entre o erro médico, do resultado não satisfatório para o paciente. Este é o denominado erro imaginário, ou seja, erro de interpretação ou erro do próprio paciente, e o erro médico como já foi abordado é o erro que decorre de imperícia, imprudência e negligência. No erro imaginário o paciente não se conforma com o resultado, ao seu ver, ele tinha que ficar perfeito, do jeito que ele imaginava, é um inconformismo que não se funda na realidade. Irany Novah averba que “O malogro de resultado às vezes atribuído como culpa do médico decorre do inconformismo com a realidade e a limitação da medicina”. O paciente

tendo em vista suas expectativas tendem a fantasiar um resultado, é como atingir um sonho, e se o resultado não é obtido, ele se sente frustrado.

Dos pacientes que buscam a perfeição no seu corpo, pode-se verificar que se encontram as pessoas com tendência a não aceitação do resultado de uma cirurgia plástica, sendo assim dentro deste grupo é que se encontram a maioria dos pacientes que se sentem vítimas de erro médico, sem o ser na verdade, são vítimas de sua própria mente que projeta um erro num resultado cirúrgico .

O Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, em feliz oportunidade, publicou monografia intitulada “Relação Médico/Paciente, profilaxia da denúncia contra o profissional”, da qual julguei interessante mencionar algumas das recomendações para a especialidade de cirurgia plástica:

1 - Esclarecer ao paciente sobre todos os pormenores atos cirúrgicos. As informações devem ser bem claras, em linguagem simples e acessível, evitando termos técnicos incompreensíveis. Deve-se entrar em detalhes em relação à operação proposta, suas conseqüências e riscos.

2 - Jamais garantir resultados, minimizar riscos ou fugir da verdade.

3 - Nas intervenções com objetivo estético, analisar cuidadosamente as expectativas do paciente em relação aos resultados. Verificar se são excessivamente fantasiosas, em busca de ganhos afetivos. Nestes casos, é freqüentemente que a não consumação dos mesmos se reverta em sentimentos negativos em relação ao cirurgião, que pode tornar-se o único culpado pelos infortúnios.

4 - Conduzir com competência o pré-operatório lembrando que, na avaliação do paciente, é indispensável o exame clínico completo. Os especialistas que se sentirem inseguros em relação ao mesmo devem solicitar o parecer de um clínico ou internista acostumado a fazê-lo.

5 - Lembrar que pacientes emocionalmente instáveis, neuróticos e psicóticos são maus candidatos às intervenções cirúrgicas. Nestes casos impõe-se medidas suporte conduzidas por especialista da área. A apreensão diante das intervenções cirúrgicas é absolutamente normal. Ao contrário, o total destemor deve ser motivo de suspeita acerca da integridade emocional do paciente.

6 - Na avaliação do risco cirúrgico é indispensável à participação do anestesiológico. A esse profissional compete a avaliação do risco anestésico. O tipo de anestesia não deve ser imposto pelo cirurgião e sim discutido com o anestesiológico respeitando sempre sua indicação ou contra-indicação. A avaliação anestésica nas situações eletivas deve ser realizada em consulta especializada antes da internação hospitalar. É desejável que o paciente conheça, com antecedência, o seu anestesiológico.

7 - Alertar o paciente sobre a possibilidade de ocorrências imprevisíveis durante a intervenção cirúrgica. Esclarecer que as mesmas poderão alterar o planejamento cirúrgico e exigir mudanças técnicas ou táticas que, por sua vez, poderão implicar novos desdobramentos, como aumento da permanência no hospital, dos riscos e dos custos.

“Quem salva vidas, respeita a vida”

8.2. A Reparação Civil

Indenizar ou reparar o dano perpetrado em razão do exercício profissional pertence a um só tempo ao âmbito da responsabilidade ética e ao universo da responsabilidade civil ou jurídica.

A doutrina limita-se esse escorço, à quantificação da responsabilidade civil do médico por erro no exercício de sua profissão, correspondendo, nessa perspectiva, a infração de contrato de prestação de serviços médicos.

Entre o médico e o paciente há, necessariamente, contrato de prestação de serviços, mesmo quando não escrito, que é disciplinado pela Lei Civil e pelo Código de Ética Médica.

Porém, não se trata de contrato de prestação de serviços de resultado, pois ao médico é exigido, pela Lei Civil e o Código de Ética, perícia, diligência, prudência, seu esforço e técnica nos limites de sua Ciência, não sendo crível condicionar a prestação tendo "em vista determinado resultado".

A estatuição legal impede a inclusão no contrato de prestação de serviços médicos de cláusula de não indenizar, isto é, o médico não poderá por meio de

estipulação contratual exonerar-se da responsabilidade civil ou patrimonial. Por outro lado, os limites científicos da Medicina restringem a abrangência da responsabilidade civil e ética do médico, permitindo considerar hipóteses de excludentes de culpabilidade, como, por exemplo, (a) o caso fortuito e (b) a força maior.

Conseqüentemente, a responsabilidade civil ou patrimonial do médico por atos de seu ofício fundamenta-se na (a) responsabilidade contratual e (b) na culpa, sendo indisputável a caracterização do (c) dano material ou moral, (d) o nexó de causalidade e (e) a inexistência das hipóteses de excludentes da culpabilidade: Caso fortuito e força maior (*casus vel damnum fatale*).

O inadimplemento das obrigações contraídas pelo médico no exercício de sua profissão obriga-o a reparar o dano. Como discorre Maria Helena Diniz: (2003, p. 154).

O fundamento primário da reparação está, como visto, no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à pré-determinação da norma, que atine com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que, em princípio, constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses.

Esse direito lesado, na perspectiva médico-legal, consiste no dano corporal (dano pessoal) que aponta para duas categorias jurídicas: O dano patrimonial ou econômico e dano extrapatrimonial ou não econômico.

O primeiro também denominado dano material envolve uma projeção direta e imediata nos interesses econômicos, materiais, da vítima de dano, e por isso facilmente referenciáveis em termos pecuniários. Dentre os exemplos, encontram-se as despesas médico-hospitalares, a impossibilidade temporária de trabalhar, as seqüelas resultando da incapacidade permanente para o trabalho. Todas essas hipóteses são suscetíveis de estimativa pecuniária. O segundo, denominado dano moral, indica aquelas hipóteses que jogam com prejuízos vividos, sentidos pelas pessoas, mas que não implicam, normal ou obviamente, uma perda econômico-pecuniária. É o caso das injúrias que ofendem a dignidade e a honra das pessoas, a sua reputação; É o caso dos sofrimentos físicos experimentados por causa de ferimentos e na seqüência deles

por causa, nomeadamente, de tratamentos a dor física, portanto; É ainda o caso das angústias e sofrimentos morais sempre ligados à dor, mas não só por isso, já que um internamento hospitalar, uma operação cirúrgica, uma dúvida vivida quanto à evolução favorável do caso, uma consciência do risco de vida. Sofrimento moral. Este último tipo de dano extrapatrimonial (dor moral) encontra também eco jurídico em casos de morte.

O direito brasileiro admite a indenização por prejuízo material e a reparação do dano moral, consistindo a "primeira na reintegração pecuniária ou ressarcimento strictu sensu, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa".

O prejuízo material ou perdas e danos compreendem a recomposição do prejuízo correspondente àquilo que o paciente efetivamente perdeu em razão do ato médico, denominando-se *damnum emergens*. Entretanto, não só o prejuízo é indenizável, mas, também, o quantum deixou, razoavelmente, de lucrar, caracterizando o *lucrum cessans* mesmos, liquida-se na proporção da lesão sofrida.

Com efeito, é a perícia judicial que irá permitir a quantificação do dano material e do dano moral, servindo como orientação a lição de Fernando Oliveira Sá recomendando-se, além do reembolso das despesas médico-hospitalares que deu causa, a inclusão dos "parâmetros de valorização médico-legal do dano em direito civil" consistente nos seguintes: (a) incapacidade temporária, (b) incapacidade permanente, inclusive laborativa, (c) o quantum dor, (d) o dano estético e, por fim, insistindo no (e) prejuízo de afirmação pessoal.

Distingue-se, também, o denominado "prejuízo de afirmação pessoal" consistindo num padrão suplementar do quantum doloris e do dano estético porque denota que prejuízo funcional existente reflete-se algumas vezes nas capacidades de ação ligadas a atividades lúdicas e de lazer pré-existentes ao traumatismo que determinou o dano em apreço, revelando-se não só no âmbito esportivo como no domínio musical por implicar uma significativa quebra na alegria de viver.

A respeito da prescrição, será de três anos para requerer ação ressarcitória sobre o erro, esta se faz, com o passar do tempo associada à inércia

do paciente em exercer o seu direito, por um eventual dano sofrido - desaparecer a relação jurídica entre o médico e o paciente. Sobre este lapso de tempo, nos ensina Marcus Cláudio Acquaviva (1995, p. 1128).

"O decurso de tempo é um acontecimento natural de importância inigualável para o Direito".

E, diz mais, acentuando o caráter pacificador da prescrição:

Para outros autores, contudo, o verdadeiro fundamento da prescrição residiria na ordem social, na segurança das relações jurídicas. (...) O interesse do titular do direito, que ele foi o primeiro a desprezar, não pode prevalecer contra o interesse mais forte da paz social. (...). A prescrição, portanto, vem a ser medida de política jurídica, ditada no interesse da harmonia social.

CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

O exercício da medicina tem sido alvo de constantes batalhas judiciais, com o intuito de atribuir ao médico a responsabilidade pelo infortuito de simplesmente não se alcançar o resultado que o paciente espera. Contudo, não basta a mera situação fática da existência do dano para se estabelecer o direito e a reparação civil, pois ela só é admitida se decorrente de ato ilícito. A legislação inclui a responsabilidade civil do médico no rol da responsabilidade subjetiva, que depende da verificação da culpa propriamente dita e onde se busca um nexo causal do ato do autor do fato com o efetivo dano, para então se apurar a ocorrência da ilicitude do ato.

Daí se deduz que a responsabilidade civil do erro médico decorre do ato ilícito, ou seja, daquele ato que foi praticado de forma contrária ao direito ou cuja prática seja vedada por lei. Assim, primeiramente se faz necessário analisar o fato; Se for praticado de forma imprudente ou negligente na ação ou omissão. Daí cabe buscar a conceituação do verdadeiro ato ilícito na prática da atividade da medicina para se apurar a responsabilidade do profissional médico no exercício de sua profissão, bem como se estabelecer uma justa reparação, que mantenha um equilíbrio entre o dano e a reparação, de forma a permitir que a lei atinja sua real função social na busca da harmonia social.

A responsabilidade do médico, como já mencionado será sempre subjetiva, isto é, porque não há diferença entre a cirurgia plástica estética e reparadora, sendo ambas cirurgia plástica funda-se tal posicionamento no ato de terem as mesmas finalidades; Uma com finalidade terapêutica, mas também estética. Embora a maioria dos doutrinadores entenda que há distinção entre cirurgia estética e reparadora tendo então a primeira, obrigação de resultado havendo assim a responsabilidade objetiva para esta, sendo que não atingido o resultado para o paciente haveria obrigação de indenizar, posicionamento este não acolhido pelo presente estudo.

Como se observa, a expressão erro médico vem sendo muito enfatizada pelos meios de comunicação, visando satisfazer os anseios da sociedade. Assim propala-se um caso como se fosse erro médico, de forma sancionalista, sem que

tenha havido um prévio averiguamento dos fatos e constatação do erro. Sendo assim, o cirurgião acusado de erro é julgado e condenado pela própria sociedade, induzida pelos meios de comunicação, havendo uma grande desestruturação profissional do médico, e se absolvido no processo judicial a abrangência da notícia não é a mesma em relação à divulgação do erro, e mesmo assim sua reestruturação fica abalada. Certo e que realmente alguns casos considerados como erro médico constituem na verdade erro de interpretação do paciente necessitando então um aconselhamento psicológico pré-operatório em decorrência dos inúmeros casos de cirurgias plásticas desnecessárias realizadas pela vaidade excessiva que a sociedade cobra das pessoas.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1997.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 718, 1995.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CROCE JR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. 14. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

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

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2001.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia**. Trad. João Azenha Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GOMES, Júlio César Meireles, DRUMOND, José Geraldo de Freitas e FRANÇA, Genival Veloso. **O médico e a Justiça**. 2. ed. Montes Claros: Unimontes, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

HIRONATA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MÉLEGA, José Marcos, PSILLAKIS, Sílvio Antonio. **Cirurgia Plástica Reparadora e Estética**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 674, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte: Del Rey; 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANEXOS

JCCB. 159 RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - NÃO-COMPROVAÇÃO DO ERRO PELO LAUDO PERICIAL - IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INEXISTÊNCIA - 1.

Impossibilidade de indenização por erro médico não comprovado pelo laudo pericial. Inexistência de culpa. Excluída a responsabilidade objetiva, pois o ato praticado não foi causa determinante do resultado e porque não houve dano. 2. Apelação improvida. (TRF 4ª R. - AC 97.04.13615-3 - RS - 4ª T. - Rel. Juiz José Germano da Silva - DJU 23.06.1999 - p. 888).

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Pretensão baseada em erro médico, que teria provocado paralisia da corda vocal esquerda - Perícia que, no entanto, afasta a culpa do médico em qualquer de suas modalidades - Improcedência bem decretada - Recurso não provido. (TJSP - AC 79.703-4 - São Paulo - 1ª C.D.Priv. - Rel. Juiz Des. Laerte Nordi - J. 25.05.1999 - v.u.)

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO ESTÉTICO - ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO - O tratamento ministrado a paciente sendo o adequado à moléstia apresentada, submetido com as cautelas recomendadas e não havendo prova de ter o profissional da medicina se equivocado, por imprudência, negligência ou imperícia, ao ministra-lo, não há como pretender a obrigação de indenizar, porque não-configurado comportamento culposo que implique responsabilidade civil. Recurso improvido. (TJRS - AC 598014397 - RS - 7ª C. Cív. - Rel. Des. João Pedro Freire - J. 07.04.1999)

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Ação indenizatória. Erro médico. Responsabilidade objetiva da entidade hospitalar. Denúnciação à lide dos médicos. A responsabilidade indenizatória da entidade médica por erro médico de seus prepostos é objetiva, eis que os serviços médicos-hospitalares aí prestados decorrem da relação de consumo entre os ofertados e prestados a seus

pacientes. Na hipótese, para a ação de regresso, desnecessária a denúncia à lide daqueles a quem se atribui o "erro médico". (TJDF - AI 7.480 - (Reg. Ac. 101.338) - 1ª T - Rel. Des. Edmundo Minervino - DJU 11.02.1998).

RESPONSABILIDADE CIVIL - MÉDICO - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - CIRURGIA PLÁSTICA - ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL - COBRANÇA DO SALDO DOS HONORÁRIOS - PRESCRIÇÃO - Procedência, em parte, da ação e improcedência da reconvenção. A responsabilidade civil do médico, como sabido, e contratual, sendo a obrigação, em princípio, de meio e não de resultado. Todavia, em se tratando de cirurgia plástica, a obrigação e de resultado, assumindo o cirurgião a obrigação de indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação. Demonstrado o inadimplemento, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico a obrigação de demonstrar que não houve culpa ou que ocorreu caso fortuito ou força maior. Indenização pelos danos de ordem material e moral. Procedência, em parte, da ação, por ter sido excluído o pedido de dote. Prescreve em um ano a ação para a cobrança de honorários médicos, contado o prazo a partir da data do último serviço prestado. Tendo isso ocorrido em maio de 1993 e a reconvenção protocolada em outubro de 1994, caracterizada esta a prescrição. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJRS - AC 597183383 - RS - 3ª C.Cív. - Rel. Des. Tael João Selistre - J. 05.03.1998)

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR - RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA - ERRO MÉDICO - NEGLIGÊNCIA MÉDICA - CIRURGIA CORRETIVA- NECESSIDADE - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AUTORA SUBMETIDA A CIRURGIA - GAZE ESQUECIDA PELO CIRURGIÃO NO ABDÔMEM DA OPERADA - Responsabilidade do hospital e do médico. Responsabilidade do hospital, por negligência e como preponente do médico, e deste por erro, imprudência e negligência. - Obrigação de indenizar. (TJRJ - AC 4281/96 - Reg. 120598 - Cód. 96.001.04281-Capital - 6ª C.Cív. - Relª Desª Marianna Pereira Nunes - J. 02.12.1997)

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA - DANO ESTÉTICO - CULPA - ERRO MÉDICO - CARACTERIZAÇÃO - RESSARCIMENTO DOS DANOS - Responsabilidade Civil. Cirurgia plástica. Insucesso da operação. Erro médico. Dever de reparação. Tendo sido provado, cumpridamente, o erro médico, que levou a paciente ser portadora de grave lesão mamaria, importa que o cirurgião suporte os ônus de sua imperícia, devolvendo à autora os honorários que recebeu, que pague nova cirurgia, a ser realizada por médico de escolha da autora, tratamento psicoterápico e, por fim, dano moral fixado em 100 s.m. O perito, sendo médico, está apto a proceder à perícia, não havendo necessidade de ter especialidade de cirurgia plástica. Não houve cerceamento de defesa, porque não há prova de que o assistente técnico tenha convocado a autora para exame, circunstância que somente foi aventada em recurso. Apelo rejeitado. (TJRJ - AC 3924/97 - (Reg. 270298) - Cód. 97.001.03924 - RJ - 3ª C.Cív. - Rel. Des. Gustavo Kuhl Leite - J. 16.09.1997)