

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM ERRO DE CIRURGIA ESTÉTICA

Carolina Belasquem de Oliveira¹

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de trazer um tema que atualmente gera muita controvérsia: a responsabilidade civil médica em erros de cirurgias estéticas. Quando o erro ocorre e o paciente procura o médico, hospital ou clínica para reclamar, na maioria dos casos esses profissionais ou estabelecimentos dizem que nada podem fazer, ou ainda, que não possuem culpa. Frente a esses casos, o que a lei prevê? Deverá o paciente arcar com os prejuízos físicos, financeiros e morais? Visando as respostas para tais questionamentos, o trabalho tratará dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil e as espécies desta responsabilidade. Além disso, explicar-se-á no que consiste o erro médico e os deveres que deles decorrem.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil – Responsabilidade Médica – Cirurgia Estética

RESPONSABILIDADE CIVIL

Um dos assuntos do cotidiano de maior incidência é, sem dúvida, a responsabilidade civil. Todos os dias vêm-se casos de pessoas que tiveram o seu direito violado e acabaram sendo prejudicadas de alguma forma. Diante disso, vem a indagação: Quem será responsabilizado por essa violação? O que é preciso para que haja responsabilização?

Desta forma, frente a esses questionamentos é que o presente trabalho se desenvolverá. Mais precisamente, quando envolver a atividade civil médica. Todavia, até adentrar nessa esfera especificamente, será feita uma abordagem geral, que visa explicar: o que é a responsabilidade, como surgiu, o que se

¹ Advogada. Aluna Especial do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal de Rio Grande (FURG). Pós Graduanda em Direito Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na instituição de Ensino Luis Flávio Gomes (LFG). Email: Carol-b-o@hotmail.com

necessita para a sua configuração, quem tem o dever de indenizar, quais são as modalidades de responsabilidade, dentre outros tópicos que serão abordados.

De acordo com o *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras jurídicas*, responsabilidade significa:

“RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado.”

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho possuem o seguinte entendimento:

“na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano (...))” (2011, p.46)

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

“(...) Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator, aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, que não é estranha à idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar.” (2001, p. 11)

Portanto, o respaldo para a obrigação de reparar o dano, no campo jurídico está calcado no princípio basilar da “proibição de ofender”, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar, sendo este um limite objetivo da liberdade individual na sociedade civilizada. Se uma pessoa com intenção ou não, ou seja, dolosa ou culposamente, causar dano a outrem ficará obrigado a repará-lo.

Ficará obrigado da mesma forma à reparação aquele que descumprir obrigação imposta por meio de contrato, caracterizando desta forma a responsabilidade civil contratual, que será abordada em momento oportuno.

Conclui-se então, que para o Direito a responsabilidade civil nada mais é que uma obrigação subsidiária de reparar um dano decorrente da violação de um dever primário. As conseqüências jurídicas de um fato, que podem variar de acordo com os interesses lesionados. O ilícito civil tem como conseqüência a violação do equilíbrio social.

PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Da leitura do artigo 186 retirado do Código Civil de 2002 e citado acima, pode-se extrair os elementos gerais da responsabilidade civil, que na visão dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 65), são:

- a) Ação ou omissão do agente (causa)
- b) Dano (prejuízo experimentado pela vítima)
- c) Nexo causal

Segundo o entendimento desses Autores e de Flávio Tartuce, não se inclui nesse rol de pressupostos a culpa, já que é um instituto dispensável no que tange a responsabilidade civil objetiva. Nessa linha de pensamento, não se pode considerar a culpa como pressuposto geral da responsabilização civil. Todavia, entende de forma contrária o Autor Christiano Cassettari (2011, p. 271), ao elencar a culpa como um dos pressupostos gerais, sendo este excluído apenas quando se falar em responsabilidade objetiva.

Certamente é de pouca relevância a divergência dos citados Autores, já que são convergentes no entendimento dos demais pressupostos e da exclusão do pressuposto culpa, na responsabilização de forma objetiva.

Há autores, embora em minoria, que consideram a imputabilidade um elemento autônomo para a caracterização da responsabilidade civil.

Passa-se agora, para a análise pormenorizada dos pressupostos gerais caracterizadores da responsabilização civil.

Conduta Humana: Apenas o homem, por si ou por pessoa jurídica de que faça parte, pode ser civilmente responsabilizado. Fatos naturais, embora, causadores de prejuízos não geram dever de indenizar. Esse dever é exclusivo

das ações humanas voluntárias e que tragam algum prejuízo como conseqüência.

Conduta humana voluntária, não é sinônima de intenção de causar danos, mas sim, da existência de uma consciência do que está se fazendo. A voluntariedade resulta da liberdade de escolha do agente imputável, ou seja, aquele com discernimento necessário para ter consciência do que faz.

Por ser o núcleo fundamental, do pressuposto conduta humana, se não estiver presente a voluntariedade não há que se falar em conduta humana, tão pouco em responsabilidade civil.

As condutas humanas podem ser positivas, quando decorrentes de um comportamento ativo, uma ação. Ou negativas, quando decorrentes de um não fazer, de uma omissão, de uma abstenção jurídica. Em ambos os casos, tanto o agente quanto o omitente, podem ser responsabilizados pelos fatos gerados pelas suas ações ou omissões.

A responsabilidade civil, trás consigo a idéia de atribuição das conseqüências danosas a conduta de um agente ou omitente, e em regra, para a sua atribuição essa ação lesiva de ser contrária ao direito, ou seja, ilícita, antijurídica. Mas não somente nesses casos, haverá a imposição do dever de indenizar, já que, algumas condutas embora resultantes da atuação lícita do agente, geram o esse dever indenizatório. Todavia, para que uma conduta lícita gere a necessidade de indenizar, deve estar expressamente prevista em lei. Por isso conclui-se que a ilicitude, não necessariamente acompanhará a ação humana danosa que enseja responsabilização.

Dano ou prejuízo: Como pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil, como regra, é necessário que haja a comprovação do dano patrimonial ou extrapatrimonial sofrido. Esse dano deve ser comprovado pelo autor da demanda e caso este não tenha provas não se caracterizará a responsabilidade civil, conseqüentemente não acarretará reparação.

O entendimento atual é de que uma conduta pode acarretar vários danos, desta forma, podendo-se cumular em uma eventual ação reparadora, vários tipos de dano. Por exemplo, pode-se em uma mesma ação pleitear danos morais e materiais, ou ainda, danos estéticos e danos morais etc.

Diante da evolução da sociedade foram sendo criados danos que até tempo atrás não existiam, conseqüentemente hoje tem-se as seguintes espécies de danos, divididos em tradicionais ou clássicos e novos ou contemporâneos, de acordo com o entendimento Christiano Cassettari (2011, p.271-272).

Danos clássicos ou tradicionais – Danos materiais e morais

Danos novos ou contemporâneos – Danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance.

Para uma melhor compreensão do trabalho serão abordados de uma forma pormenorizada os danos materiais, moral e estéticos.

Danos materiais: constituem a perda ou o prejuízo patrimonial, corpóreo sofrido por alguém. De acordo o previsto nos artigos 186 e 403 do Código Civil, esses danos não podem ser hipotéticos ou eventuais, sendo prescindível a prova efetiva dos prejuízos ou perda.

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

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

Os danos patrimoniais como previsto no artigo 403 do Código Civil, abrangem os lucros cessantes ou danos negativos e os danos emergentes ou danos positivos. Os lucros cessantes abrangem tudo aqui que a vítima do ato lesivo perdeu. Enquanto os lucros cessantes são abrangidos por tudo aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar. Em nenhuma das duas hipóteses admite-se suposições, tudo deve ser devidamente comprovado.

Danos morais: a corrente dominante no direito civil brasileiro conceitua danos morais como lesão a direito da personalidade. A busca pela reparação dos danos morais não busca a determinação do sofrido pela vítima com a fixação de um preço. Objetiva na verdade, amenizar os danos internos, psíquicos causados à vítima.

Frente ao caso concreto cada magistrado deve analisar se houve ou não a caracterização do dano moral, ou seja, deve ver se este é devido ou não. Segundo o enunciado 159 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o dano moral não se confunde com meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material. Não se pode como ocorre hoje, banalizar esta modalidade de dano, este deve ser reparado quando devida e indubitavelmente configurado.

A natureza jurídica da indenização por danos morais é tema controvertido no Direito Brasileiro, havendo três correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, conforme entende o Autor Flávio Tartuce (2011, p.431)

1ª corrente: Entende que a indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinar ou pedagógico. Esse entende-se hoje, como um posicionamento superado.

2ª corrente: Entende que a indenização tem um caráter punitivo e disciplinador. Corrente adotada atualmente nos Estados Unidos da América.

3ª corrente: Compreende que a indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e um caráter acessório pedagógico, visando evitar a ocorrência de novas condutas. Essa é a corrente que tem prevalecido na Jurisprudência Pátria, embora ainda haja julgados adotando outras correntes.

Em sede doutrinária, também não há pacificação quanto a natureza jurídica da indenização já que na IV Jornada de Direito Civil, houve a aprovação do seguinte enunciado:

“379 — Art. 944: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”

Qualquer critério de quantificação ou tabelamento dos danos morais é considerado inconstitucional. O juiz de acordo com os artigos 944 e 945 do Código Civil e posicionamento majoritário no Superior Tribunal de Justiça, deve fixar a indenização a título de danos morais, analisando com equidade a extensão do dano, as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos, bem como, as condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Nas palavras do doutrinador Flávio Tartuce (2011, p. 434)

“Nunca se pode esquecer, ademais, a função social da responsabilidade civil. Se, por um lado, deve-se entender que a indenização tem função pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade* na fixação do *quantum indenizatório* (...)”

Dano estético: os danos estéticos são em verdade, são as bases do presente trabalho, e atualmente são tratados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como uma modalidade separada do dano extrapatrimonial. O conceito de dano estético é muito bem conceituado por Teresa Ancona Lopez, apud, Flávio Tartuce (2011, p. 435).

“Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é uma ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo, Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era.”

O dano estético será presumido, ou seja, *in re ipsa*, como ocorre com o dano moral objetivo. Deverá ser um dano visível, já que é concretizado por uma deformidade e poderá ser cumulado com dano moral, já que qualquer

deformação ocorrida no corpo de um ser humano acarretará a ele um sofrimento mental.

É verdadeiro afirmar que hoje cresce e muito a busca judicial de indenizações por danos estéticos cumulados com danos morais por erros ocorridos em cirurgias plásticas e essa realidade está presente em julgados dos mais variados Estados do Brasil, como será visto em capítulo próprio.

Nexo de Causalidade: Constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constitui uma relação de causa e efeito entre a conduta culposa do agente, ou o risco por ele criado e os danos advindos e suportados pelo outro. É necessário que se torne absolutamente comprovado que sem a ação ou omissão do agente o resultado não aconteceria.

Nas palavras do ilustre Sérgio Cavalieri Filho (1994, p. 75):

“Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática enseja algumas perplexidades (...). O conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

De acordo com o entendimento do ilustre Flávio Tartuce (2011, p. 420):

“Ora, a responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. Fundamental para tanto conceber a seguinte relação lógica:

- Na responsabilidade subjetiva o nexos de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (artigo 186, CC).
- Na responsabilidade objetiva o nexos de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco (artigo 927, parágrafo único, do CC)”.

Existem diversas teorias justificadoras do nexos de causalidade, sendo mais relevante a breve observação de três dessas teorias, sendo elas:

1. Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*): é a teoria que mais amplia o nexos de causalidade, já que para ela todos os fatos relativos a um evento danoso geram a responsabilização civil. Tendo em vista, seu caráter amplo, esta teoria embora, de grande destaque no ordenamento jurídico não foi adotada pelo ordenamento pátrio.

2. Teoria da Causalidade Adequada: Foi uma teoria criada pelo alemão Von Kries e entende que somente o fato relevante para a configuração do evento danoso é passível de responsabilização civil. De acordo com essa teoria, a indenização deve ser adequada aos que a envolvem. Não se pode ter um excesso de responsabilização, deve se chegar a um equilíbrio. Foi adotada pelo Código Civil em seus artigos 944 e 945.
3. Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal – na visão dessa teoria, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. Segundo parcela considerável da doutrina, a teoria do dano direto e imediato é a prevalecente e tem previsão no artigo 403, do Código Civil.

É verdadeiro dizer que as duas teorias expressamente integram o Código Civil de 2002, tendo suas respectivas previsões nos supracitados artigos. Na visão de Flávio Tartuce a teoria da causalidade adequada é a que deve prevalecer, explicando a sua posição à luz do espírito e da principiologia da atual codificação.

É de suma importância também o estudo das excludentes totais do nexo de causalidade. Essas excludentes devem ser analisadas pelo legislador frente o caso concreto, e uma vez configuradas afastam o nexo de causalidade, conseqüentemente afastando o dever de indenizar.

São três:

- a) A culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima;
- b) A culpa exclusiva ou o fato exclusivo de terceiro;
- c) O caso fortuito e a força maior.

A responsabilidade civil apenas desaparecerá nos casos em que houver culpa exclusiva da vítima ou terceiro. Nos casos em que a responsabilização for concorrente, continuará a ser devida a reparação dos danos, todavia, de forma diminuída, mais branda, atenuada tendo em vista que houve a concorrência de um terceiro ou da própria vítima para a realização do fato danoso.

No tocante ao caso fortuito ou força maior, não há unanimidade na doutrina, já que no ponto de vista de alguns doutrinadores e julgadores esses institutos são sinônimos. Todavia, autores como, Cristiano Chaves de Farias,

Nelson Rosenvald, Flávio Tartuce, Christiano Cassettari, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, acreditam existir diferenças entre esses institutos. Em regra, entre os autores que diferenciam o caso fortuito e a força maior, há o entendimento que, no caso fortuito ocorre um evento totalmente imprevisível que pode decorrer de ato humano ou por evento natural, enquanto na força maior, o evento danoso é previsível, todavia, inevitável ou irresistível, podendo também decorrer de ação humana ou natural.

Na louvável visão de Flávio Tartuce (2011, p. 424)

“Não há dúvidas de que as excludentes de nexo de causalidade servem, em regra, tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a objetiva. Porém, em algumas situações uma determinada excludente é descartada pela lei, agravando a responsabilidade civil (...)”

Pode-se ilustrar a citação acima com o exposto no artigo 745, do Código Civil:

“Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

Nesse caso de transporte de pessoas, mesmo havendo culpa exclusiva de terceiro, responde a transportadora frente o passageiro prejudicado. E à transportadora é garantido o direito de regresso contra o real culpado, o terceiro.

ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade Civil Subjetiva – A exigência de culpa como pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil surgiu como uma grande evolução no ordenamento jurídico, já que veio contrapor o objetivismo do direito primitivo.

Não há unanimidade na doutrina, a fim de delimitar exatamente quando a culpa passou a integrar o ordenamento jurídico, todavia, para questão de uniformização, entende-se que foi por meio da *Lex Aquilia*, que a culpa

incorporou-se definitivamente à responsabilidade extracontratual, ou também chamada de aquiliana.

Entende-se por culpa, na visão do doutrinador Rui Stoco (2001, p. 97):

“Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direito propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*strictu sensu*)”.

Segundo a doutrina tradicional, a culpa em sentido amplo compõe-se de três elementos: da voluntariedade do comportamento do agente, da previsibilidade e da violação de um dever de cuidado.

Na culpa em sentido estrito, em contrapartida, sob qualquer uma de suas três formas de manifestação, sendo elas, negligência, imprudência e imperícia, o dano resulta da violação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha a vontade de ocasionar o dano.

Para melhor esclarecimento, a negligência consiste na falta de observância do dever de cuidado, por omissão. A imprudência caracteriza-se quando o agente enfrenta desnecessariamente o perigo. Por fim, a imperícia é uma forma de exteriorização da culpa, que decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica.

O legislador, no artigo 186 do Código Civil, diploma que elencou a culpa em sentido estrito no ordenamento jurídico brasileiro, expressamente previu como espécies de culpa *strictu sensu* apenas a negligência e a imprudência. Todavia, a omissão da imperícia, entende a melhor doutrina, é aparente, já que, está é uma espécie de negligência técnica ou profissional.

Todavia, essa responsabilização derivada da culpa, não foi suficiente para que fossem resolvidos os conflitos existentes no cotidiano, já que, uma vez o Autor não conseguindo provar a culpa do Réu, nenhuma reparação era feita. O Autor tinha que arcar com os prejuízo que havia sofrido.

Desta forma, brilhantemente foi criada a responsabilização civil objetiva, segundo a qual o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade civil objetiva é calcada na

teoria do risco, vindo a surgir uma responsabilização do sujeito que empreender atividade perigosa, sem ter relevância a análise da culpa, como já exposto.

Responsabilidade Civil Objetiva – O novo Código Civil consagrou expressamente, em seu artigo 927, a teoria do risco e a responsabilidade objetiva, como se vê:

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

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

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 181).

“(...) ao lado da responsabilidade decorrente do ilícito civil ou do abuso de direito, em cujas noções encontra-se inserida a idéia de culpa (art.186 e 187), poderá o magistrado também reconhecer a responsabilidade civil do infrator, sem indagação de culpa (responsabilidade objetiva), em duas situações, previstas no parágrafo único do referido dispositivo:

- a) Nos casos específicos em lei;
- b) Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (...).”

Ocorre que o legislador não conceituou a expressão “atividade de risco”, sendo este, hoje, um conceito aberto, e que a doutrina e a jurisprudência, vêm definindo, porém, somente a última poderá fazer a delimitação dessa expressão, já que deverá ser analisada no caso concreto, sendo atribuição dada ao magistrado.

Em análise ao artigo 927 do Código Civil, tem-se o entendimento de Silvio de Salvo Venosa (2003, p.15).

“Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No

entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explicita que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de 'atividade normalmente desenvolvida' por ele. O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor, e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja aquela que, por um momento ou uma circunstância possa ser ato de risco. Não sendo levado em conta esse aspecto, poder-se-á transformar em regra, o que o legislador colocou como exceção."

Não se exige que a conduta que causou a lesão seja ilícita, porém, o seu exercício habitual, pode causar danos a outrem, não sendo razoável, que por decorrência da licitude da atividade suas conseqüências, ou seja, os danos causados a terceiros, também sejam considerados lícitos.

Todavia, é necessário salientar, que não ocorre a responsabilização civil, na hipótese de comprovação da existência de alguma das excludentes de responsabilidade, já vistas.

Vale salientar, que no Código Civil de 1916, havia a classificação romana da culpa, podendo ela ser leve, grave e gravíssima, e de acordo com a culpa seria fixada a responsabilização.

Todavia, o Código Civil de 2002, não adotou essa maneira de fixação da culpa, já que, atualmente esta é medida pela extensão do dano, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa. Não é a intensidade da culpa que altera a mensuração do quanto indenizar.

No entanto, há no atual código a seguinte disposição:

"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

Esse dispositivo sofre grande crítica da doutrina atual, pois, segundo diversos autores, esse dispositivo seria um resquício da disposição revogada, pois, excepcionaria o princípio de que a indenização se mede pela extensão do dano. E permite ao juiz investigar a culpa para a diminuição do *quantum debeat*.

Embora, possa soar justa em alguns casos concretos, quebra o princípio básico do integral ressarcimento da vítima.

Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil

Extracontratual – entende-se por responsabilidade civil contratual aquela que se caracteriza pelo inadimplemento da obrigação prevista no contrato, é uma violação de norma contratual anteriormente fixada pelas partes. Enquanto a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é aquela que se configura pela violação direta de uma norma legal.

Existem basicamente, três elementos diferenciadores entre essas duas modalidades de responsabilidade, são eles: a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante, ônus da prova quanto à culpa e a diferença quanto a capacidade.

Na responsabilidade civil contratual, a vítima e o autor do dano já tinham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação do dever de adimplir, o objeto do negócio jurídico. Já na responsabilização aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, sendo ele, a obrigação de não causar dano a ninguém. Por isso, nessa modalidade de responsabilidade a culpa deve ser provada pela vítima, enquanto na responsabilidade civil contratual, em regra, a culpa é presumida. Cabe à vítima apenas comprovar que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o ônus de provar, que não agiu com culpa ou a existência de alguma causa excludente do elo de causalidade.

Quanto a natureza jurídica da responsabilidade civil, vale citar os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamblona Filho (2011, p. 61).

“No caso da responsabilidade civil originada de imposição legal, as indenizações devidas não deixam de ser sanções, que decorrem não por força de algum ato ilícito praticado pelo responsabilizado civilmente, mas sim por um reconhecimento do direito positivo de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida, por envolverem interesse de terceiros.”

Desta forma, a natureza da responsabilização civil será sempre sancionadora, independentemente de se externalizar como pena, indenização ou compensação pecuniária.

A respeito da função da responsabilidade civil, se faz necessário transcrever o exposto pelo autor Clayton Reis (2000, p. 78-79).

“Ao gerar o dano o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. (...) Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.”

Resta fácil, concluir, que a responsabilização civil tem como intuito retornar as coisas ao *status quo ante*, embora não seja a principal, também visa, gerar um efeito punitivo no ofensor pela ausência de cautela na prática de seus atos, desmotivando-o a não mais lesionar e por fim, deve-se ressaltar o cunho educativo, que é de tornar público que condutas que lesionem direitos alheios não serão toleradas, gerando o dever indenizatório.

ERRO MÉDICO

A cirurgia plástica ao contrário do que se pensa é tema vindo da antiguidade já que a partir do Século VIII a. C., já existem registros de transplantes de pele e de reconstrução da face realizados na Índia e na Roma antiga.

Todavia, na antiguidade esse procedimento não era estético, mas sim, reconstrutivo, atualmente definido como cirurgia plástica reparadora.

Segundo dados do Ibope hoje são mais de 645 mil cirurgias plásticas realizadas anualmente no Brasil, sendo a maioria, em torno de 69% com finalidade estética, tanto em homens como em mulheres. (SANTIAGO, 2012)

Os procedimentos mais procurados pelos homens são lipoaspiração, além de plásticas no nariz e nas pálpebras. Enquanto as mulheres procuram mais implantes de silicone nos seios, lipoaspiração e face.

E por óbvio quem procura esse tipo de procedimento quer ficar 100% satisfeito, porém, quando isso não ocorre, surgem as demandas judiciais a fim de responsabilizar médicos e instituições pelo resultado negativo ou no mínimo inferior as expectativas.

Hoje, além da busca incessante pela beleza, do incentivo que as mídias fazem, os médicos não estão mais exercendo o desestímulo desse tipo de cirurgia, muito pelo contrário, vários cirurgiões estéticos, possuem páginas na internet, seduzindo os pacientes a realizarem as cirurgias e prometendo os melhores resultados.

Na análise de todas as promessas feitas, muitas pessoas acabam se submetendo aos riscos do procedimento cirúrgico desnecessariamente na busca da perfeição.

Dizem os médicos, que dificilmente quando a cirurgia é bem sucedida, os pacientes se submetem a apenas um procedimento, normalmente, continuam-se na busca da beleza, como uma espécie de vício.

Mas o que ocorre quando esse resultado não é alcançado?

Como regra a responsabilidade civil médica, é subjetiva, contudo, nas cirurgias plásticas estéticas, a situação é diferente e entende-se que a responsabilização passa a ser objetiva. Isso porque, entende-se que a obrigação nas cirurgias plásticas estéticas é de resultado e não de meio, como nas cirurgias estéticas reparadoras. Desta forma, sendo a responsabilização na última subjetiva, ou seja, deve restar demonstrada a culpa do profissional. (SANTIAGO, 2012)

Conclui-se que a culpa do erro médico presume-se apenas nas cirurgias plásticas estéticas. Pois, nesses casos é diferente, o profissional deve garantir o sucesso do procedimento cirúrgico.

Portanto, frente ao caso de erro médico nesse tipo de procedimento cirúrgico dificilmente o profissional conseguirá refutar-se de arca com a responsabilização tendo em vista, essa ser matéria pacificada pela doutrina e jurisprudência.

O Conselho Federal de Medicina – CFM demonstra preocupação acerca do ocorrido em torno da cirurgia plástica embelezadora, tendo em vista, que hoje, as principais reclamações no âmbito do Poder Judiciário, referem-se ao descontentamento com o resultado do procedimento e a falta de informações claras ao paciente.

De acordo com o CFM por não ser esclarecido da melhor forma, o paciente cria expectativas distintas das reais, que envolvem o procedimento.

Além, de desconhecerem os riscos que envolvem o procedimento e desta forma, não decidirem de forma consciente pela realização do procedimento.

Em análise a Resolução 1.621/2001, do CFM, vê-se que o Conselho e o Poder Judiciário possuem visões diferentes acerca da cirurgia plástica embelezadora. No entendimento do CFM, inexistem diferenças quanto ao ato médico da cirurgia plástica reparadora (ou, também conhecida como reconstrutiva) e da cirurgia plástica estética (ou, ainda, embelezadora).

Entende o CRM que a cirurgia plástica é uma especialidade única e indivisível e que em todas as suas denominações devem desencadear a responsabilidade profissional subjetiva. Ressalta ainda, que a finalidade da cirurgia plástica é a de proporcionar um benefício à saúde do paciente, seja esse benefício psicológico, físico ou social.

Acredita o Conselho Federal que o paciente não devidamente informado acerca do pré, durante e pós operatório, não está exercendo seu direito de decidir de forma plena, e somente sobrevivendo qualquer complicação em função dessa falta de informação, que o profissional deverá ser responsabilizado por conta de sua negligência e imprudência, ainda que não tenha dado causa as complicações.

Após o grande aumento de lipoaspirações e complicações ocorridas em cirurgias, o CFM dois anos após a resolução citada, edita outra Resolução de número 1.711/03, com dispositivo dos Princípios Fundamentais do Código Ético, dizendo ser vedado ao médico efetuar procedimentos sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal.

Para que essa regra quanto a informação seja efetivamente adotada e possa ser comprovada, a Câmara Técnica de Cirurgia Plástica do Conselho Federal de Medicina, juntamente com o apoio da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, adotou iniciativa que determina aos cirurgiões plásticos o uso de um documento denominado, Normas Informativas e Compartilhadas em Cirurgias Plásticas. Esse documento deve ser juntado aos prontuários e ao termo de consentimento oferecendo ao pacientes todas as informações necessárias a respeito do procedimento cirúrgico. Vale lembrar que esse documento deve estar devidamente assinado por médico e paciente.

O erro médico, segundo entendimento pacífico, nasceu junto com a medicina, pois, desde as mais remotas épocas tem-se referência sobre ele.

Todavia, nessa época a punição para esses erros, era em sua maioria injusta, tendo em vista, que nem sempre ficava provada a conduta culposa ou dolosa do profissional.

Antes desse tema, ser abordado pelo Código Civil de 2002, já havia previsão acerca desse assunto no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu artigo 14, §4º, onde determinava-se que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Conclui-se então, que para o CDC era preciso haver imprudência, negligência ou imperícia na conduta do profissional para que arcaasse com o dever de indenizar, reparar os danos que desse causa.

Hoje, na busca da efetiva reparação das lesões sofridas pelo ofendido, além da verificação de culpa do profissional médico e a sua responsabilização por erros cometidos no exercício da profissão, o estabelecimento hospitalar onde o profissional prestou o serviço defeituoso, também arca com a responsabilização, por força da responsabilidade objetiva.

Se o serviço for prestado por intermédio de convênios, o estabelecimento que também responde será a operadora de planos de saúde; todavia se o procedimento for realizado pelo SUS, Sistema Único de Saúde, o Estado também será responsabilizado.

O estabelecimento hospitalar ou o operador de planos de saúde são responsabilizados, por força do artigo 932, III, do Código Civil em concomitância com as disposições do CDC.

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Encontra-se também, respaldo legal para a responsabilização dos institutos acima, na súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, assim como no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, como segue:

“STF Súmula nº 341 - Presunção - Culpa do Patrão ou Comitente - Ato Culposo do Empregado ou Preposto:

É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

A carta magna de nosso país estende também responsabilidade, ao setor privado, quando prestador de serviço público, conforme previsão do artigo 43, do Código Civil, que segue:

“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Portanto, conclui-se que se presume que o hospital, a municipalidade (Estado) e as operadoras de planos de saúde tenham culpa, presentes o dano e o nexos causal. Desta forma, não podem alegar perante o judiciário a ilegitimidade passiva.

Vencida essa introdução passemos a exploração do tema, de uma forma mais detalhada.

DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E OBRIGAÇÕES DE MEIO OU DE RESULTADO

Partindo-se do pressuposto de que o sujeito realiza sua atividade em virtude de sua atuação profissional, em regra, sua atividade terá natureza jurídica contratual.

Isso porque, para a realização de seu ofício pressupõe a necessidade de um negócio jurídico que determine quais serão as obrigações do médico e qual será o procedimento a ser pactuado.

Para que se entenda melhor a natureza jurídica do presente instituto será necessária mais uma análise das obrigações de meio ou de resultado.

Conforme entendimento dos Autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolpho Pamplona Filho (2011, p. 249)

“(…) A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender a sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. Nelas o devedor (profissional) se obriga tão somente a usar de prudência e diligências normais para a prestação de certo serviço, segunda as melhores técnicas, com o objetivo de alcançar um determinado resultado, sem se vincular a obtê-lo. (...) Já nas obrigações de resultado, o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor.”

Em regra, as obrigações dos médicos são de meio, ou seja, serão responsabilizados apenas se comprovada a culpa, pois, devem atuar da melhor forma possível, observando todos preceitos técnicos e agindo de forma prudente e diligente.

Todavia, toda regra tem sua exceção, como trata mais uma vez os Autores acima mencionados (2011, p. 249)

“Em se tratando de cirurgia plástica estética, haverá, segundo a melhor doutrina, o obrigação de resultado. Entretanto, se se tratar de cirurgia plástica reparadora (decorrente de queimaduras, por exemplo), a obrigação do médico será reputada de meio, e sua responsabilidade excluída, se não conseguir recompor integralmente o corpo do paciente, a despeito de haver utilizado as melhores técnicas disponíveis”

Entende-se conforme os Autores acima, porque em nenhum procedimento curativo ou reparador a cura poderá ser o objeto maior, devido a sua imprevisibilidade, ou seja, algo que varia de acordo com os organismos humanos, sem poder ser algo prometido como resultado.

Nas obrigações de meio e nas obrigações de resultado, tem-se diferença quanto ao ônus da prova. Na primeira compete ao credor (no caso paciente) demonstrar a culpa, ou seja, comprovar a ausência total do comportamento exigido ou conduta diligente. Enquanto que no segundo, caberá ao devedor (profissional) provar que não agiu culposamente a fim de se isentar de responsabilidade, já que nesse caso tem-se a presunção de culpa.

Percebe-se que em ambos os casos o elemento anímico é relevante, variando apenas, o ônus de prova.

Vale ressaltar que, o intermediador dos serviços, ou seja, aquele que celebrou com o profissional contrato de trabalho ou outra modalidade civil de prestação de serviço possui a responsabilidade objetiva, com fundamento na responsabilidade civil por ato de terceiro, como já falado na introdução do presente capítulo.

DA PROVA DO ERRO MÉDICO

A autora Fernanda Schaefer (2012, p. 61) defende que:

“Deve estar claro que se estende por erro médico, a falha no exercício da profissão, com resultado diverso do pretendido, decorrente de ação ou omissão do médico ou demais profissionais da sua equipe.”

O erro médico nada mais é que a falha profissional realizada pelo indivíduo que exerce a medicina.

Na caracterização desse erro atua a culpa, especialmente em suas modalidades de imperícia e negligência.

Atualmente o médico além de poder ser responsabilizado civil e penalmente, tem-se a possibilidade da responsabilização administrativa, ou seja, aquela decorrente do seu órgão fiscalizador, no presente caso, o

Conselho Federal ou Estadual de Medicina. Podendo a penalidade chegar, inclusive, na proibição do exercício da profissão.

Contudo, é assegurado ao médico responsabilizado administrativamente as garantias constitucionais de ampla defesa, devido processo legal e contraditório.

A comprovação do erro médico pode se dar por todos os meios legitimados em direito, porém, as formas mais comuns de provas, são aquelas por documentos, testemunhas, perícias e confissão.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento já considerou inclusive, como meio de prova de erro médico, a gravação de conversas médicas.

A prova pericial é comumente usada porque o juiz não detém conhecimento técnico sobre as ciências médicas, desta forma, precisa se socorrer de um especialista para que possa decidir da melhor maneira possível, a mais justa.

Ao valorar os laudos periciais, o juiz sempre deverá firmar seu convencimento com fundamento no artigo 436, do Código de Processo Civil.

Há Tribunais que já optaram, inclusive, a pautar suas decisões, no laudo técnico apresentado pelo assistente técnico e não pelo trazido pelo perito oficial, assim como já fez o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

“Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

De acordo com o posicionamento do Autor Thiago Henrique Fedri Viana (2012, p. 61) “o ônus da prova, em regra, é de quem alega o fato. Mas na hipótese de responsabilidade civil por erro médico é plenamente cabível a inversão do ônus da prova, segundo o Artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, tendo-se em vista a hipossuficiência do paciente frente ao médico ou a verossimilhança das alegações. Diante disso, quando se alega o erro médico, o clínico deverá comprovar que agiu corretamente.”

“Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

VIII - 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 experiências;”

Todavia, há casos em que o Autor da ação nada precisa provar, pois, alega fato notório, ou seja, aquele previsto no artigo 314, I, do CPC.

“Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios”

Entende Nestor Forster, que fatos notórios são caracterizados como de conhecimento pleno pelo grupo social onde ele ocorreu ou desperta interesse, no tempo e no lugar onde o processo tramita e para cujo deslinde sua existência tem relevância. (2003, p. 94)

Pertinente é a colocação de Daniel Assumpção Amorin sobre o artigo legal supra mencionado:

“Quando se excluem do objeto da prova os fatos notórios, não se deve exigir a notoriedade absoluta, sob pena de inutilização do dispositivo legal. Fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, tomando-se por base o homem médio, pertencente a uma coletividade ou a um círculo social, no momento em que o juiz deva decidir. Trata-se da notoriedade relativa, o bastante para contemplar a previsão legal. Com relação aos fatos notórios, são importantes as seguintes características:

- a) O fato não precisa ser de conhecimento do juiz;
- b) O fato não precisa ter sido testemunhado
- c) No tocante a fatos jurídicos notórios, existe o ônus de alegação da parte, não podendo o juiz conhecê-los de ofício;
- d) A notoriedade pode ser objeto de prova, sempre que existir dúvida do juiz a respeito dessa característica do fato.”

Os fatos notórios estão intimamente ligados com a teoria da *res ipsa loquitur*, essa teoria, na tradução diz que a coisa fala por si, ou seja, dispensa a produção probatória.

Essa teoria presume a culpa no sentido que só ocorreria o resultado danoso, se decorrente de conduta culposa.

Todavia, deve-se ter cautela na adoção dessa teoria, a fim de não desvirtuar a responsabilidade civil subjetiva, regra nas atividades médicas, em

objetiva, exceção e amplamente usada nos casos de erros em cirurgias plásticas estéticas, ao presumir culpa.

Para Nestor Forster (2003, p.95) que existem três elementos essenciais na doutrina da *res ipsa loquitur*: (1) os elementos devem estar sob o controle ou governo do Réu; (2) as circunstâncias, segundo o conhecimento e a experiência comuns, devem proporcionar uma conclusão clara de que o evento danoso não teria acontecido se o réu não tivesse sido negligente; e (3) o dano do autor deve decorrer do evento.

Em análise aos elementos essenciais levantados pelo Autor supracitado, conclui-se que são os mesmo necessários para a caracterização da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. Sendo eles, a ação ou omissão do Réu, conduta negligente, imprudente ou imperita e o nexu causal, ou seja, a ligação direta da conduta do Réu com os danos suportados pela vítima.

Esse princípio é utilizado, em regra, em favor do Autor que, não tem como fazer prova do que realmente aconteceu durante dos procedimentos, seja por não ter conhecimento técnico, ou qualquer outra razão. Contudo, se todos os fatos causadores dos danos forem conhecidos e passíveis de prova pelo Autor, essa máxima não se aplica.

Um dos efeitos da invocação deste princípio é sem dúvida, a necessidade que se gera de o Réu fazer uma defesa firme e bem fundamentada, a fim de, as lesões ou complicações ocorreriam da mesma forma, com ou sem as suas condutas, deve desta forma, convencer o magistrado de que agiu com os melhores e mais indicados procedimentos médicos possíveis.

Em face ao tema abordado, verifica-se a sempre pertinente colocação da ilustre Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 116).

“Alguns níveis de negligência são tão flagrantes que merecem censura, mas muitas abordagens do padrão de cuidado razoável podem ser atribuídas a compreensível erro humano. O fato de que os erros são compreensíveis não significa, contudo, que eles devam ser tolerados, nem que os pacientes devam enfrentar uma dificuldade maior de prova com a finalidade de preservar a quimera da reputação profissional.”

No que tange a prova do erro médico no Código de Defesa do Consumidor, pode-se salientar que, a relação contratual médico-paciente, se

transformou em uma relação de consumo, onde o médico é o prestador dos serviços e o paciente é o consumidor ou também conhecido como beneficiário do produto ou serviço.

E no Código de Defesa do Consumidor, prevalece a regra de que, o fornecedor do produto ou do serviço responde pelos danos causados aos consumidores, independente de culpa. Todavia, esse mesmo diploma legal, excepciona a regra, quando envolver profissionais liberais e prevê que a responsabilidade desses será pessoal e mediante a comprovação de culpa. Conclui-se então, que não visão desse Código o beneficiário é quem terá o dever de produzir as provas. Todavia, prevê a possibilidade do magistrado inverter o ônus da prova.

DA INDENIZAÇÃO E DA REPARAÇÃO

Há quem pense que uma vez sendo possível a reparação do dano, descarta-se a possibilidade de pleitear por indenizações, sejam decorrentes de danos materiais, danos morais ou ainda, estéticos.

Ledo engano, mesmo que o dano seja reparável, por meio de outro ato médico, como no caso da cirurgia, o paciente deve ser indenizado nas hipóteses e circunstâncias legais.

A reparação visa restabelecer o estado anterior do paciente, *estado quo ante*.

Enquanto a indenização tem o fulcro de ressarcir o paciente, no caso dos danos materiais, sendo o *quantum debeatur* provado por todos os meios de provas admitidas pelo Código de Processo Civil, abrangendo os danos emergentes e lucros cessantes, oriundos do erro médico.

Os danos morais e estéticos são arbitrados pelo Juízo, com observância na extensão do dano, baseado no princípio da proporcionalidade, para evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

Mesmo tendo entendimento de que a indenização deva ser exorbitante nesses casos, a fim de estimular mais zelo profissional do médico, deve-se observar a proporcionalidade, sob pena de ferir princípios processuais.

Quanto essa ponderação, é de extrema importância trazer a natureza jurídica ou função da indenização por dano moral.

Há na verdade três correntes de posicionamentos:

A primeira corrente é superada atualmente e defendia que a indenização por dano moral só poderia ter função compensatória, no inglês conhecida como *compensatory damages*, visava a exata reparação do dano. Era baseada no princípio da legalidade.

A segunda corrente, atualmente adotada pelo ordenamento pátrio brasileiro, defende que a indenização pode ter função punitiva, desde que presente a função compensatória. É necessária a configuração do dano concreto, devendo o juiz majorar para punir.

Por último, a terceira corrente, adotada por países como Estados Unidos e Europa, onde se defende que a indenização pode ter a função exclusivamente punitiva.

DA DISTINÇÃO ENTRE CIRURGIA ESTÉTICA E CIRURGIA REPARADORA

A distinção já foi abordada no decorrer do trabalho, porém, é necessário fazê-la de uma forma mais objetiva.

A diferenciação que será feita no presente tópico é fruto do de uma síntese feita com análise a todas as obras doutrinárias usadas para discorrer sobre o tema.

Na cirurgia plástica estética, o procedimento está diretamente ligado a obtenção do resultado puramente estético, visa a melhora da aparência externa do paciente. Nesses casos o indivíduo que se submete ao procedimento cirúrgico não apresente quadro algum de patologia.

Visa à submissão ao procedimento estético para alterar em seu corpo algum aspecto que por algum motivo o desagrada, vai ao encontro do profissional buscando a beleza.

Por outro lado, na cirurgia plástica reparadora, o motivo que enseja o procedimento cirúrgico é outro. Por mais que promova a melhora estética, se faz necessária para a solução de problemas de saúde, tem a finalidade de correção de deformidades no paciente, com o fulcro de devolver a esse sua aparência anterior.

É muito comum a ocorrência desse tipo de cirurgia em casos decorrentes de acidentes ou defeitos congênitos.

Por isso, classifica-se a responsabilidade do médico nesses casos como de meio, ou seja, não tem a obrigação de trazer o resultado esperado pelo paciente, mas possui o dever de usar de todos os meios possíveis para a busca do melhor resultado.

Porém, a responsabilização do profissional nesses casos é configurada através da comprovação de culpa, cabe ao paciente provar a culpa do profissional contratado, em caso de falha na prestação do serviço.

Em contrapartida, a responsabilização do médico nas cirurgias estéticas é de resultado, já que esse procedimento é realizado visando um resultado fim, ou seja, visando a melhora da aparência externa. Portanto, não é ônus do paciente a comprovação da culpa do profissional, já que nesses casos, ela é presumida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir o presente trabalho, espera-se ter conseguido esclarecer as constantes dúvidas acerca do tema e demonstrado os efeitos legais da responsabilização civil médica. É verdade que o tema trás grande discussão, principalmente por conter uma sanção patrimonial, ou excepcionalmente, pessoal, quando recair na responsabilidade criminal.

Por ser o paciente a parte mais frágil dessa relação é muito comum que os profissionais e o estabelecimento hospitalar, consigam o convencer que nada podem fazer frente a casos de erro, por esse motivo a orientação profissional do Direito é indispensável, a fim de proteger os direitos da parte vulnerável na relação.

Pois a responsabilidade civil foi instituída no ordenamento jurídico com esse fim, proteger e resguardar os direitos daqueles que foram injustamente prejudicados.

O médico em regra, precisa que o paciente demonstre a culpa na suas ações para que gere nele o dever de indenizar. Contudo, o cirurgião plástico, especialidade estudada com maior dedicação nesse trabalho, também tem essa obrigação, mas no caso desse a culpa é presumida, não sendo ônus de prova do paciente.

A responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica na jurisprudência. A cada momento criam-se novas teses jurídicas como decorrência das necessidades sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da Atividade Médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FORSTER, Nestor. **Erro Médico**. 1ª reimpressão. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicitação das Normas da ABNT**. – 16. Ed. – Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume III: responsabilidade civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 9ª edição. São Paulo, 2011.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. 6ª Ed. Barueri: Manole, 2012.

SANTIAGO, Jorge Correia Lima. **Responsabilidade objetiva do profissional**. São Paulo/SP. Revista Visão Jurídica, São Paulo/SP, n.67, p. 64-65. 2012

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do Médico & Erro de diagnóstico**. 11ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde**. Campinas: Millennium Editora, 2012.